

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 4 (71)



Харків
2012

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

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

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол. :
В. Я. Тацій та ін. — Х. : Право, 2012. — № 4 (71). — 416 с.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *Ю. В. Баулін*,
Ю. П. Битяк, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*,
С. В. Ківалов, *В. П. Колісник*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*,
О. Д. Крупчан, *Н. С. Кузнецова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*,
М. І. Панов, *О. В. Петришин*, *В. Г. Пилипчук*, *С. М. Прилипко*, *М. Я. Сегай*,
М. М. Сібільов, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*,
Д. В. Табачник, *В. П. Тихий*, *Ю. С. Шемшученко*, *В. Ю. Шепітько*

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

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

© Національна академія правових наук
України, 2012

© «Право», 2012

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 342.4:351.74

В. Тацій, ректор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», президент Національної академії правових наук України, академік НАН України, голова комісії Конституційної Асамблеї з питань правоохоронної діяльності

Поняття та система правоохоронних органів: у контексті системних змін до Конституції України

Поняття «правоохоронні органи» є одним із найбільш невизначених в українському правознавстві, внутрішньо суперечливим за змістом і надмірним за обсягом. Подібна ситуація з тлумаченням терміна «правоохоронні органи» має місце й у правовій науці інших країн СНД, зокрема в Російській Федерації та Білорусі. З цього приводу написано багато монографій та дисертацій, які, проте, не можуть дати чіткої відповіді на основне питання — що таке правоохоронний орган, головне — в чому полягають особливості його статусу та функцій, які державні органи доцільно відносити до складу правоохоронних.

Водночас здійснення реформаційних процесів у сфері правоохоронної діяльності та внормування статусу правоохоронних органів у законодавчому полі України перш за все потребує з'ясування сутності терміна «правоохоронні органи», виявлення їх функціонального призначення і системи.

Як результат виникає конкурентність термінів — «правоохоронні органи», «правозахисні органи», «органи кримінальної юстиції». До системи правоохоронних органів відносять різні за своїм статусом та функціональним призначенням органи, що унеможливує визначення їх системи. Наприклад, віднесення до неї судових органів, що досить часто зустрічається не тільки в теорії, а й на законодавчому рівні, термінологічно є допустимим, але недоцільним з огляду на особливе місце судової влади в правовій системі. Крім того часто-густо обгрун-

товується включення адвокатури то до правозахисних органів, то до правоохоронних, що також не сприяє розумінню сутності та особливостей як правоохоронних органів, так і адвокатури.

Поняття «правоохоронні органи» набуло широкого вжитку після прийняття Конституції України 1996 р., ч. 3 ст. 17 якої поклала забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України на «відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом». Зокрема, аналіз ч. 3 ст. 17 дозволяє констатувати надання конституційного значення функції правоохоронних органів — забезпечення державної безпеки і захисту, проте основна функція цих органів — забезпечення правопорядку в суспільстві та державі, захист прав і свобод людини від правопорушень — конституційного закріплення не отримала.

До цього в політичних документах колишнього СРСР такого роду органи називалися адміністративними. Тому не випадково проблематика правоохоронних органів традиційно відноситься головним чином до предмета адміністративного права.

Таким чином, у результаті широкого тлумачення правоохоронної функції до правоохоронних органів включаються майже всі органи виконавчої влади, які тією чи іншою мірою займаються виконанням правоохоронних функцій, тобто так чи інакше правоохоронною діяльністю. Так, сьогодні в українському адміністративному праві налічується від 17 до 80-ти правоохоронних органів залежно від конкретного змісту, який вкладається в розуміння «правоохоронної функції» і заснованих на ній критеріїв класифікації.

Наслідком виокремлення в системі функціонування органів державної влади такого специфічного напрямку діяльності, як проведення слідства (назва якого згодом була уточнена як «попереднє слідство», а пізніше — «досудове слідство»), стало поширення поняття правоохоронних органів на прокуратуру й органи слідства, що лише ускладнило розуміння ситуації з розумінням цього терміна та особливостей правового статусу правоохоронних органів.

Слідчі органи, навіть якщо вони входять до складу інших державних органів (МВС), є їх особливим підрозділом, функцією яких є здійснення специфічної діяльності, пов'язаної з кримінальним переслідуванням, а тому й мають повноваження, не характерні для інших органів виконавчої влади. Саме тому слідчі органи згідно з чинним законодавством знаходяться не лише в структурі органів МВС України,

а й у структурі органів прокуратури. Зокрема, прокуратура, на яку згідно з Конституцією та чинним законом покладаються функції: підтримання державного обвинувачення в суді; представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом; нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, не може бути віднесена до органів виконавчої влади, а тому її діяльність не входить до предмета адміністративно-правового регулювання. Як відомо, новий Кримінальний процесуальний кодекс передбачає створення окремих органів або підрозділів, які будуть здійснювати досудове слідство.

Не може допомогти з поняттям правоохоронних органів і чинне законодавство. Воно визначає правоохоронні органи шляхом їх конкретного переліку (органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, військової служби правопорядку, митні органи, органи охорони державного кордону, органи податкової служби, органи виконання покарань). Разом з тим у Законі України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. цей перелік розширено за рахунок включення до нього й інших органів виконавчої влади — рибоохорони, державної лісової охорони тощо, які здійснюють не тільки правоохоронні, а й контрольні та правозастосовчі функції. При цьому слід акцентувати увагу на тому, що «закритий» перелік правоохоронних органів у чинному законодавстві України відсутній.

В інших випадках визначення поняття правоохоронного органу надається через розкриття характеру здійснюваної ним функції. Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України», правоохоронні органи — це органи державної влади, на які Конституцією і законами України покладено здійснення правоохоронних функцій. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», правоохоронні органи — це державні органи, які відповідно до законодавства здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Таким чином, ситуація, яка склалася на рівні закону із визначенням понятійного апарату системи правоохоронних органів, а також їх функціонального призначення, не може сприяти подальшому здійсненню їх реформування, спрямованого на забезпечення ефективної та узго-

дженої діяльності цих органів. Не змінено такий підхід до вирішення зазначених питань і в Концептуальних засадах реформування правоохоронних органів України від 12 вересня 2005 р. та Концепції реформування кримінальної юстиції в Україні від 8 квітня 2008 р., які також не змогли вирішити питання щодо визначення поняття правоохоронних органів та їх системи.

Зокрема, згідно з «Концепцією реформування кримінальної юстиції в Україні» пропонувалось об'єднати в одну систему органів кримінальної юстиції як слідчі органи, прокуратуру, так і суд разом із деякими іншими органами, які займаються охороною правопорядку. Сьогодні, як відомо, питання судової реформи виділені в окремий блок і ними займається спеціально створена для цього комісія Конституційної Асамблеї.

Виходом із цієї термінологічної плутанини може бути збереження поняття «правоохоронні органи» лише як узагальнюючого наукового поняття і здійснення поділу цієї системи органів залежно від їх конкретних функцій та призначення в механізмі охорони права. У зв'язку з цим пропонується виокремити: 1) органи охорони правопорядку; 2) контрольні (юрисдикційні) органи виконавчої влади; 3) органи охорони Конституції та державного контролю.

1. Органи охорони правопорядку. На відміну від інших органів виконавчої влади, для них правоохоронна функція є основною й тому вони здійснюють повноваження, спрямовані на захист прав і свобод людини та охорону правопорядку. У зв'язку з цим зазначені органи мають право легального застосування примусу, що зумовлює особливості їх статусу, накладає на працівників цих органів особливі вимоги щодо фахової підготовки, психологічних і моральних якостей. Крім того, правоохоронні органи мають у своєму складі озброєні формування.

Зазначені ознаки характерні винятково для цих органів і тому дозволяють виділити їх в окрему групу, до якої пропонується включити: органи внутрішніх справ; Службу безпеки України; військову службу правопорядку; митну та податкову служби; пенітенціарну службу; управління державної охорони. Звертає на себе увагу й те, що Конституція України також проводить відмінність між «правоохоронними органами» (ч. 3 ст. 17) та уповноваженими законом органами, які у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його припинити можуть «застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід» (ч. 2 ст. 29).

Поняття «органи охорони правопорядку» широко застосовується у міжнародних документах ООН, зокрема Кодексі поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку від 17 грудня 1979 р. (Резолюція 34/169 Генеральної Асамблеї ООН). Цей термін має відповідні аналоги в законодавстві європейських країн (Великій Британії, Німеччині, Франції), у якому практично акцентується на 3-х складових частинах цього поняття: а) праві; б) примусі (силі); в) порядку. Тобто в усіх випадках так чи інакше йдеться про примусове застосування закону для захисту правопорядку.

2. Контрольні (юрисдикційні) органи виконавчої влади. До цієї системи доцільно віднести ті органи виконавчої влади, які наділені контрольними повноваженнями і здійснюють адміністративну юрисдикцію. До цієї групи, зокрема, можуть бути віднесені органи державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, лісової охорони та інші, для яких правоохоронна функція є не основною, а допоміжною, оскільки їх основні повноваження спрямовані на здійснення контролю за додержанням законодавства у певній сфері державного управління. Унаслідок цього їх статус, повноваження, права та обов'язки встановлюються нормами адміністративного права.

3. Органи охорони Конституції та державного контролю (про їх перелік йтиметься далі).

У контексті системного оновлення Конституції особливого значення набувають завдання реформування органів охорони правопорядку, оскільки саме їх діяльність безпосередньо пов'язана із обмеженням конституційних прав людини, втручанням у сферу її приватності, застосуванням заходів примусу. Закріплення у Конституції окремих положень загального характеру, що мають засадниче значення для діяльності всіх цих органів, обмежує можливості держави щодо втручання у сферу прав людини і тим самим захищає людину від зловживання владою з боку органів державної влади.

Водночас органи охорони правопорядку не повинні набувати статусу чи окремих ознак військового формування. Адже ч. 4 ст. 17 Конституції України містить пряму заборону використання Збройних Сил України й інших військових формувань для обмеження прав і свобод громадян. Натомість органи охорони правопорядку, реалізуючи свої функції, наділені повноваженнями щодо обмеження прав і свобод людини, яке може здійснюватися винятково з підстав, у порядку, встановлених законом, та з урахуванням принципу пропорційності. Реалі-

зація цих повноважень передбачає необхідність наявності у складі зазначених органів озброєних формувань, що діють у межах, чітко визначених законом. Така практика є характерною для більшості європейських держав.

Стосовно органів охорони правопорядку можна говорити про доцільність напрацювання й подальшу можливість реалізації цілісної концепції їх реформування — Концепції реформування органів охорони правопорядку, яка має бути розроблена на виконання Указу Президента України «Про план заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи» від 12 січня 2011 р. № 24/2011. Чітке встановлення сфер правового регулювання, структурування системи зазначених органів дозволить більш точно визначити і сфери їх професійної діяльності, усунути громіздкість цієї системи, дублювання повноважень, здійснення функцій, які не відповідають завданням цих органів. Такі зміни в кінцевому підсумку призведуть також до скорочення чисельності працівників органів охорони правопорядку.

При підготовці Концепції внесення змін до Конституції України та формуванні концептуальних підходів до реформування органів охорони правопорядку постає питання стосовно доцільності та меж їх конституційного регулювання. Зрозуміло, що їх правовий статус має регламентуватися окремими законами. Водночас постійна змінюваність їх системи, яка досить часто призводить до її нестабільності, негативно позначається на рівні правової захищеності людини, держави та суспільства.

У ході подальшого реформування органів охорони правопорядку, насамперед міліції, необхідно враховувати ті тенденції, що спостерігаються останніми роками у правовому регулюванні статусу та діяльності такого типу органів у розвинених державах. Так, на Першому європейському конгресі з питань управління якістю роботи поліції, який відбувся в Мюнстері (Німеччина) у березні 1998 р., його учасники наголосили, що поліція має бути сервісною службою, яка надає послуги населенню на певній території, і має існувати для громадян, розвиваючи для них систему послуг.

При вирішенні питання щодо оптимальної моделі конституювання органів охорони правопорядку необхідним вбачається звернення до міжнародного досвіду регламентації їх правового статусу на конституційному рівні. Одним із важливих завдань конституційного регулювання є обмеження державної влади в інтересах захисту прав і свобод

людини та громадянина. Зокрема, це чітко впливає із приписів ст. 3 Конституції України, відповідно до якої людина, її права і свободи є найвищою цінністю. Як відомо, конституційні норми передбачають загальні засади обмеження державної влади — органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19).

Однак урахувавши те, що органи охорони правопорядку наділені особливими повноваженнями по застосуванню примусових заходів, доцільно було б закріпити основи їх правового статусу саме в нормах Конституції, що створило би додаткові гарантії обмеження при здійсненні повноважень органів правопорядку та спрямованість їх діяльності на захист конституційних прав і свобод людини та громадянина. Зокрема, на конституційному рівні слід закріпити завдання органів охорони правопорядку, які полягають у захисті прав і свобод людини та громадянина, а також положення про те, що їх організація і діяльність, структура та штатна чисельність регулюються виключно законами України.

Аналіз зарубіжних конституцій дозволяє зробити такі висновки щодо питання про обсяг конституційної регламентації статусу органів охорони правопорядку:

- передусім йдеться про повноваження вищих органів влади із призначення керівників правоохоронних структур;
- установлена вимога на регулювання діяльності поліції виключно органічним законом (прийняття якого вимагає 2/3 від складу парламенту) (наприклад, попередня редакція Конституції Угорської Республіки);
- найчастіше в конституціях використовується категорія «поліція» як родове поняття всіх правоохоронних озброєних структур;
- в окремих випадках установлена заборона на членство в партіях працівників поліції (Конституція Італії).

У деяких випадках регулювання діяльності правоохоронних органів виведено на рівень окремого розділу Конституції.

Так, у розділі 3 «Федеральні органи безпеки» Конституції Австрії вирішуються питання керівництва органами безпеки, призначення керівників на місцях, права правоохоронних органів тощо. Глава III «Громадська безпека» Конституції Бразилії вирішує питання системи органів поліції, їх основні завдання, встановлюється виключне законодавче регулювання діяльності поліції.

Розділ 11 «Служби безпеки» Конституції Південно-Африканської Республіки містить глави «Основні принципи», «Оборона», «Поліція», «Розвідка». У главу «Поліція» включено положення про завдання поліцейської служби, розподіл відповідальності між національними поліцейськими структурами та правоохоронними органами провінцій та контролю за діяльністю поліції.

Конституція Угорщини має розділ «Угорські сили оборони, поліція і служба національної безпеки», у якому закріплено основні обов'язки поліції, до яких віднесено запобігання, розслідування злочинів, охорона громадської безпеки і збереження громадського порядку, а також захист державних кордонів.

З урахуванням проведеного аналізу вітчизняного та зарубіжного досвіду законодавчого врегулювання діяльності правоохоронних органів пропонується вирішити питання про конституційний статус органів охорони правопорядку шляхом доповнення розділу VI Конституції України «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади», а саме:

– визначити, що в системі органів виконавчої влади діють органи охорони правопорядку, завданням яких є захист життя, здоров'я, прав і свобод людини, забезпечення її безпеки, охорона громадського порядку, попередження та протидія злочинності, захист інтересів суспільства та держави;

– встановити, що система, конкретні завдання цих органів, їх чисельність, повноваження їх посадових та службових осіб (у тому числі і щодо застосування примусових заходів) мають визначатися виключно законом;

– передбачити, що працівники органів охорони правопорядку не можуть належати до будь-яких політичних партій чи рухів, виявляти прихильність до них, брати участь у політичних акціях, мітингах, страйках;

– передбачити можливість здійснення парламентського та громадського контролю, а також прокурорського нагляду за діяльністю цих органів.

Крім того, слід окремо розглянути питання щодо органів, які не входять до традиційних трьох гілок державної влади й виконують особливу контрольну функцію. У даному контексті хотілося б ще раз привернути увагу до раніше висловленої нами пропозиції щодо запровадження в структурі Конституції України нового спеціального розділу під назвою «Охорона Конституції. Державний контроль» (як варіант — «Органи охорони Конституції та державного контролю»).

До цього розділу можна включити питання функціонування тих інституцій, які покликані забезпечувати неухильне виконання конституційних норм і здійснювати державний контроль:

– Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, що здійснює конституційний контроль;

– Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини як органу, покликаного захищати конституційні права людини шляхом здійснення парламентського контролю;

– Рахункової палати як органу, покликаного захищати конституційні засади фінансово-економічної безпеки держави шляхом здійснення контролю від імені Верховної Ради України (при цьому назву цього органу пропонуємо змінити, оскільки його основною функцією є контрольна (варіант назви — «Контрольна палата», «Ревізійна палата»);

– Прокуратури України як системи органів, які забезпечують конституційну законність у діяльності владних інституцій, зокрема тих, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, виконання судових рішень тощо.

На підтвердження обґрунтованості такого підходу щодо виокремлення цих органів в окремий розділ Конституції може бути наведена правова позиція Конституційного Суду України, сформульована в Рішенні від 23 грудня 1997 р. у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (справа про Рахункову палату). Аналізуючи правовий статус Рахункової палати, Конституційний Суд України зазначив, що вона є незалежним органом спеціальної конституційної компетенції. Такою ж ознакою можуть характеризуватися й інші вказані у запропонованому розділі органи.

Слід зазначити, що подібний розділ є в конституціях деяких європейських держав. Так, розділ IX Конституції Республіки Польща називається «Органи державного контролю і правозахисні органи. Верховна палата контролю». У ньому регламентуються статус та повноваження Верховної палати контролю як вищого органу державного контролю, Захисника громадянських прав (омбудсмена) та Всепольської ради по радіомовленню та телебаченню. Дещо по-іншому вирішуються подібні питання в Конституції Республіки Кіпр. В Основному Законі цієї держави є частина VI «Про незалежні посади Республіки», до якої включені такі глави: «Генеральний прокурор та його

заступник», «Генеральний контролер та його заступник», «Голова Емісійного банку Республіки та його заступник».

У контексті розгляду питання щодо конституювання правового статусу вказаних органів слід окремо зупинитися на проблемі конституційного нормування статусу прокуратури. Звертаючись до зарубіжного досвіду, необхідно зазначити, що далеко не в усіх державах прокуратура має конституційно-правовий статус. Той факт, що український законодавець передбачив положення, присвячені їй, в Основному Законі, свідчить про вагомую роль, яка відводиться прокуратурі в нашій державі.

При цьому порівняльно-правовий аналіз конституційного регулювання статусу прокуратури свідчить про те, що окремі розділи, присвячені прокуратурі, наявні лише у конституціях Албанії, Білорусі, Угорщини, Словаччини, Таджикистану, Туркменістану, Узбекистану та деяких інших країн. В інших державах статті стосовно прокуратури найчастіше є включеними до структурних частин, які присвячені судовій владі (глава VII «Судова влада» Конституції Азербайджану; глава 6 «Судова влада» Конституції Вірменії; глава шоста «Судова влада» Конституції Болгарії; глава IV «Сутність правосуддя» Конституції Бразилії; розділ VI «Про судову владу» Конституції Іспанії; глава IV «Магістратура» розділ 1 «Судоустрій» Конституції Італії; розділ VII «Суди і правосуддя» Конституції Казахстану; розділ 7 «Народний суд і Народна прокуратура» Конституції КНР; глава 7 «Судова влада» Конституції Росії та ін.). В окремих державах прокуратура конституційно включена до виконавчої влади, наприклад, відповідно до розділу 3 глави V «Виконавча влада» Конституції Киргизстану.

Як свідчить іноземний досвід, різним є й змістовне наповнення розділів конституцій, присвячених прокуратурі. Так, наприклад, у ст. 118 Конституції Литви вказується на деякі функції прокурорів. Конституція Македонії приділяє увагу питанням служби прокурора (статті 106, 107). Стаття 129 Конституції Росії регламентує систему органів прокуратури і порядок призначення прокурорів, відсилаючи з інших питань до федерального закону. Натомість в інших державах конституційний статус прокуратури є більш деталізованим. Приміром, у Конституції Бразилії прокуратурі присвячено 3 статті, у Конституції КНР — 7 статей.

Правове становище прокуратури України повинно визначатися з урахуванням міжнародно-правових стандартів прокурорської діяль-

ності, які передбачають різноманіття моделей прокуратури. Так, прийнято вважати, що європейська модель прокуратури передбачає обмеження функцій прокурорів переважно кримінальним переслідуванням від імені держави. Зокрема, у Рекомендації Парламентської асамблеї № 1604 (2003) щодо ролі прокуратури у демократичному правовому суспільстві, текст якої схвалений Постійним Комітетом, що діє від імені Асамблеї, 27 травня 2003 р., акцентується увага на таких моментах:

а) роль прокурорів у загальному захисті прав людини не повинна створювати підстав для будь-якого конфлікту інтересів і бути перешкодою для осіб, які шукають захисту своїх прав у держави;

б) при наділенні прокурорів додатковими функціями необхідно забезпечити повну незалежність прокуратури від втручання в її діяльність будь-якої гілки влади на рівні окремих випадків;

в) повноваження й обов'язки прокурорів повинні обмежуватися переслідуванням кримінальних діянь і загальною роллю по захисту публічних інтересів через систему кримінального правосуддя зі створенням окремих, належним чином виділених й ефективних органів для виконання будь-яких інших функцій.

Однак при цьому необхідно враховувати, що вказані положення не були однозначно сприйняті іншими структурами Ради Європи. Так, у Відповіді Комітету міністрів Ради Європи на Рекомендацію Парламентської асамблеї № 1604 (2003) щодо ролі прокуратури в демократичному правовому суспільстві, прийнятій Комітетом міністрів 4 лютого 2004 р. на 870-й зустрічі заступників міністрів, вказувалося, що Комітет міністрів наголошує на різноманітті моделей прокуратури в різних країнах, яке пов'язане з національними правовими традиціями. Також ставилося під сумнів обмеження ролі прокуратури рамками системи кримінального правосуддя.

Базовий європейський акт з питань прокурорської діяльності — Рекомендація R (2000) 19 Комітету міністрів Ради Європи щодо ролі прокуратури у системі кримінального судочинства, прийнята Комітетом міністрів 6 жовтня 2000 р. на 724-му засіданні заступників міністрів, констатує існування різних систем кримінального судочинства у державах-членах, що зумовлює різний обсяг функцій та завдань, які покладаються на прокуратуру. Але це не є перешкодою для визначення та визнання основних демократичних принципів, відповідно до яких повинна працювати прокуратура.

У країнах Європи виокремлюються два основних підходи щодо визначення місця прокуратури: 1) коли прокурор цілком незалежний від парламенту та уряду; 2) коли він підпорядковується одному або іншому з цих органів, хоча й має право на певні самостійні дії. Головні вимоги при цьому дві. По-перше, прокурори повинні бути незалежними при виконанні своїх посадових обов'язків. По-друге, повинні бути встановлені чіткі норми, які б передбачали дисциплінарну, адміністративну, цивільну або кримінальну відповідальність прокурорів за їх особисті проступки. При цьому прокурори не повинні втручатися до компетенції органів законодавчої та виконавчої влади. Взаємодія ж із судовою гілкою влади повинна відрізнятися взаємоповагою, об'єктивністю і дотриманням процесуальних вимог.

Рекомендація R (2000) 19 передбачила, що в усіх системах прокурори: 1) вирішують питання про порушення або продовження кримінального переслідування; 2) підтримують державне обвинувачення в судах; 3) опротестовують або підтримують протест на рішення судів. Крім того, у деяких системах прокурори: 1) здійснюють політику по боротьбі зі злочинністю на національному рівні; 2) здійснюють нагляд за слідством; 3) контролюють питання про належне поведіння з потерпілими; 4) обирають альтернативи в кримінальному переслідуванні; 5) наглядають за виконанням судових рішень; 6) виконують інші функції.

Таким чином, узагальнення зарубіжного досвіду функціонування органів прокуратури в інших країнах та міжнародно-правових стандартів їх діяльності переконливо свідчить на користь багатofункціональності органів прокуратури і побудови їх у кожній державі на основі національних правових традицій та історичних особливостей.

У чинній Конституції України закріплено основні функції прокуратури, порядок призначення на посаду Генерального прокурора України та його звільнення. Також передбачено, що «організація і порядок діяльності органів прокуратури України визначаються законом». Таким чином, з усіх інших питань Конституція відсилає до Закону України «Про прокуратуру». Крім розділу VII, у Конституції України прокуратурі присвячено п. 9 Перехідних положень, що також стосується функцій прокуратури.

Протягом усього часу дії Конституції неодноразово висловлювалися пропозиції щодо змін до її положень, які регламентують статус

та функції прокуратури. У межах продовження конституційно-правової реформи у законопроектах про внесення змін до Конституції України пропонувалося:

- а) визначити прокуратуру як незалежний орган судової влади;
- б) змінити функцію досудового слідства на функцію кримінального переслідування;
- в) виключити функцію «загального нагляду»;
- г) об'єднати окремі функції прокуратури і викласти їх у ст. 121 Конституції України як захист державних і суспільних інтересів, прав людини та громадянина, а також представництво їх інтересів у суді у випадках, визначених законом;
- д) підпорядкувати органи прокуратури Міністерству юстиції та ін.

Але поки що жодна із указаних пропозицій не отримала одностайної підтримки як з боку науковців, так і практичних працівників, тому потреба у розробці змін до Основного Закону України щодо статусу та функцій прокуратури залишається актуальною. На наш погляд, необхідно передусім виходити із того, що намагання віднести прокуратуру до певної гілки влади, до системи виконавчих або судових органів негативно вплине на нормативне функціонування системи органів прокуратури. У державному механізмі вона виконує особливі, властиві тільки їй функції, і ані за своїм генезисом, ані за характером повноважень не належить до жодної з гілок влади, тим більше не підпорядкована жодній з них. Тому в Концепції змін до Конституції України положення, присвячені прокуратурі, пропонується передбачити саме в окремому розділі, який вище був названий «Охорона Конституції. Державний контроль» (варіант — «Органи охорони Конституції та державного контролю»).

При цьому в Конституції України недоцільно детально регламентувати функції або виключні повноваження прокуратури України. По-перше, це не відповідає світовій практиці. По-друге, зміни у політично-економічному житті суспільства вимагають постійних систематичних змін у чинному законодавстві. Відмова від конституційного закріплення функцій прокуратури дозволить більш оперативно на законодавчому рівні змінювати напрями прокурорської діяльності, не вносячи змін до Конституції України, як це має місце на сучасному етапі.

Загалом в Основному Законі слід:

- 1) конкретизувати місце прокуратури у системі органів державної влади;

2) сформулювати основні завдання, які покладаються на органи прокуратури, принципи її організації та діяльності;

3) передбачити порядок призначення й звільнення Генерального прокурора України, вимоги до нього і строк його повноважень.

Усі інші питання організації та діяльності органів прокуратури повинні отримати регламентацію на рівні Закону України «Про прокуратуру».

Функціональне призначення прокуратури, яке має визначатися цим Законом, повинно враховувати два основних напрями її діяльності: участь прокурора у кримінальному провадженні та діяльність, що здійснюється поза кримінальним провадженням. Діяльність прокурора у кримінальному провадженні відповідає такому поняттю, як «кримінальне переслідування», що комплексно інтегрує такі функції прокуратури України, як нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, а також підтримання державного обвинувачення. Така діяльність прокурорів має регламентуватися як на рівні Закону «Про прокуратуру», так і Кримінального процесуального кодексу України.

Діяльність прокуратури поза сферою кримінального провадження має розглядатися у площині правозахисної функції. До неї належать нагляд за додержанням і застосуванням законів, а також представницька функція прокуратури. Концепція правозахисної діяльності прокуратури повинна визначатися з урахуванням положень щодо пріоритетного захисту:

– прав і свобод громадян, які неспроможні через фізичний чи матеріальний стан, похилий вік або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права та свободи, а також осіб, які потребують державної підтримки та допомоги (учасники війни, інваліди, ліквідатори аварії на ЧАЕС, соціально незахищені верстви населення);

– соціальних груп населення (трудових колективів, територіальних громад), права яких порушуються;

– економічних інтересів держави.

Слід підкреслити, що зазначені концептуальні підходи до майбутнього конституювання правоохоронної діяльності в Україні є результатом роботи комісії Конституційної Асамблеї з питань правоохоронної діяльності та були запропоновані для обговорення на її пленарному засіданні.

Таций В. Понятие и система правоохранительных органов: в контексте системных изменений в Конституцию Украины

В статье исследуется понятие «правоохранительные органы» и ее система. Проанализированы конституционное и иное законодательство Украины, а также нормативно-правовые акты зарубежных государств по исследуемому понятию, осуществлено разделение системы правоохранительных органов в зависимости от их конкретных функций и назначения в механизме охраны права. Внесены предложения по усовершенствованию вопросов конституирования правоохранительной деятельности в Украине.

Ключевые слова: органы охраны правопорядка, контрольные (юрисдикционные) органы исполнительной власти, органы охраны Конституции и государственного контроля.

Tatsiy V. The concept and system of of law enforcement agencies, in terms of systematic changes to the Constitution of Ukraine

The article examines the concept of «enforcement agencies» and its system. Analysis of constitutional and other laws of Ukraine, as well as regulations of foreign countries on the test concept, by the division of law enforcement agencies, depending on their specific functions and the mechanism of protection of law. The suggestions for improvement of the constitution of law enforcement activity in Ukraine.

Keywords: enforcement agencies, checking (jurisdictional) executive bodies, protection of authorities of the Constitution and state control.

УДК 342.7; 341.231.

П. Рабінович, академік НАПрН України;
О. Венецька, адвокат

Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація

Вступні міркування. 19 вересня 2012 року на 67-й сесії Генеральної Асамблеї ООН було ухвалено Декларацію «Верховенство права на національному та міжнародному рівнях». У цьому акті йдеться про «позитивний внесок Генеральної Асамблеї, як головного дорадчого і представницького органу Об'єднаних Націй, для верховенства права у всіх аспектах шляхом розробки політики та встановлення стандартів...» (п. 27)¹.

Отож, не є випадковим, що нині майже в усіх «праволюдних» публікаціях — наукових, навчальних, публіцистичних, просвітницьких — йдеться про ті чи інші «стандарти» прав людини. Проте зазначене терміно-поняття вживається авторами зазвичай у досить неоднозначних сенсах.

Між тим, якщо стандарти прав людини мають відігравати бодай орієнтуючу, а нерідко й юридично-регулюючу роль, то їх інтерпретація повинна бути — принаймні у рамках певної сфери відносин — справедливо більш-менш уніфікованою. Особливо це стосується стандартів міжнародних.

Окрім того, від розуміння терміно-поняття «міжнародні стандарти прав людини» неабияк залежить і їхня класифікація. А вона може набувати і практичного значення, оскільки відображатиме такі їх видові особливості, які не можуть не братись до уваги у правозабезпечувальній діяльності.

Ось чому означені два сюжети (стосовно яких останнім часом публікується чимало наукових — змістовно-плюралістичних — праць²) обрано предметом нашого дослідження.

¹ Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels. A/67/L.1. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N12/516/51/PDF/N1251651.pdf?OpenElement>

² Рабінович П. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти) / Рабінович П. М., Раданович Н. М. // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. Серія І. Дослідження і реферати. – Вип. 4. – Львів, 2002. – 192 с.; Грошевий Ю. Системний аналіз європейських стандартів щодо захисту прав людини: доктринальні підходи та судова практика /

У словниково-довідковій літературі загальнозживане терміно-поняття «стандарт» інтерпретується, зазвичай, як певний еталон, із яким порівнюють інші однотипні, одновидові об'єкти, як щось встановлене органами влади, звичаєм чи загальною згодою як модель, зразок, засада, взірець — найчастіше як технічний або техніко-правовий документ, котрий визначає постійні основи діяльності або характерні риси виробів, процесів та послуг для загального і постійного користування¹.

До історії формування міжнародних стандартів прав людини: стислий екскурс. Як відомо, міжнародно-всесвітня система захисту прав людини почала активно розвиватись у другій половині ХХ ст. — після завершення Другої світової війни, коли ООН ухвалила Загальну декларацію прав людини (далі — ЗДПЛ). Адже тоді стало зрозуміло, що без застосування у міжнародному праві, в усіх державах світу певних праволюдних показників, яким мають відповідати всі національні позитивно-правові системи, існуватиме ризик повторення жахливих порушень прав людини, які мали місце під час війни. Основоположні права людини стосуються, так чи інакше, кожного індивіда. Тому, коли йдеться про їхні «стандарти», насамперед і постає питання про гранично-загальні з них. А такі стандарти, ясна річ, можуть фіксуватись саме в актах міжнародного права.

Ю. Грошевий, О. Копиленко, М. Цвік // Право України. – 2006. – № 8. – С. 143–145; Костылева Е. Д. Понятие, виды и источники европейских международно-правовых стандартов в области прав человека / Е. Д. Костылева // Право и государство. – 2007. – № 7. – С. 24–28; Оганесян С. М. Понятие международных стандартов прав человека / С. М. Оганесян // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 2. – С. 18–21; Голубок С. А. Международно-правовые стандарты права на судебную защиту / С. А. Голубок // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 112; Верланов С. Стандарти економічних та соціальних прав людини у Європейському Союзі та Раді Європи: взаємозв'язок і співвідношення / С. Верланов // Право України. – 2008. – № 5. – С. 137–141; Карташкін В. А. Международно-правовые стандарты прав человека: универсализм, регионализм, реалии / В. А. Карташкін, Е. А. Лукашева // Государство и право. – 2010. – № 7. – С. 37–45; Ляхівненко С. М. Міжнародні правові стандарти: до визначення поняття та видової характеристики / С. М. Ляхівненко // Держава і право. – 2011. – Вип. 51. – С. 629–636; Запара С. І. Поняття та ознаки міжнародного стандарту / С. І. Запара // Порівняльно-правові дослідження. – 2011. – № 1. – С. 101; Тіунов О. Правові стандарти як засіб регулювання міжнародних та внутрішньодержавних відносин / О. Тіунов // Міжнародне право. – 2012. – № 5. – С. 10–27.

¹ УСЕ. Універсальний словник-енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://slovopedia.org.ua/29/53409/21191.html>; Merriam-Webster Dictionary [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/standard>; Thesaurus Merriam-Webster [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.merriam-webster.com/thesaurus/standard?show=1&t=1289144176>.

І ось вже у преамбулі ЗДПЛ було чітко відзначено, що викладені у ній принципи і положення належить розглядати як «загальний стандарт» (англ. — *common standart*), «загальний ідеал» (франц. — *comme l'idéal*), прагнути досягти якого мають усі народи і держави. Іншими словами, укладачі ЗДПЛ вбачали у ній виклад міжнародно-всесвітніх стандартів прав людини. Про це, зокрема, говорила у своєму виступі на 3-й сесії Генеральної Асамблеї ООН у грудні 1948 року голова Комісії ООН з прав людини Е. Рузвельт, зазначивши, що, «схвалюючи Загальну декларацію з прав людини, надзвичайно важливо пам'ятати про основоположність документа ...це декларація основних принципів прав людини та свобод, яка має бути схвалена Генеральною Асамблеєю формальним голосуванням її членів та повинна служити загальним стандартом для досягнення усіма народами всіх держав»¹.

ЗДПЛ послужила фундаментом для подальшої розробки вже міжнародно-договірних праволюдних документів, які вміщували б дещо розширені всесвітні стандарти прав людини. Отож, поступово сформувався так званий Міжнародний білль з прав людини. Спочатку до нього належали, окрім самої ЗДПЛ, Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права; Міжнародний пакт про громадянські та політичні права з Факультативним протоколом до нього; Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації; Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок; Конвенція про заборону катувань та інших нелюдських, чи таких, що принижують гідність, видів поведження чи покарання; Конвенція про права дитини. Нині ж до складу означеного Білля включають також Міжнародну конвенцію про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей, Міжнародну конвенцію для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень, Конвенцію про права інвалідів.

Невипадково стосовно таких міжнародних договорів висловлювалась думка про те, що правильніше говорити не про права і свободи, закріплені у них, а власне про міжнародні стандарти у галузі прав людини, оскільки «термін “стандарти” найбільш точно відображає роль вказаних документів»². Тому-то найчастіше по-

¹ Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини : монографія / М. Антонович. – К. : Вид. дім «KM ACADEMIA», 2000. – 262 с.

² Черниченко С. В. Развитие международных стандартов и процедур в области прав человека / С. В. Черниченко // Права человека в истории человечества и в современном мире. – М. : Ин-т государства и права АН СССР, 1989. – С. 117–120.

няття стандартів прав людини пов'язують саме з міжнародно-правовими актами, які найповніше відображають надбання людства у цій сфері.

Для розуміння природи й особливостей міжнародних стандартів прав людини неабияке методологічне значення має прийнята 4 грудня 1966 р. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 41/120 «Встановлення міжнародних стандартів у сфері прав людини». У цьому акті було викладено ті керівні принципи, які мали би враховуватись при розробці міжнародних документів у означеній сфері. Зокрема, такі документи повинні: «а) узгоджуватись із існуючим зводом міжнародно-правових норм у сфері прав людини; б) мати фундаментальний характер і ґрунтуватись на притаманних людській особистості гідності та цінності; с) бути достатньо чіткими, або служити джерелом прав і обов'язків, які піддаються визначенню й здійсненню; d) передбачати, де це доречно, реалістичний та ефективний механізм здійснення, включаючи системи подання доповідей; е) користуватися широкою міжнародною підтримкою»¹.

У літературі слушно зауважувалось, що процес утворення міжнародних стандартів прав людини поєднує розуміння природного (ми би сказали — «соціально-природного») походження останніх та позитивістський підхід до з'ясування змісту відповідних положень, який «забезпечує наявність правового змісту і форми приписів, що можуть виступати як стандарти та еталони»².

Ознаки та поняття міжнародних стандартів прав людини. Загалом же встановлення міжнародних стандартів прав людини вважають частиною процесу універсалізації таких прав та виділяють два шляхи, якими він відбувається: а) конкретизація прав у конвенціях, які є обов'язковими до виконання для держав, котрі їх ратифікували, та встановлення відповідальності цих держав за їх порушення; б) розробка вимог щодо досягнення цілей, викладених у ст. 28 ЗДПЛ: створення соціального та міжнародного порядку, в якому такі права можуть

¹ Установление международных стандартов в области прав человека [Электронный ресурс]: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 41/120. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/496/28/IMG/NR049628.pdf?OpenElement>

² Ульяшина Л. В. Международные стандарты в области прав человека: проблемы правовой дефиниции / Л. В. Ульяшина // Моск. журн. междунар. права. – 2009. – № 4. – С. 56–79.

бути повністю реалізовані завдяки зміні структурних умов, що позначаються на їх реалізації¹.

Першою ознакою розглядуваних стандартів зазвичай називають **фіксацію**: а) *певного змісту чи б) певного обсягу, чи в) водночас і змісту, й обсягу прав людини*. Ці стандарти становлять закріплені у міжнародних актах та інших міжнародних документах ті праволюдні показники, до досягнення яких зобов'язуються або заохочуються держави². (Утім, вказана ознака властива й національним стандартам прав людини).

Деякі науковці небезпідставно звертають увагу на те, що міжнародні стандарти прав людини встановлюють власне «мінімальний стандарт», є «мінімально допустимим консенсусом»; вони не лише закріплюють перелік загально визнаних прав, а й фіксують їх певний необхідний обсяг, мінімальний рівень, на якому останні мають реалізовуватись³.

Окрім цього, стандартизуватись також можуть **певні вимоги до засобів гарантування** прав людини (зокрема, позитивні обов'язки держави із забезпечення, охорони і захисту таких прав).

Обов'язковість (або принаймні **бажаність**) **дотримання державами** міжнародних праволюдних стандартів також є однією з їхніх важливих ознак. Отож, вони, з огляду на їх деонтичний статус, можуть бути настановами або формально-обов'язковими, або ж рекомендаційними, які мають братись до уваги при конструюванні, моделюванні усіх інших юридичних норм стосовно прав людини. Тому таку властивість цих стандартів деякі автори називають **модельністю**⁴.

Необхідно відзначити і **специфіку санкцій** за порушення означених стандартів. Такі санкції здебільшого мають або політико-юридичний (стосовно обов'язкових приписів), або ж суто політичний (стосовно приписів рекомендаційних) характер. Так чи інакше, обов'язок чи

¹ Європейський Союз: структура, функції, механізми / за ред. д-ра іст. наук Н. В. Антонюк. – Львів, 2002. – 176 с.

² Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посіб. / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2004. – 257 с.

³ Уляшина Л. В. Международные стандарты в области прав человека: проблемы правовой дефиниции / Л. В. Уляшина // Моск. журн. междунар. права. – 2009. – № 4. – С. 56–79; Голубок С. А. Международно-правовые стандарты права на судебную защиту / С. А. Голубок // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 112.

⁴ Раданович Н. Європейські стандарти прав людини: поняття, структура, джерела формування / Н. Раданович // Проблеми державотворення та захисту прав людини в Україні. – Львів, 2007. – С. 69.

рекомендація щодо їх дотримання і певна відповідальність за ухилення від цього покладаються саме на держави.

Окремі дослідники відзначають, що (окрім власне юридичних норм) до розглядуваних стандартів належать також і *принципи*¹. Останні пропонуються навіть визнавати самостійним джерелом права у сфері прав людини².

Так, висловлювалась думка про те, що міжнародні стандарти з прав людини складаються із сукупності принципів і норм, котрі встановлюють: права та свободи людини у різноманітних сферах життєдіяльності; обов'язки держави із забезпечення та дотримання прав людини без будь-якої дискримінації як у мирний час, так і у період збройних конфліктів; загальні принципи природного права; відповідальність за злочинне порушення прав людини; напрями розвитку та розширення сфери прав людини; напрями посилення контрольного механізму за виконанням державами взятих на себе зобов'язань у сфері прав людини³.

Далі. Однією з ознак міжнародних стандартів прав людини є також їх *універсальність* — всесвітня чи регіональна. Про це вкотре було вказано у згаданій вище Декларації Генеральної Асамблеї ООН «Верховенство права на національному та міжнародному рівнях». У ній зазначено, зокрема, таке: «Ми підтверджуємо урочисте зобов'язання наших Держав виконувати свої обов'язки зі сприяння загальній повазі, дотриманню і захисту усіх прав людини і основоположних свобод для всіх. Універсальна природа цих прав і свобод не підлягає сумніву. Ми наголошуємо на обов'язку всіх Держав у відповідності зі Статутом поважати права людини і основоположні свободи для всіх, без будь-яких відмінностей» (п. 6)⁴.

¹ Білас Ю. Ю. Європейські стандарти прав людини в контексті правозастосування сучасної України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Ю. Білас. – К., 2011. – 19 с.; Запара С. І. Поняття та ознаки міжнародного стандарту / С. І. Запара // Порівняльно-правові дослідження. – 2011. – № 1. – С. 101.

² Климович О. Право прав людини як *jus cogens* сучасного міжнародного права / О. Климович // Право України. – 2008. – № 1. – С. 30–34.

³ Бобровник С. В. Держава і особа / С. В. Бобровник // Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. – 2-ге вид., переробл. і допов. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2008. – С. 105.

⁴ Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels. A/67/L.1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N12/516/51/PDF/N1251651.pdf?OpenElement>

Утім ця ознака, гадаємо, вимагає додаткових пояснень і застережень. Йдеться про те, що універсальність таких стандартів має діалектично поєднуватись із, здавалося б, протилежною ознакою — можливістю неуніверсальної (неоднозначної, різномістовної) інтерпретації їх більш-менш конкретного змісту й/чи обсягу у різних культурних контекстах. Наприклад, Комітет з прав людини ООН, утворений на підставі Пакту про громадянські і політичні права та Факультативного протоколу до нього, прямо вказав, що право на сімейне життя може відрізнятись залежно від соціоекономічних та культурних умов¹. А Європейський суд з прав людини (далі — ЄСПЛ) прийняв доктрину «меж свободи розсуду» («margin of appreciation»), яка передбачає, зокрема, тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — ЄКПЛ) із урахуванням традицій відповідної держави аби в процесі її національної імплементації брались до уваги певні національні, історичні, культурні особливості держави.

І справді, дослідники означеної проблематики наводять численні приклади неоднакової інтерпретації стандартів прав людини залежно від традицій і цінностей не тільки різних цивілізацій, а й навіть окремих країн. Скажімо, вихідне для європейських стандартів прав людини поняття свободи розуміється вельми специфічно в ісламському світі, у китайській, індійській, африканській цивілізаціях². Важко досягнути консенсусу і тоді, коли питання стосується різних релігій. Але у будь-якому разі стандарти прав людини є проблемою, спільною для усього людства; тому у цьому випадку є важливим шукати й знаходити — через діалог цивілізацій — спільну, «консенсусну» мову з цих питань.

Окрім проблеми різнотлумачення змісту стандартів прав людини у різних культурних контекстах, існує також і проблема встановлення оптимального співвідношення інтересів індивідуальних та загальних, врахування потреб і особливостей кожного окремого індивіда, що нерідко може викликати труднощі в реалізації розглядуваних стандартів. Адже необхідним є встановлення «справедливого» балансу різноманітних інтересів різних суб'єктів соціуму. А він передбачає певну

¹ Дженіс М. Європейське право у галузі прав людини. Джерела і практика застосування : пер. з англ. / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. – К. : АртЕк, 1997. – С. 179.

² Карташкин В. А. Международно-правовые стандарты прав человека: универсализм, регионализм, реалии / В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева // Государство и право. – 2010. – № 7. – С. 42.

стандартизацію онтично (фактично, емпірично, назовні) неоднакових, але *функціонально тотожних* явищ. До неї вдається, зокрема, ЄСПЛ у своїй практиці за посередництвом, так би мовити, «всезагальності унікалізації», оскільки сама вимога досягнути такого балансу є не одноразовою, не індивідуалізованою, а вкрай загальною, безвинятковою, тобто нормативною¹.

Іншими словами, йдеться про *стандартизацію соціальної значимості* зовнішньо (формально) неоднакових фактів, відносин, ситуацій. У такий спосіб реалізується *діалектика* сутності та форми явища: усяка сутність завжди є сформованою, а усяка форма завжди є сутнісною.

Специфічною властивістю міжнародних стандартів прав людини, яка торкається вже мовно-термінологічної та логіко-поняттєвої форми їх побудови й викладу, є *гранична абстрактність* застосовуваних у них терміно-понять (серед яких часто-густо превалюють терміно-поняття суто оціночного характеру)². У літературі слушно зверталась увага на те, що «стандарті, які встановлюються на світовому рівні, мають бути максимально загальними, абстрактними, які не визначають конкретний обсяг прав і свобод. Універсальні стандарти мають виходити із загальнолюдських цінностей, а не із уявлень окремих цивілізацій»³. Втім офіційне тлумачення таких стандартів задля практичних цілей все одно здійснюватиметься нерідко з урахуванням конкретно-історичних умов і обставин їх застосування.

Причому, як вбачається з документів, що вміщують міжнародні стандарти прав людини, чим «вищим» є рівень документа, тим більш високим є й рівень абстракції терміно-понять, які у ньому використовуються для фіксації відповідних принципів і норм.

Деякі автори вважають, що оскільки всеосяжна єдність не може і не повинна бути передбачена для кожного окремого міжнародного стандарту прав людини, є вагомі причини стверджувати, що має іс-

¹ Рабінович П. Феномен права в інтерпретації Страсбурзького суду (до 50-річчя Європейського суду з прав людини) / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 2. – С. 12.

² Косович В. М. Оцінювання й оцінки у національному й міжнародному правозахисті / В. М. Косович // Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина. НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування АПРН України. – Серія І. Дослідження і реферати. – Вип. 12. – Л., 2006. – С. 25.

³ Оганесян С. М. Поняття міжнародних стандартів прав человека / С. М. Оганесян // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 2. – С. 20.

нувати певний *масив* спільних стандартів. Він повинен включати найзагальніші стандарти прав людини, які хоча б у *межах цього масиву* тлумачились однозначно¹. Однак світова й регіональна міжнародна практика не завжди це підтверджує.

Офіційне тлумачення змісту терміно-понять, використовуваних при викладі міжнародних стандартів прав людини, здійснюється легально уповноваженими на це суб'єктами (наприклад, ЄСПЛ, Європейським комітетом соціальних прав). З часом — під впливом соціальних змін — це тлумачення може істотно змінюватись. У літературі відзначається, що стандарти прав людини — з огляду на їх природу — не залишаються назавжди незмінними, статичними, вони мають підтримувати тісний зв'язок із рішеннями національних судів, громадською думкою². Отже, такі стандарти в їх інтерпретації та застосуванні залежать від конкретних історичних обставин, від досягнутого рівня розвитку суспільства. Тому можна виокремити ще й таку їх ознаку, як **історично-змістовна динамічність** (забезпечувана, насамперед за посередництвом їх офіційної інтерпретації — навіть за незмінності текстуального вираження)³. Проте така динамізація, вважаємо, має завжди публічно мотивуватись, обґрунтовуватись.

Отже, беручи до уваги усі вказані вище ознаки досліджуваних стандартів, можна запропонувати таку дефініцію їх загального поняття: **міжнародні стандарти прав людини** — це закріплені у міжнародних актах і документах, текстуально уніфіковані й функціонально універсальні (для певних міжнародних об'єднань держав) принципи та норми, які за посередництвом вельми абстрактних, здебільшого оціночних, терміно-понять фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг прав людини, зумовлювані досягнутим рівнем соціального розвитку та його динамікою, а також встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту та передбачають за їх порушення санкції політико-юридичного чи політично-го характеру.

¹ Alston P. An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights / P. Alston, J. H. H. Weiler : Seminar and Workshop on Advanced Issues in Law and Policy of the European Union, NAFTA and the WTO. Harvard Jean Monnet Working Paper 1/99. Harvard Law School. Cambridge, MA 02138. 2000. – P. 28.

² Beddard R. Human Rights and Europe / R. Beddard. – Cambridge University Press, 1994. – P. 227.

³ Гончаров В. В. Офіційне тлумачення юридичних норм як захист встановлення і трансформації їх змісту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Гончаров. – Л., 2012.

Класифікація міжнародних стандартів прав людини. Її можна здійснювати за різними критеріями. А саме:

– залежно від **онтичного статусу** такі стандарти поділяються на *номінальні (термінологічні, текстуальні)*, до яких належать самі лише назви прав і свобод людини, що вжиті у міжнародних актах, та *фактичні (змістовні)*, до яких відносять зафіксовані у вказаних джерелах змістові й обсягові показники таких прав і свобод;

– за **деонтичним статусом**: *обов'язкові*, втілення котрих є формально-необхідним для відповідних держав і може забезпечуватись застосуванням міжнародних політико-юридичних санкцій, та *рекомендаційні*, котрі хоч і не мають формальної обов'язковості, проте теж забезпечені санкціями міжнародно-політичними (морально-політичними);

– за **простором (територією) дії**: *всесвітні* (загальноцивілізаційні, глобальні) та *регіональні* (зокрема континентальні);

– за **колом адресатів**: *загальні* (стосуються усіх людей) та *спеціалізовані* (адресовані членам лише певних соціальних спільнот, угруповань, — наприклад, дітям, жінкам, біженцям);

– **залежно від суб'єкта встановлення**: стандарти ООН, ЮНЕСКО, Ради Європи, Європейського Союзу тощо.

Наведений перелік різновидів міжнародних стандартів прав людини не є, ясна річ, вичерпним, адже можливі й інші способи їх класифікації¹.

Загалом же слід ще раз зауважити, що різноманітні класифікації стандартів прав людини покликані відображати їхню специфіку; а вона має, так чи інакше, враховуватись при конструюванні та використанні юридичних інструментів регулювання, охорони й захисту прав і свобод людини.

Рабінович П., Венецька О. Международные стандарты прав человека: общие признаки, классификация

В статье характеризуются основные признаки международных стандартов прав человека, которые отображаются в такой дефиниции этих стандартов: международные стандарты прав человека — это закрепленные в междуна-

¹ Бобровник С. В. Держава і особа / С. В. Бобровник // Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. – 2-ге вид., переробл. і допов. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2008. – С. 95–101; Руднева О. М. Теоретичні проблеми класифікації міжнародних стандартів прав і свобод людини / О. М. Руднева // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2010. – № 9. – С. 32–42.

родных актах и документах, текстуально унифицированные и функционально универсальные (для определенных международных объединений государств) принципы и нормы, которые в весьма абстрактных, преимущественно оценочных термино-понятиях фиксируют минимально необходимые или желаемые содержание и/или объем прав человека, обусловленные достигнутым уровнем социального развития и его динамикой, а также устанавливают позитивные обязанности государств по их обеспечению, охране и защите и предусматривают за их нарушение санкции политико-юридического или политического характера. Излагается классификация таких стандартов.

Ключевые слова: международные стандарты прав человека, классификация международных стандартов прав человека.

Rabinovich P., Venetska O. International Standards Of Human Rights: General Characteristics, Classification

The paper highlights the main features of international human rights standards, which are displayed in such a definition of those standards: international standards of human rights are enshrined in international instruments and documents, textually unified and functionally universal (for specific international associations of the states) the principles and rules, which in very abstract, mostly evaluative terminology concepts fix the minimum necessary or desired content and / or the volume of the human rights due to the achieved level of social development and its dynamics, as well as establish the positive obligation of states to ensure, protect and defend them, and envisage sanctions of political and legal or only political nature for their violations. The article sets out a classification of such standards.

Keywords: international standards of human rights, classification of international standards of human rights.

УДК 340.134

І. Яковюк, кандидат юридичних наук, доцент, заступник директора з наукової роботи НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України

Адаптація і гармонізація законодавства в умовах інтеграції: проблема співвідношення

З моменту набуття незалежності України магістральним напрямом її зовнішньої політики було визначено курс на європейську інтеграцію. Безпосередньою правовою підставою для проведення широкомасштабних перетворень на законодавчому рівні стало підписання Угоди про партнерство і співробітництво між Україною (далі — УПС), Європейськими співтовариствами та їх державами-членами 1994 р.¹, яка відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства. Положення УПС щодо адаптації мали рамковий характер, а їх реалізація вимагала ухвалення правових актів, розробки необхідних інституційних механізмів та здійснення відповідних дій як на міжнародному рівні у взаємовідносинах сторін, так і у правопорядку України. Тому з метою імплементації вказаного міжнародного договору 11 червня 1998 р. Указом Президента України було затверджено «Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу»² (далі — Стратегія). Одним із основних напрямів інтеграційного процесу у Стратегії було визначено адаптацію законодавства України до законодавства ЄС, що полягає у «зближенні із сучасною європейською системою права» шляхом «реформування її правової системи та поступового приведення у відповідність із європейськими стандартами» у 16 пріоритетних напрямках, окреслених ч. 2 ст. 51

¹ Угода про партнерство і співробітництво між Україною, Європейськими співтовариствами та їх державами-членами від 14.06.1994 р. // Офіц. вісн. України. – 2006. – № 24. – Ст. 1794.

² Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу: Указ Президента України від 11.06.1998 р. № 615/98 // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 24. – Ст. 870.

УПС. Закріплення цієї норми обумовлено тим, що у правовій державі не може бути інших засобів втілення пріоритетів політики, окрім правових¹.

Оскільки Стратегія мала загальний характер, Кабінет Міністрів України схвалив Концепцію адаптації законодавства України до законодавства ЄС², а Верховна Рада України в 2002 р. прийняла Закон України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»³ та в 2004 р. — Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»⁴, що містять комплекс взаємопов'язаних завдань із адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, спрямованих на реалізацію державної політики та пріоритетних напрямів розвитку правової системи України шляхом удосконалення нормотворчої діяльності органів державної влади та запровадження єдиної системи планування, координації та контролю роботи з адаптації законодавства.

Хоча в Україні існує розвинута нормативна база, що регулює питання здійснення адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС, на законодавчому рівні залишається остаточно невирішеною проблема визначення концептуального змісту поняття «адаптація законодавства», її сутнісних елементів та ступеня ідентичності законодавства України з нормами права ЄС як результатом здійснення процесу адаптації. Саме тому вивчення правової природи адаптації законодавства України до законодавства ЄС та внесення відповідних пропозицій щодо удосконалення законодавства України вбачається актуальним завданням вітчизняної науки та має важливе значення для

¹ Євглевська О. Л. Адаптація законодавства як умова майбутнього членства України в Європейському Союзі / О. Л. Євглевська // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. ; редкол.: Ю. П. Битяк та ін. — Х. : Право, 2009. — Вип. 17. — С. 122.

² Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : постанова Каб. Міністрів України від 16.07.1999 р. № 1496 // Офіц. вісн. України. — 1999. — № 33. — Ст. 1735.

³ Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 21.11.2002 р. № 228-IV // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 50. — Ст. 2233.

⁴ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV // Відом. Верхов. Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.

практики державотворення у контексті набуття членства в Європейському Союзі.

Складність дослідження особливостей адаптації законодавства пов'язана з тим, що адаптація — це тривалий динамічний процес, визначена послідовність взаємопов'язаних дій щодо зміни існуючого правопорядку, кожна ланка якого логічно пов'язана з іншими елементами, що разом формують програму саморозвитку правової системи. Тому, вирішуючи завдання щодо адаптації законодавства, держава фактично визначає свій шлях розвитку. Процеси адаптації є проявом динамічного — на відміну від «звичайного» умовно статистичного, еволюційного — виміру права, способом реалізації ще однієї (на додаток до основної — регулюючої) функції права, а саме — його модернізуючої функції, що актуалізувалась на новому витку суспільного прогресу з новою силою¹. Варто погодитися, що в ситуації обмежених ресурсів держави і суспільства мета адаптації законодавства буде досяжною настільки, наскільки ефективним виявиться її механізм (останній включає інституційну і матеріальну частину). Саме через нього стан прогресу, з яким пов'язуються зміни законодавства, набуває рис вираженої і реальної програми.

На позначення процесів, пов'язаних із приведенням національного права у відповідність із правом ЄС, у юридичній науці використовується достатньо широкий арсенал термінів, а саме: адаптація², апроксимація³,

¹ Євглевська О. Л. Адаптація законодавства як умова майбутнього членства України в Європейському Союзі / О. Л. Євглевська // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. ; редкол.: Ю. П. Битяк та ін. – Х. : Право, 2009. – Вип. 17. – С. 123.

² Євглевська О. Л. Адаптація законодавства як умова майбутнього членства України в Європейському Союзі / О. Л. Євглевська // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. ; редкол.: Ю. П. Битяк та ін. – Х. : Право, 2009. – Вип. 17. – С. 118–129; Рудой К. М. Адаптація адміністративного законодавства України у сфері охорони особистих прав громадян до норм Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / К. М. Рудой. – Х., 2004. – 20 с.; Омельченко О. Л. Адаптація трудового законодавства України до законодавства Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / О. Л. Омельченко. – К., 2010. – 19 с.

³ Вишняков О. К. Правова апроксимація України до умов внутрішнього ринку Європейського Союзу: підсумки і перспективи / О. К. Вишняков // Європейські студії і право. – 2010. – № 1. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/esp/2010_1/10voksp.pdf

гармонізація¹, зближення², імплементація³, інтеграція⁴, рецепція⁵, трансформація⁶, узгодження⁷, уніфікація⁸ тощо.

Серед наведених юридичних категорій поняття «інтеграція» є найширшим. Сучасні підходи щодо змісту поняття «інтеграція» як правової категорії у переважній більшості збігаються у тому, що під нею розуміється процес, за допомогою якого держави передають право реалізації частини своїх суверенних прав на користь створюваної єдиної інституційної структури для забезпечення реалізації їх спільних інтересів за

¹ Андрейцев В. І. Концептуальні засади гармонізації екологічного законодавства України та Європейського Союзу / В. І. Андрейцев // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали наук.-практ. конф., жовт. 1998 р. – К., 1998. – С. 82–86; Лаба О. В. Право Європейського Союзу та право України: теоретико-правові проблеми співвідношення та гармонізації (1991–2004 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Лаба. – К., 2005. – 21 с.; Яценко К. В. Гармонізація податкового законодавства України з законодавством Європейських Співтовариств про непряме оподаткування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / К. В. Яценко. – К., 2005. – 20 с.

² Петров Р. А. Сближение законодательства как элемент секторального сотрудничества между Европейским Союзом и Швейцарией: уроки для Украины / Р. А. Петров // Європейські студії і право. – 2011. – № 2. – С. 1–12; Турченко О. Г. Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / О. Г. Турченко. – К., 2008. – 20 с.

³ Брацук І. З. Імплементація права Європейського Союзу в національних правопорядках держав-членів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / І. З. Брацук. – Х., 2011. – 20 с.; Муравйов В. Правові засади імплементації положень права Європейського Союзу у правопорядку України / В. Муравйов // Законотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом : зб. наук.-практ. матеріалів. – К. : ТОВ АТОПОЛінк, 2005. – Вип. 4. – С. 13–18.

⁴ Сюр Н. В. Права інтеграція України до Європейського Союзу: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. В. Сюр. – К., 2006. – 20 с.

⁵ Мельник З. П. Рецепція права як засіб вдосконалення правової системи (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / З. П. Мельник. – К., 2009. – 18 с.; Ткаченко С. В. Рецепція права: идеологический компонент / С. В. Ткаченко. – Самара : СамГАПС, 2005. – 193 с.

⁶ Бірюков Р. М. Національна правова система в умовах глобалізації (основні напрямки трансформації) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. М. Бірюков. – О., 2011. – 20 с.

⁷ Павлюк Т. Узгодження законодавства Хорватії з правовим доробком ЄС: досвід для України / Т. Павлюк // Сучасна українська політика. Політики і політологи про неї. – 2011. – Вип. 22. – С. 348–356.

⁸ Руденко О. В. Уніфікація міжнародного приватного права в Європейському Союзі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Руденко. – К., 2007. – 18 с.; Граціанов А. І. Процес систематизації та уніфікації законодавства і розвиток правової системи України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. І. Граціанов. – К., 2004. – 18 с.

допомогою норм права¹. Як зазначає Б. М. Топорнін, термін «інтеграція» прийшов на зміну поняттю «міжнародне співробітництво», яке не відображало сутності нових інтенсивних форм співпраці держав².

У преамбулі Договору про Європейський Союз 1992 р. інтеграція визначена метою заснування і функціонування останнього шляхом утворення «як ніколи тіснішого союзу народів Європи». Отже, інтеграція розглядається як безперервний процес поглиблення співробітництва країн у межах ЄС для запровадження міцного об'єднання держав-членів. Правова інтеграція полягає у виробленні єдиних загальноєвропейських правових стандартів, узгодженні розрізних правових систем держав-членів до вказаних стандартів, уніфікації правового регулювання в межах Союзу та приведенні норм права третіх держав, що обрали євроінтеграційний вектор, у відповідність до загальної правової системи ЄС як обов'язкової умови інтегрування.

Поняття імплементації є також достатньо широким за своїм змістом. Більшістю вчених воно розуміється як спеціальна законодавча процедура перетворення норм міжнародного права на норми внутрішнього права. А в тих країнах, що не визнають принципу верховенства норм міжнародного права щодо норм національного права, імплементація виступає єдиним способом забезпечення у внутрішньому праві виконання державою її міжнародно-правових зобов'язань³. Основними способами імплементації міжнародно-правових норм є трансформація, що полягає в повній переробці тексту міжнародно-правового акта чи окремих його статей зі збереженням суті змісту відповідної норми міжнародного права із прийняттям на цій основі норм внутрішнього права; рецепція, тобто текстуальне повторення нормотворчим органом держави змісту міжнародно-правової норми у статті нормативно-правового акта; відсилання — вказівка у внутрішньодержавному нормативно-правовому

¹ Волошин Ю. О. Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. – К., 2010. – 32 с.; Ильин Н. Ю. Конституционно-правовые аспекты интеграции европейских государств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. – М., 2002. – 164 с.; Киреева С. А. Межгосударственная интеграция как внешняя функция Российского государства : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. – Астрахань, 2006. – 499 с.; Сюр Н. В. Правова інтеграція України до Європейського Союзу: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. – К., 2006. – 20 с.

² Топорнін Б. Н. Европейское право : учебник / Б. Н. Топорнін. – М. : Юристь, 1998. – С. 14.

³ Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права / А. С. Гавердовский. – К. : Вища школа, 1980. – С. 18.

акті на норми міжнародного права, що регулюють відсильні правовідносини. Такі способи імплементації використовуються як у державах-членах ЄС, так і в тих державах, що взяли на себе зобов'язання перед Союзом відповідно до двосторонніх або багатосторонніх міжнародних договорів. У вітчизняних наукових дослідженнях для характеристики процесу приведення національного законодавства країни у відповідність до правопорядку ЄС найчастіше застосовуються спеціальні терміни «адаптація», «апроксимація» та «гармонізація». Аналіз юридичної літератури показує, що досить часто саме ці терміни використовуються як рівнозначні або підвиди один одного¹. Звичайно, така ситуація не сприяє ефективному вирішенню окресленого завдання та потребує з'ясування співвідношення вказаних вище понять.

Не в останню чергу певна термінологічна плутанина відбувається через неякісний переклад текстів міжнародно-правових актів українською мовою. Так, в офіційній україномовній редакції УПС використовуються такі поняття, як «зближення» (ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 76); «наближення» (ст. 60); «адаптація» (ч. 1 ст. 53, ст. 77). В англomовній редакції УПС² використовуються відповідно поняття «approximation» (ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 76); «gradual approximation» (ст. 60); «adaptation» (ч. 1 ст. 53, ст. 77)³.

¹ У вітчизняному законодавстві у поодиноких випадках поряд із поняттям «адаптація» використовується поняття «гармонізація». Зокрема, йдеться про постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для гармонізації національних стандартів з міжнародними та європейськими» від 28.09.2011 р. № 1009; Наказ Міністерства охорони здоров'я «Про утворення робочої групи з метою опрацювання переліку нормативних документів з питань здійснення контролю якості при заготівлі крові та її компонентів, препаратів їх на препарати та гармонізації цих документів до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2005 р. № 117 тощо.

² Partnership and cooperation agreement establishing a partnership between the European Communities and their Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part // Official Journal. – 1998. – № L 049 (19.02.1998). – P. 3–46.

³ Поняття «апроксимація» («approximation») міститься також в англomовних Угодах ЄС про партнерство і співробітництво з іншими державами. Зокрема, з Азербайджаном (статті 43, 54, 67 УПС 1996 р.), Вірменією (статті 43, 53, 65 УПС 1996 р.), Російською Федерацією (статті 40, 55 УПС 1994 р.) тощо. Див.: Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Azerbaijan, of the other part. 1996 // Official Journal. – 1999. – № L 246 (17.09.1999). – P. 3–51; Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Georgia, of the other part. 1996 // Official Journal. – 1999. – № L 239 (09.09.1999). – P. 3–50; Agreement on partnership and cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, of one part, and the Russian Federation, of the other part 1994 // Official Journal. – № L 327 (28.11.1997). – P. 3–69.

Крім того, у франкомовному тексті УПС¹, який є також автентичним, поняття «удосконалення законодавства», що міститься у ч. 3 ст. 63, вживається як «l'adaptation des législations»; «поступове зближення» за ст. 69 — «adapter progressivement»; «адаптація» за ст. 77 — «l'adaptation». Таким чином, за змістом УПС поняття «апроксимація» запозичене з англomовної редакції вказаного міжнародного договору та є синонімічним поняттю «адаптація», що характеризує процес поступового зближення, приведення у відповідність законодавства України до норм права ЄС.

Слід зазначити, що поняття «гармонізація» не використовується в УПС. У той же час, якщо звернутися до установчих договорів ЄС, то саме вони активно оперують терміном «гармонізація» (ч. 5 ст. 2, ч. 2 ст. 19, ч. 4 ст. 79, ч. 2 ст. 83, ст. 84, 113 Договору про функціонування ЄС (далі — ДФЄС)). Аналіз змісту установчих договорів ЄС дозволяє зробити висновок, що поняття «гармонізація» характеризує процес приведення законодавства у відповідність до норм права ЄС, що відбуваються в межах Європейського Союзу та є статутним обов'язком виключно держав-членів. У свою чергу адаптація також характеризує процес приведення законодавства у відповідність до норм права ЄС, однак вона відбувається за межами Євросоюзу та стосується третіх держав у зв'язку із реалізацією ними зовнішньополітичного курсу на європейську інтеграцію. У нормативно-правових актах України законодавець також надає перевагу терміну «адаптація» при визначенні процесу наближення вітчизняного законодавства до законодавства ЄС.

Відмінність правової природи обов'язку гармонізувати національне законодавство держави-члена до права ЄС відповідно до установчих договорів Союзу та міжнародно-правового зобов'язання третіх держав щодо адаптації національного законодавства простежується у випадку їх порушення. Так, у разі нездійснення гармонізації законодавства держави-члена до відповідних норм права ЄС, зокрема у формі директив, держава-член може бути притягнена до юридичної відповідальності шляхом накладання на неї фіскальних санкцій у вигляді штрафу та/або пені. Як крайній захід передбачено призупинення певних прав відповідної держави-члена, включаючи право голосу представника її уряду в Раді ЄС, з урахуванням вимог, передбачених ст. 7 Договору

¹ Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part 1994 // Journal officiel. – 1998. – № L 049 (19.02.1998). – P. 3–46.

про ЄС. У випадку неналежної адаптації державою-претендентом на вступ до ЄС свого національного законодавства, вона не підлягатиме жодним штрафним санкціям з боку Союзу. Проте вказана обставина може мати політичні наслідки, оскільки ЄС здатний переглянути перспективи членства такої держави у його складі.

У праві ЄС гармонізацію у широкому розумінні визначають як заміну різних національних політик єдиною спільною політикою Союзу у відповідній сфері. У вузькому розумінні гармонізація у праві ЄС — це предметне наближення національних правових приписів до встановлених Союзом стандартів шляхом скасування відмінностей у національному законодавстві¹.

Гармонізація передбачає процес спільного, узгодженого розвитку національних законодавств, усунення існуючих між ними суперечностей та формування мінімальних правових стандартів шляхом утвердження спільних правових принципів або прийняття окремих правових рішень з метою зближення правових систем. Таке зближення через низку об'єктивних чинників (політико-правова унікальність держави) не досягає ступеня абсолютної ідентичності права держав-членів та права ЄС. При цьому в Союзі як спосіб зближення законодавства застосовується також уніфікація. Остання реалізується за допомогою ухвалення нормативних актів у вигляді регламентів, які містять імперативні норми поведінки і не передбачають додаткового узгодження з ними актів національного законодавства.

В. Кааль за інтенсивністю гармонізації виділяє її чотири форми: абсолютну, повну, часткову та мінімальних стандартів². При абсолютній гармонізації державам-членам ЄС заборонено приймати національне законодавство, яке не узгоджується з нормами права ЄС. При повній гармонізації законодавець держави-члена ЄС може приймати національне законодавство, відмінне від загальноєвропейського, однак лише як передбачений виняток. Часткова гармонізація виражається у формі вибіркової або факультативної гармонізації. При вибірковій — держави-члени зобов'язані дотримуватися норм права ЄС відносно товарів

¹ Schweitzer M. *Europarecht: das Recht der Europäischen Union, das Recht der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EG, EAG) mit Schwupunkt EG* / M. Schweitzer, W. Hummer. – Neuwied, Kriftel, Berlin : Luchterhand, 1996. – 631 s.

² Див.: Головка О. І. Механізм адаптації законодавства європейських держав до правових стандартів Європейського Союзу / О. І. Головка // *Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України* / за ред. В. Н. Денисова. – К. : Юстініан, 2006. – С. 557.

і послуг, але стосовно національного товаровиробника можуть залишити чинним національне законодавство. При факультативній гармонізації національний законодавець має право, а не обов'язок щодо узгодження законодавства. Тому він може залишити чинними норми національного законодавства, не приводячи їх у відповідність із правом ЄС. Гармонізація у формі мінімальних стандартів встановлює лише необхідний мінімум захисту або правового регулювання на рівні ЄС, а держави-члени з урахуванням цього мають право приймати суттєво відмінне законодавство.

Очевидно, що використання тієї чи іншої форми гармонізації законодавства залежить від конкретної сфери правовідносин, щодо якої діє конкретний тип співвідношення повноважень Союзу та держав-членів. Так, абсолютна гармонізація вимагається в межах виключної компетенції Союзу, де відбувається максимальне обмеження самостійної реалізації суверенних прав та особливо яскраво виявляється наддержавний компонент. Відтак держави-члени не можуть самостійно здійснювати відмінну від ЄС законодавчу діяльність та ухвалювати відповідні юридично обов'язкові акти. Абсолютна гармонізація здійснюється у сферах, окреслених ч. 1 ст. 3 ДФЄС: митний союз; встановлення правил конкуренції, необхідних для функціонування внутрішнього ринку; монетарна політика — для держав-членів зони євро; збереження морських біологічних ресурсів у рамках спільної політики у сфері рибальства; спільна торговельна політика.

Повна гармонізація, виходячи з підходу В. Кааля, також здійснюється у межах виключної компетенції ЄС, однак на підставі закріплення норми ч. 1 ст. 2 ДФЄС, держави-члени мають право самостійно приймати нормативно-правові акти, які не узгоджені з нормами ЄС, за умови отримання спеціальної згоди з боку Союзу. Крім того, у сферах, що є досить чутливими з позицій забезпечення державного суверенітету, держави-члени в окремих випадках звільняються від обов'язку проводити гармонізацію, що скоріше вважається винятком із загального правила.

Протилежною виключній компетенції є компетенція паралельна (ч. 5 ст. 2 ДФЄС). У межах цієї компетенції держави-члени зберігають усю повноту законодавчої влади, а роль Союзу зводиться лише до підтримання і координації або доповнення законодавчих заходів держав-членів шляхом надання відповідних рекомендацій. Йдеться про сфери: охорони та зміцнення здоров'я людини; промисловості; культури; ту-

ризму; освіти, професійного навчання, молоді та спорту; цивільного захисту; адміністративного співробітництва (ст. 6 ДФЄС). Таким чином, правові акти ЄС у сферах паралельної компетенції не тягнуть за собою гармонізації законів або підзаконних актів держав-членів. Тобто в даному разі ми можемо назвати таку гармонізацію лише умовно факультативною або вибірковою, вона скоріше є допоміжною.

Сфери відання Союзу, що не охоплюються виключною або паралельною компетенцією, вважаються конкуруючими або сумісними для ЄС та держав-членів. Йдеться про внутрішній ринок; соціальну політику; економічну, соціальну та територіальну єдність; сільське господарство та рибальство, за винятком збереження морських біологічних ресурсів; довкілля; захист прав споживачів; транспорт тощо (ст. 4 ДФЄС).

Особливістю сумісної компетенції є те, що в зазначених сферах і Союз, і держави-члени можуть здійснювати законодавчу діяльність і ухвалювати юридично обов'язкові акти. Проте з урахуванням одного з основоположних принципів права ЄС — принципу субсидіарності Союз має право приймати у цих сферах нормативно-правові акти тоді й у такому обсязі, коли держави-члени не можуть належним чином досягти відповідного результату на внутрішньодержавному рівні¹. При цьому доцільність здійснення нормативного регулювання на рівні ЄС обумовлюється масштабами або результативністю запропонованих заходів ЄС. Отже, у сфері конкуруючої (сумісної) компетенції обов'язок щодо гармонізації законодавства у держав-членів виникає лише у разі прийняття відповідних норм права ЄС. Отже, таку гармонізацію не можна вважати вибірковою, оскільки обов'язковість її здійснення обумовлена принципом субсидіарності.

Таким чином, підхід, запропонований В. Каалем, становить певний науковий інтерес, однак не узгоджується з особливостями типів (форм) співвідношення повноважень Союзу та держав-членів. На нашу думку, з урахуванням ступеня обов'язковості проведення гармонізації її доцільно розглядати як *обов'язкову* у сферах виключної компетенції ЄС, *допоміжну (факультативну)* — в межах паралельної компетенції ЄС та *гармонізацію за умови дії принципу субсидіарності на користь*

¹ Бартечев С. А. Правовая концепция «принципа субсидиарности» в Европейском Сообществе / С. А. Бартечев // Моск. журн. междунар. права. – 2004. – № 3 (55). – С. 175–196; Яковюк І. В. Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу / І. В. Яковюк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 4. – С. 22–30.

ЄС — у конкуруючій (сумісній) компетенції держав-членів. У цьому зв'язку зазначимо, що ступінь обов'язковості адаптації законодавства третіх країн до права ЄС не є таким варіативним, про що ми зазначимо нижче.

На відміну від масштабів гармонізації законодавства держав-членів ЄС обсяг законодавства третіх країн, що підлягає адаптації, визначається інакше. Він залежить від визначених за взаємною згодою напрямів співпраці, рівня співробітництва сторін та особливостей правового статусу третьої держави (держава-партнер, держава-сусід, держава-заявник, держава-кандидат) на підставі відповідних міжнародних угод.

Як правило, положення угод, які стосуються адаптації національного законодавства асоційованих країн з правом ЄС, мають характер як «твердих», так і «м'яких» зобов'язань сторін залежно від сфер, в яких здійснюється узгодження¹. Проте при визначенні самих сфер, що потребують адаптації, враховується особливий характер відносин Союзу з конкретною країною, хоча певні сфери, зокрема, захист права інтелектуальної власності, законодавство у галузі конкуренції закріплені у всіх без винятку угодах про асоціацію.

При здійсненні адаптації усі асоційовані держави мають справу з одними і тими самими актами ЄС. Однак на практиці має місце вибіркового підхід, коли для окремих асоційованих країн залежно від визначених угодою цілей та сфер співробітництва з усієї маси *acquis communautaire* ЄС спеціально відбираються ті акти, реалізація яких повинна забезпечити виконання сторонами взятих на себе зобов'язань².

Адаптація законодавства країн, що прагнуть набути членство в ЄС, щодо яких Союз офіційно не надав оцінку стану готовності інтегруватися до ЄС (держави-сусіди, держави-заявники), має більш обмежений характер, оскільки вона стосується набагато меншої кількості актів Союзу та охоплює тільки чітко визначені угодами про партнерство і співробітництво сфери співробітництва.

Виходячи з аналізу досвіду співпраці третіх країн з ЄС, В. І. Муравйов виділяє такі основні способи зближення їх національного права з правом ЄС. По-перше, це прийняття національних правових

¹ Zemanek K. Is the Term «Soft Law» Convenient. – In *Liber Amicorum* : Professor Ignaz Seidl – Hohenveldern / Edited by Hafner G., Loible G., Rest A., Sucharia-Behrmann L., Zemanek K. – The Hague 1998. – P. 843–862.

² Preston C. Poland and EU Membership : Current Issues and Future Prospects / C. Preston // *Journal of European Integration*. – 1998. – V. 21, № 2. – P. 153.

актів, які враховують в тій чи іншій мірі положення права ЄС. Другий спосіб передбачає приєднання країни-не члена ЄС до міжнародних угод, що є обов'язковими для ЄС та його держав-членів. Третім способом виступає інкорпорація у національне право правових актів ЄС. Ще одним способом є взаємне визнання сторонами діючих у кожній з них стандартів (хоча насправді відбувається лише одностороннє визнання з боку третьої держави. — *І. Я.*). Нарешті як спосіб узгодження може використовуватися паралельне ухвалення країнами нормативних актів, які є ідентичними або схожими за своїм змістом з актами ЄС¹.

Виходячи зі змісту угод ЄС про партнерство і співробітництво з третіми державами², можна зазначити, що вони стосуються відносно широких сфер правового регулювання. Сфера їх дії глибоко проникає у внутрішню політику та законодавство сторін, що вимагає від урядів держав здійснення далекосяжних зусиль з адаптації внутрішнього законодавства в різних напрямках.

На підставі угод про партнерство і співробітництво створюються сумісні органи співробітництва, що здійснюють оцінку стану виконання сторонами взаємних зобов'язань, у тому числі адаптованості третіми державами свого законодавства у відповідних сферах. Проте за юридичною силою такі висновки мають політико-рекомендаційний характер та охоплюються поняттям «м'якого права». У разі неврахування або неповного врахування положень таких рекомендацій вказане буде свідчити про неналежне виконання сторонами взятих на себе зобов'язань. Якщо третя держава належним чином не здійснює адаптацію свого законодавства з правом ЄС, вказана обставина може створити перешкоди у подальшому процесі її інтеграції до ЄС, проте не спричиняє накладання жодних юридичних санкцій на таку державу.

Сфери, в яких здійснюється адаптація, визначаються безпосередньо під час переговорів щодо укладання таких угод. При цьому треті держави з огляду на принциповість деяких зі своїх національних інтересів можуть висловити певні захисні застереження щодо неможливості прийняття деяких із положень правопорядку ЄС. Тобто конкретний

¹ Муравйов В. І. Правові засади регулювання економічних відносин Європейсько-го Союзу з третіми країнами : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11 / Віктор Іванович Муравйов. – К., 2003. – С. 242.

² Окрім України, такі угоди укладено з Російською Федерацією 24.06.1994 р., Республікою Молдова 28.11.1994 р., Казахстаном 23.01.1995 р., Киргизстаном 09.02.1995 р., Узбекистаном 21.06.1996 р., Вірменією 22.04.1996 р., Азербайджаном 22.04.1996 р., Грузією 22.04.1996 р., Таджикистаном 11.10.2004 р.

зміст *acquis communautaire* може відрізнитися залежно від підходів сторін до визначення рівня та мети їх співробітництва.

Слід зазначити, що гармонізація та адаптація законодавства суттєво відрізняється здатністю сторін впливати на правопорядок один одного. Так, у випадку адаптації законодавства третіх країн до норм права ЄС цей процес є одностороннім. Такі держави не здатні впливати на механізм нормоутворення в системі ЄС, не спроможні змінювати норми права ЄС та створювати з державами-членами спільний правовий простір Союзу. Отже, відбувається лише залучення третіх держав до вже існуючого правопорядку ЄС. Держави-кандидати під час інтегрування до ЄС також не можуть висувати жодних вимог до Союзу як умову свого вступу. Діє принцип: «Союз не корегується під кандидатів на вступ», приєднання здійснюється до всіх положень установчих договорів «як вони є».

У свою чергу держави-члени під час гармонізації законодавства як «господарі» установчих договорів ЄС здатні суттєво впливати на правопорядок Союзу. Механізми правового регулювання інтеграційних процесів у ЄС характеризуються перенесенням юридичних концепцій і методів з їх внутрішньодержавного права на загальноєвропейський рівень. Згодом саме ці концепції та прийоми, перенесені з національних правових систем у право ЄС, повертаються у новій якості у внутрішньодержавне право, характеризуючись наднаціональними особливостями¹. У процесі гармонізації відбувається узгодження та прийняття правових принципів і концептуальних підходів різних держав до встановлення одноманітного правового порядку. Таким чином, право ЄС виступає продуктом компромісу його держав-членів.

Указані принципові відмінності між механізмами приведення законодавства держав-членів та третіх держав до норм права ЄС доводять доцільність використання їх різного найменування в межах ЄС («гармонізація») та поза ним («адаптація»). Запропоноване нами співвідношення термінів «адаптація» та «гармонізація» сприятиме розкриттю сутності та динамічного характеру взаємодії національної правової системи із правовою системою ЄС, що є регіональною та наднаціональною. Крім того, розмежування термінів як наслідок розрізнення за змістом і сутністю процесів, що відбуваються, з одного боку, між

¹ Трагнюк О. Я. Адаптація права України до права ЄС як складова механізму євроінтеграції / О. Я. Трагнюк // Державне будівництво і місцеве самоврядування : зб. наук. пр. ; редкол.: Ю. П. Битяк та ін. – Х. : Право, 2005. – Вип. 10. – С. 139.

національними правовими системами в межах ЄС як замкнутої системи, а з другого — між національною правовою системою країни-претендента і правовою системою ЄС, є засобом відображення характеру взаємодії між правовими системами різного рівня.

Яковюк І. Адаптація и гармонизация законодательства в условиях европейской интеграции: проблема соотношения

В статье рассматриваются проблемы правовой интеграции государств Европейского Союза, а также стран, стремящихся войти в ЕС. Анализируется содержание процессов гармонизации национального права в рамках ЕС и адаптации законодательства государств-кандидатов и стран-соседей к законодательству ЕС, раскрывается соотношение указанных процессов.

Ключевые слова: Европейский Союз, европейская интеграция, гармонизация законодательства, адаптация законодательства.

Yakoviuk I. Adaptation and Harmonization of Legislation in the Context of European Integration: the Problem of Correlation

The article deals with the problems of legal integration of the European Union member states and the states trying to join it. The contest of the processes of national law harmonization within the EU and adaptation of candidate's and neighboring countries legislation to that of the EU is analyzed; the correlation between these processes is determined.

Keywords: European Union, European integration, harmonization of legislation, adaptation of legislation.

УДК 340.11(477)+(4)

І. Гетьман, кандидат юридичних наук, завідувачка лабораторії європейського права та порівняльного правознавства НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України

Правова герменевтика і адаптація законодавства України в умовах становлення європейського правового простору

Загальносупільні тенденції, що відбуваються в Україні, нині охоплюють не тільки внутрішній ареал соціуму (тут йдеться про розбудову демократичної, правової, соціально орієнтованої держави), але й поширюють свій вплив на зовнішні пріоритети країни, особливо це стосується євроінтеграційних процесів, а саме: ролі та місця, що посідає в них Україна, участі у відповідних європейських організаціях, адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Зрозуміло, що адаптаційні процеси істотно впливають на правову систему України, стимулюючи появу нових правових інститутів, норм, відносин, що неодмінно тягне зміни у практичній (прикладній) юриспруденції. Закономірно разом із цим, що нового змісту поступово набуває і теорія праворозуміння як фундамент теорії права в цілому. Перетворення, що її торкнулися, стосуються перш за все переходу від традиційного, класичного розуміння права до плюралізму актуальних методологій. Серед різноманіття останніх вчені-правознавці нині доволі часто концентрують свою увагу саме на герменевтичному підході до праворозуміння (правовій герменевтиці)¹, що обумовлено, по-перше,

¹ Наприклад див. такий науковий доробок: Петришин О. В. Право як соціальне явище: особливості юридичного підходу / О. В. Петришин // Проблеми філософії права. – 2006–2007 – Т. IV–V. – С. 73–83; Рабінович П. Герменевтика і правове регулювання / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1999. – № 2. – С. 61–70; Він же. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 4. – С. 3–14; Селіванов В. Офіційне тлумачення законодавства: герменевтичний аспект / В. Селіванов // Право України. – 2001. – № 11. – С. 22–25; Максимов С. І. Проблема розуміння у правозастосуванні / С. І. Максимов, Н. І. Сатохіна // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. – 2007. – № 1. – С. 15–24; Малинова І. П. Епистемологія права / І. П. Малинова // Рос. юрид. жур. – 1999. – № 3. – С. 153–159; Шадрин А. А. Герменевтика смысла социально-философской дискурсивности : монография / А. А. Шадрин. – Ижевск : Удмурт. ун-т, 2009. – 142 с.

його теоретичним значенням, бо в ньому визначається сутність права завдяки точному розкриттю його зовнішніх форм, і по-друге, названий методологічний підхід до розуміння права відіграє суто практичну роль у питаннях правильного тлумачення змісту норм права¹.

Так, О. В. Петришин наголошує на необхідності подолання звуженого інструментального розуміння права, натомість пропонуючи нові методологічні підходи праворозуміння, яким відповідають категорії «правотворчість», «тлумачення права» (*категорія належить до понятійного апарату правової герменевтики*)², «правове життя», «дія права», «правова система», причому основний та беззаперечний аргумент на їх користь зводиться до нагальної потреби усунення надлишкової абстрактності вітчизняної юриспруденції, її відстороненості від реальних проблем життєдіяльності суспільства та соціальних стосунків, що здатне призвести до вкрай небезпечної тенденції своєрідної «химеризації» юридичної науки, передовсім теорії права³. Глибокому синтезу та рефлексії піддаються ідеї юридичної герменевтики В. Селівановим задля отримання помітного евристичного ефекту стосовно проблематики адекватного тлумачення норм права й подальшої їх адаптації до законодавства ЄС⁴. Наукові пошуки та відкриття П. М. Рабіновича точаться навколо використання здобутків загальної теорії розуміння (інтерпретації) — герменевтики. Вчений обстоює позицію, згідно з якою реформи у зовнішньополітичній позиції України викликають актуалізацію юридичної герменевтики, якій надається мало не визначальне значення в обґрунтуванні, оцінці та дослідженні природних явищ⁵. Так, П. М. Рабінович осмислює національну правову систему як елемент (реальний чи потенційний) іншої правової системи, наприклад Євросоюзу, а завдяки емпіричним надбанням теорії розуміння, на його думку, можна науково обґрунтувати умови, вимоги, напрями, засоби і наслідки перетворень, яких повинна зазнати вітчизняна правова система, щоб «вписатись» у системно-правове утворен-

¹ Цит. за: Гетьман І. В. Герменевтичний підхід до праворозуміння: витоки, зміст, практичне призначення / І. В. Гетьман // Проблеми законності: Акад. зб. наук. пр. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2008. – Вип. 97. – С. 12.

² Виділено автором.

³ Петришин О. В. Право як соціальне явище: особливості юридичного підходу / О. В. Петришин // Проблеми філософії права. – 2006–2007 – Т. IV–V. – С. 75.

⁴ Селіванов В. Офіційне тлумачення законодавства: герменевтичний аспект / В. Селіванов // Право України. – 2001. – № 11. – С. 23.

⁵ Рабінович П. Герменевтика і правове регулювання / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1999. – № 2. – С. 62.

ня більш «високого» рівня. Дослідник констатує, що герменевтичний методологічний підхід — обов'язковий інструмент розробки рекомендацій щодо адаптації правової системи до європейського правового поля¹. Закономірним висновком щодо актуалізації герменевтичної проблематики могло б стати твердження С. І. Максимова, який у царині власних наукових інтересів цікавиться проблемою розуміння, згідно з яким науковим відображенням процесів визнання примату міжнародно-правових норм стосовно норм національного права є помітна актуалізація в юриспруденції інтерпретаційних проблем, розв'язання яких пов'язується герменевтикою як загальною теорією розуміння².

Проведена вище стисла ілюстрація сутності наявного наукового внеску дозволяє нам сформулювати як наукові завдання такі питання: 1) стосовно екзистенційної природи процедури адаптації (теоретична частина наукового завдання); 2) стосовно необхідності й передумов виникнення європейського права (практична частина). Допомогти теоретичному розумінню суті процесу адаптації та його взаємозв'язку з теорією розуміння — інтерпретацією — можна завдяки влучному прикладу того, як досягнення герменевтики покращують взаєморозуміння між учасниками комунікаційних процесів, зокрема під час переговорів між представниками делегацій держав стосовно адаптації законодавства України до законодавства ЄС. При цьому слід пам'ятати про неприпустимість так би мовити «ейфорійного» ставлення до адаптаційних процесів і застосування сліпого копіювання норм та інститутів європейського права. На думку автора, глибоке філософсько-правове усвідомлення суті теорії розуміння й співвідношення канонів останньої з процесом адаптації вітчизняного законодавства допоможе запобігти штучному запозиченню європейських норм, без глибокого осягнення їх природи та змісту. Повне з'ясування природи адаптаційного процесу видається неможливим та й необґрунтованим на сторінках цього невеликого дослідження, оскільки може стати предметом окремої, навіть дисертаційної, роботи, оскільки герменевтична проблематика є такою ж масштабною й невичерпною, як і сам феномен людського розуміння. Для з'ясування природи адаптаційного процесу,

¹ Рабінович П. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 4. – С. 8.

² Цит. за: Максимов С. І. Проблема розуміння у правозастосуванні / С. І. Максимов, Н. І. Садохіна // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. – 2007. – № 1. – С. 15.

котре буде коректним у межах цієї статті, зазначимо декілька головних засад герменевтичної методології розуміння. Отже, по-перше, згідно з герменевтичною методологією в основі адаптаційного процесу завжди знаходиться така мисленнева тріада: передрозуміння — розуміння — здатність до тлумачення (*здатність до тлумачення надає можливість для адаптації*)¹. Передрозуміння і розуміння пов'язані між собою мовою, оскільки розуміння — це не тільки форма сприйняття дійсності, але й форма буття, а буття відображається у мові, таким чином мова — один із різновидів досвіду, який, з одного боку, складається із загальних знань, вмінь, установок, а з другого — включає інтерсуб'єктивний момент, що становить досвід². Евристично вірним представляється будувати вищенаведену тріаду у такий спосіб: передбуття — буття — здатність до тлумачення, причому буття і передбуття опосередковані мовою, яка є буттям, що суб'єкт не може «мати у своєму розпорядженні» (Г.-Г. Гадамер)³. Іншими словами, наведена тріада являє собою не що інше, як «герменевтичне коло», а процеси розуміння та тлумачення — «входження до герменевтичного кола»⁴, суть яких полягає у непогодженні з, так би мовити, існуванням розуміння в чистому вигляді, тому що йому завжди передує процедура передрозуміння, а їй — перед-перед-розуміння і так по колу⁵. Пояснюючи вищевказане, слід додати, що попереднє розуміння залежить від традиції, в якій існує сам інтерпретатор. Він наділений можливістю скоректувати власний процес тлумачення, але повністю зробити це він не спроможний, оскільки останнє, виникаючи внаслідок мисленневої діяльності й будучи нерозривно пов'язаним із процесами розуміння, вимагає в якості власної передумови наявність передрозуміння. Ідея герменевтичного кола пояснює і екзистенцію процесу адаптації. Зокрема, для коректної адаптації чинного законодавства України слід одночасно збагнути не тільки первісний зміст норми європейського права, який закладав у неї законодавець, а й привести зміст норми у відповідність

¹ Виділено автором.

² Гадамер Г.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики / Г.-Г. Гадамер. — М. : Прогресс, 1988. — С. 315–318.

³ Цит. за: Максимов С. І. Проблема розуміння у правозастосуванні / С. І. Максимов, Н. І. Сатохіна // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. — 2007. — № 1. — С. 18–19.

⁴ Термінологія «герменевтичне коло» і «входження до герменевтичного кола» започаткована вченим-філософом Гансом-Георгом Гадамером.

⁵ Гадамер Г.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики / Г.-Г. Гадамер. — М. : Прогресс, 1988. — С. 317.

до сучасної ситуації¹. Зазначене стисле формулювання екзистенційної суті адаптаційного процесу з позицій теорії розуміння — герменевтики, не претендує на абсолютну істинність і виключність, оскільки автор цілком погоджується з тим, що у цій проблематиці є багато чого, що належить до terra incognita, зокрема фундаментальний шар знань, що іменується теорією пізнання, оскільки пізнавальна діяльність виконує ключову роль у процесі розуміння, надаючи можливість рухатися від знання про незнання до знання про знання або розуміння. А тому невинуватими виявляються дискусії велетнів філософської думки: Д. Л. Андрєєва відносно стадійності пізнання, місця так званого «спалаху» у останньому²; В. І. Вернадського про передумови пізнавальної діяльності³; М. К. Мамардашвілі стосовно природи пізнання «пізнання — пізнає ще не пізнане, те, чого немає?»⁴; І. А. Ісаєва, який системно досліджує фактори, що зашкоджують пізнанню⁵. Підбиваючи підсумок щодо першого запропонованого до дослідження теоретичного запитання відносно суті адаптаційного процесу, автор дуже сподівається на позитивні наслідки власного доведення евристичного потенціалу правової герменевтики і цілком поділяє відносно цього думку С. І. Максимова про наявність у герменевтики «виходів» майже на всі етапи правового регулювання, і тому як наслідок здатність останньої стати самостійною парадигмою правового мислення⁶.

Вивчаючи друге, практичне, питання стосовно умов та причин адаптаційних процесів в Україні, неодмінно слід згадати, що держави-члени ЄС при заснуванні Європейського Економічного Співтовариства мали на меті створення спільного ринку. Для досягнення цієї мети потрібне було єдине законодавство, яке б за допомогою затверджених спільних стандартів регулювало рух товарів, послуг, капіталу. Отже, процес європейської правової інтеграції зумовлений загальним інтеграційним

¹ Гетьман І. В. Герменевтичний підхід до праворозуміння: витоки, зміст, практичне призначення / І. В. Гетьман // Проблеми законності: Акад. зб. наук. пр. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2008. – Вип. 97. – С. 13–14.

² Андрєєв Д. Л. Роза мира / Д. Л. Андрєєв. – М. : Мир Урани, 2005. – С. 59–62.

³ Вернадский В. И. Биосфера и ноосфера / В. И. Вернадский ; предисл. Р. К. Баландина. – М. : Айрис-пресс, 2004. – С. 204–205.

⁴ Мамардашвили М. К. Формы и содержание мышления / М. К. Мамардашвили. – СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2011. – С. 267.

⁵ Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального : монография / И. А. Исаев. – М. : Юристь, 2006. – С. 345.

⁶ Цит. за: Максимов С. І. Проблема розуміння у правозастосуванні / С. І. Максимов, Н. І. Сагохіна // Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ. – 2007. – № 1. – С. 23.

процесом, і тому кожна держава, претендуючи на вступ до ЄС, повинна бути готовою до певних компромісів у соціальній, правовій, економічній сферах. Наступне законотворення у країнах-членах ЄС має відбуватися з оглядом на європейське право і останні несуть відповідальність за створення законодавства, що суперечить загальним стандартам Євросоюзу¹. Таким чином, право Європейського Союзу — це не тільки комплекс договорів, а цілісна правова система, що володіє власною специфікою: 1) особливо щільним зв'язком з правом держав-членів ЄС; 2) входженням до складу правових систем держав; 3) зобов'язанням держави в інтересах досягнення цілей Євросоюзом обмежувати власні суверенні повноваження у сфері, яка віднесена ними до компетенції Союзу; 4) конституційне право не виключається із загального правила про пріоритет права Союзу у питаннях, що належать до його компетенції².

З урахуванням викладеного вище можна стверджувати, що адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу повинна відбуватися поступово з урахуванням науково обґрунтованих заходів та у суворій відповідності з чинним законодавством, яке регулює цей процес. Одним із перших нормативних актів, який мав декларативний характер і тільки закріпив політичну волю України добровільно, частково і поступово узгодити національне законодавство із законодавством Європейської спільноти, є Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими спільнотами та їх державами-членами (надалі — УПС) від 14 червня 1994 р.³ Для реального впровадження в життя зазначених декларативних положень УПС Президентом України і Кабінетом Міністрів України прийнято ряд нормативно-правових актів більш практичного характеру. Із затвердженням Стратегії інтеграції України до ЄС⁴ (далі — Стратегія) розпочинається процес імплементації УПС в українське законодавство, оскільки відповідно до Стратегії інтеграції Україна зобов'язується провести адаптацію українського законодавства до законодавства ЄС,

¹ Демидович М. С. Адаптація законодавства України в контексті європейської правової інтеграції / М. С. Демидович // Держава і право. Юридичні і політичні науки. Вип. 32. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. — С. 57.

² Лукашук И. И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации / И. И. Лукашук // Журн. рос. права. — 2002. — № 3. — С. 121.

³ <http://www.nau.kiev.ua>

⁴ Див.: Указ Президента України від 11 червня 1998 р. № 615/98 «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу» // Офіц. вісн. України. — 1998. — № 244. — Ст. 870.

яка полягає у зближенні національного законодавства з сучасною європейською системою права та приведенні його до рівня, що склався у державах-членах ЄС. Отже, як слушно зауважує з цього приводу А. П. Заєць, «... йдеться про відповідність рівня українського законодавства європейському, а не про абсолютну його ідентичність з останнім...»¹. Серед етапів адаптації Стратегія інтеграції визначає такі: імплементація УПС; укладання галузевих угод; приведення чинного законодавства України у відповідність до стандартів ЄС; створення механізму приведення проектів актів законодавства України у відповідність до норм ЄС. Прийнята Програма інтеграції України до Європейського Союзу², в якій визначено найважливіші напрями адаптації законодавства України в коротко-, середньо- та довгостроковій перспективі, є за своєю юридичною природою доволі амбітним стратегічним актом, що передбачив прийняття Україною основного масиву *acquis communautaire* (правової системи Європейського Союзу, яка включає акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, спільної зовнішньої політики та політики безпеки і співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ). Цей документ дотепер є чинним, хоча зрозуміло, що реалізувати визначені у ньому завдання у заплановані строки не уявляється можливим³.

Крім нормативних документів, що досліджено вище, у галузі адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу діє Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 року⁴ (далі — Закон), який визначив, що адаптація законодавства є процесом розробки і прийняття нормативно-правових актів і створення умов для їхнього виконання з метою досягнення відповідності правової системи України правовій системі ЄС. Згідно з цим Законом механізм адаптації законодавства України передбачає утворення відповідних інституцій та інші додаткові заходи, необхідні для досягнення відповідності правової системи України *acquis*

¹ Цит. за: Заєць А. П. Адаптація законодавства України до законодавства ЄС як пріоритет реалізації державної політики інтеграції України до Європейського Союзу / А. П. Заєць // Бюл. М-ва юстиції України. – 2003. – №1. – С. 94.

² Указ Президента України «Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу» від 14.09.2000 р. № 1072/2000 // Офіц. вісн. України. – 2000. – № 39. – Ст. 1648.

³ Друзенко Г. Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу: досвід часткового прийняття *acquis communautaire* без чіткої перспективи членства в союзі / Г. Друзенко // Юрид. журн. – 2005. – № 4. – С. 28.

⁴ Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

communautaire (acquis) з урахуванням критеріїв, що висуваються Євросоюзом до держав, які мають намір вступити до нього. Адаптація законодавства України є планованим процесом, що включає декілька послідовних етапів, на кожному з яких повинен досягатися певний ступінь відповідності законодавства України до acquis Європейського Союзу. Розширення Європейського Союзу, яке відбулося 1 травня 2004 року і призвело до історичних змін у політичних, географічних та економічних умовах для України та Євросоюзу, виступило підставою для прийняття у 2005 році плану дій «Україна — Європейський Союз»¹. Отже, сьогодні, коли Україна та Європейський Союз мають спільний кордон і є безпосередніми сусідами, природно, що вони націлені на посилення своєї політичної та економічної взаємопов'язаності.

Проведене дослідження природи адаптаційного процесу з позицій правової герменевтики та вивчення передумов, що викликали необхідність створення європейського права, надають можливість надати такі рекомендації щодо адаптації законодавства України до законодавства Євросоюзу: 1) здається необхідним розпочинати адаптаційну процедуру спочатку із екзистенційного розуміння норм, конструкцій, інститутів тощо, переходячи після цього до тлумачення сутності останніх. Інакше кажучи, слід проникнути у «внутрішній світ» правової конструкції таким чином, щоб, переходячи до процедури тлумачення, була вже готова відповідь на запитання: «Задля чого законодавець сформулював, наприклад, певну норму, для регулювання яких відносин вона необхідна, чи є кореспондуючі відносини, які слід у такий же спосіб врегулювати у вітчизняній правовій системі?»; 2) процес прийняття нового законодавства задля впровадження в життя пріоритетів європейської інтеграції повинен відбуватися не шляхом примітивного запозичення та копіювання правових конструкцій, принципів, термінології, інститутів, а на підставі їх адаптування (проходячи крізь процедуру розуміння, пізнавальної діяльності й тлумачення) до національних особливостей правової системи України; 3) залишається актуальною та необхідною законодавча діяльність з приводу перегляду нормативних актів, які ще продовжують діяти з радянських часів на предмет їх перспективних змін; 4) не слід нехтувати можливістю досягнення політичних компромісів між гілками державної влади в Україні, що тільки сприятиме пошквалюванню адаптаційного процесу.

¹ План дій «Україна – Європейський Союз», схвалений Кабінетом Міністрів України 12.02.2005 р. та Радою з питань співробітництва між Україною і Європейським Союзом 21.02.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nau.kiev.ua>

Гетьман І. Правовая герменевтика и адаптация законодательства Украины в условиях становления европейского правового пространства

Статья посвящена исследованию процесса адаптации законодательства Украины с использованием прикладных знаний теории понимания — герменевтики, в частности ее правовой составляющей. В работе получила детализацию конструкция адаптационного процесса как мыслительной деятельности, выведены его этапы, изучены предпосылки, изложены альтернативные знания по данной проблематике. В компактном варианте представлена законодательная база, регулирующая адаптацию законодательства нашего государства к праву Евросоюза.

Ключевые слова: герменевтическая методология, понимание, познание, язык, мышление, адаптация, европейское право.

Get'man I. The legal hermeneutic and adaptation the Ukraine's legislation in a term of beginning the European legal sphere

The article dedicates to the investigation of the process adaptation the Ukraine's legislation with the using practical knowledge the theory of understanding — the hermeneutic, in a case hers legal part. In a work had given detailing the construction of an adaptation's process, as a mind doings, had learned its term's, element's, an alternative knowledge in this problematic. In compact view had given the legislation base, regulating the process of the adaptation ours states legislation to the European Law.

Keywords: hermeneutical methodology, understanding, knowledge, language, mind, adaptation, European Law.

УДК 340.12

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

Думка про право не є щось таке,
чим кожен володіє безпосередньо.
Г. Гегель

Інший погляд на дослідження структури і системи права

Проблеми структури і системи права завжди перебували в центрі уваги вчених-юристів. Як відомо, за результатами їх розробки у кінцевому рахунку вибудовується система законодавства, визначаються система правової науки, основні напрями здійснення наукових досліджень. Категорії «структура права», «система права», «система законодавства» хоча і давно використовуються в юридичній літературі, однак стверджувати про вичерпність цієї теми явно передчасно. До того ж останніми десятиліттями дещо ослабла й увага вчених до її дослідження і розробки, з приводу чого В. Л. Федоренко справедливо зауважує, що в цей період українські теоретики права «не запропонували завершеної концепції системи права, яка б змогла бути дієвою альтернативою традиційним поглядам на відповідну теоретичну проблему»¹. Звичайно, розвиток самої системи права не зупинився, про що свідчить виділення і розмежування таких підсистем, як публічне і приватне право, поява нових правових інститутів і формування нових галузей права. Чимало правових новел з'явилося у матеріальному і процесуальному праві, що стало базою істотного оновлення правового змісту законодавства, яке продовжується і сьогодні. Водночас певної гостроти і актуальності ця тема набула з розвитком методології правової науки, появою в ній нових ідей та уявлень про право, особливо в світлі пошуку *оптимального* і хоча би наближеного до істини *праворозуміння*².

¹ Федоренко В. Л. Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти / В. Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2009. – С. 58.

² Темі праворозуміння присвячено спеціальні випуски журналу «Право України»: Праворозуміння – фундамент юридичної науки та практики // Право України. – 2010. – № 4; Верховенство права: проблеми теорії та юридичної практики // Право України. – 2010. – № 3.

У сучасних теоретичних дослідженнях спостерігається не тільки різна інтерпретація змісту зазначених понять, а й неоднозначне сприйняття тих реальних правових явищ, які вони відображають. Так, з аналізу численних наукових джерел, присвячених цій темі, випливає висновок, згідно з яким їх автори вважають, що *правове регулювання суспільних відносин здійснюється, з одного боку, системою права, з другого — системою законодавства*¹. *З такою позицією не можна погодитись і не тому, що вона базується на позитивістському сприйнятті права, а тому, що в теоретико-методологічному відношенні такий підхід призводить до протиставлення, а то й відриву змісту права від його форми. Так чи інакше, але розробка даної проблеми в наведеному вигляді зайшла в глухий кут, що, на наш погляд, стало наслідком штучно створеної теоретичної конструкції за застарілою науковою парадигмою 60–80-х років ХХ ст. У зв'язку з цим стосовно сучасного стану вітчизняної процесуально-правової науки О. В. Кузьменко не без підстав зауважує, що сьогодні ця наука «користується теоретичними та практичними основами піввікової давнини, які теоретично та практично застаріли»².*

З аналізу змісту названих категорій випливає, що всі вони природно поєднані одним і тим самим поняттям (явищем) — *Правом*, яке за невідомих причин чомусь випадає з поля зору його дослідників. Варто підкреслити, що *правове регулювання суспільних відносин тому є правовим*, що здійснюється воно *Правом*, *єдиною нормативно-правовою системою*, а не двома — системою права і системою законодавства, на чому останніми роками правильно наголошується в юридичній літературі³.

Примітно, що у країнах Заходу увага й інтереси правознавців не обтяжені вказаною парадигмою, а зосереджені на розв'язанні змістовних і системних проблем права, забезпеченні публічною владою прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб, стабільності законодавства і правопорядку тощо. Юристів-теоретиків, як пишуть німецькі вчені А. Жалінський і А. Реріхт, всюди гостро цікавить питання

¹ Баранов В. М. Система права, система законодательства и правовая система / В. М. Баранов, С. В. Поленина. – Н. Новгород, 1999.

² Кузьменко О. В. Теоретичні засади адміністративного процесу / О. В. Кузьменко. – К. : Атіка, 2005. – С. 4.

³ Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества / А. В. Мицкевич // Проблемы современного гражданского права / отв. ред.: В. Н. Литовкин, В. К. Рахмилович. – М. : Городец, 2000. – С. 34–37.

статусу, переважно самостійність тих чи інших груп правових норм, що виділені за різними критеріями. Це постійно обговорюється як у працях загального, так і спеціального характеру — цивільного, господарського, адміністративного та інших галузей права¹.

У минулому столітті було проведено декілька наукових дискусій із питань структури і системи права, результати і висновки яких досить ретельно аналізувались в юридичній літературі². Разом з тим є потреба зосередити увагу на тих питаннях системи права, які вже були порушені під час названих дискусій, і питаннях, що виникли в сучасний період розвитку правової думки, але по суті так і залишилися нез'ясованими. Передусім — це питання *структури права* як єдиного цілісного соціального явища, у тому числі *структури і системи об'єктивного права* (системи права), *структури суб'єктивного права*, а також питання визначення *елементів* даних правових структур, природи їх *об'єктивності*.

Зважаючи на панівну в правовій науці того періоду світоглядну доктрину визначення права як надбудови над економічним базисом, адекватно даному світогляду характеризувалась *об'єктивність його системи* (структури). Так, професор С. С. Алексеев стверджував, але не без застереження, що система права має об'єктивний характер *у тому смислі*, що вона зумовлена *об'єктивно* існуючими суспільними відносинами, є *внутрішньою якістю самого права*, об'єктивно породжена самим життям суспільства³. Інші вчені, по суті поділяючи таку позицію, вважають систему права «*структурною якістю*» діючого в суспільстві права⁴.

¹ Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. – М. : Спарк, 2001. – С. 7–16.

² Див.: Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1975; Поленина С. В. Теоретические проблемы системы советского законодательства / С. В. Поленина. – М. : Наука, 1979; Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. Е. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 27–33.

³ Алексеев С. С. Общие теоретические проблемы системы советского права / С. С. Алексеев. – М. : Госюриздат, 1961. – С. 8. Такий погляд на природу системи права був досить поширеним в юридичній літературі радянського періоду і має чимало прихильників сьогодні (див.: Байтин М. И. Система права: к продолжению дискуссии / М. И. Байтин, Д. Е. Петров // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 27–33).

⁴ Мицкевич А. В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законодательства / А. В. Мицкевич // Проблемы современного гражданского права / отв. ред.: В. Н. Литовкин, В. К. Рахмилович. – М. : Городец, 2000. – С. 32; Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М., 1961. – С. 350.

Наведені погляди вчених викликають деякі сумніви щодо обґрунтування властивостей системи права, міркування щодо її об'єктивності тощо, оскільки вони не мають чіткої понятійної визначеності. Так, виникає питання: а в іншому значенні, та саме в якому, *об'єктивність не властива їй*? Система права передусім є *станом права як диференційованого регулятора* суспільних відносин, а не її внутрішньою чи структурною якістю. Навпаки, мова повинна йти про *якість системи права*, і зокрема, про те, наскільки вона є усталеною, сучасною, її норми узгодженими, чи відповідає міжнародно-правовим стандартам і потребам суспільного розвитку. Якість же кожної норми, з яких складається система права, визначається точністю формулювання їх структурних елементів: гіпотез, диспозицій, санкцій, взаємозв'язками з іншими правовими нормами. Стосовно вживаних термінів «*структурна*» чи «*внутрішня, якість*», то їх *понятійна невизначеність* у даному разі лише ускладнює дослідження проблеми.

Також потребує уточнення думка стосовно того, що *об'єктивність* системи права розуміється як *об'єктивно зумовлена суспільними відносинами*. Насправді ж об'єктивною система права є за своєю природою, як, до речі, і право в цілому¹, а не тому, чим вона обумовлена. Адже у соціальній реальності всі явища чимось обумовлені, будь то економічного, політичного, морального, духовного, культурного характеру і т. ін., перебуваючи у взаємозв'язку одне з одним, у тому числі з явищами природного походження, вони викликані до життя певними *істотними причинами*. Усі ці явища є факторами, що прямо та опосередковано впливають на властивості, структуру, систему, зміст, функції права², але при цьому аж ніяк не позбавляють його об'єктивності.

Звертають увагу на об'єктивність системи права, що пізнається наукою, яка на основі її досліджень пропонує певну *доктринально-теоретичну модель* (конструкцію) системи права³. При цьому варто зазначити, що така модель може повністю й не відображати існуючу в соці-

¹ Доклад. про це див.: Євграфова Є. Соціальна природа і об'єктивність права / Є. Євграфова // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2012. – № 2 (69). – С. 17–29.

² Придворов Н. А. Правообразование и правообразующие факторы в праве / Н. А. Придворов, В. В. Трофимов. – М. : Норма, 2012. – С. 157–159.

³ Проф. А. В. Мицкевич правильно підкреслює, що система права є не що інше, як доктринальна, наукова категорія, якій має відповідати законотворча практика і її результати – сформована система законодавства (див.: Мицкевич А. В. Основные системные понятия в современной теории и практике позитивного права / А. В. Мицкевич // Проблемы современного гражданского права / отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. – М. : Городец, 2000. – С. 34–35).

ально-правовій реальності систему права і, таким чином, залишитися для правової науки об'єктом подальшого вивчення її особливостей, складу, функціонування. Саме тому дана модель певною мірою є науковою гіпотезою щодо наявності в системі права певних підрозділів, наприклад, таких як медичне, промислове, транспортне, податкове право, яка (гіпотеза) може бути підтверджена чи, навпаки, спростована не чим іншим, як самим розвитком системи права. Свідченням такого підходу до з'ясування теоретичних питань системи права є існування різних позицій вчених щодо визначення природи, ознак та класифікації її головних складових — галузей права. Важливість наукових результатів полягає в їх доказовості та сприйнятті законодавцем для практичної реалізації наукових здобутків для побудови на основі запропонованої моделі системи права ефективної системи законодавства¹.

Із розвитком правової науки змінюється і збагачується її категоріально-понятійний апарат, що особливо спостерігається в теорії та філософії права. Нерідко ними використовуються поняття, що за змістом відображають надто схожі правові явища. Так, «уведення в контекст методологічних і світоглядних проблем правознавства категорії “правова реальність”, – наголошує С. І. Максимов, – дає можливість розглядати право не просто як надбудовне явище, що живе лише відображенням життям економічної структури суспільства (суспільного відношення, інституту, форми суспільної свідомості), а як особливий світ, автономну сферу людського буття (курсив мій. — С. С.), що має власну логіку і закономірності, з якими не можна рахуватися»².

Поділяючи такі міркування, зазначимо, що в них по суті вперше за останні роки у філософсько-правовій літературі наголошується на самостійності права, а не його надбудовному, повністю залежному від економіки, культури і т. д., соціальному явищі.

Оскільки право в концепції правової реальності є базисною категорією, то за змістом до неї наближаються поняття «правова система», «емпіричні форми права», «правове буття», «правова дійсність» тощо, а також такі *метафоричні* назви, як правове життя, правовий простір, правове поле

¹ Пізнана наукою *об'єктивно існуюча система права*, як слушно зазначає проф. С. В. Полєніна, служить компасом для законодавця (див.: Полєніна С. В. Теоретические проблемы системы советского законодательства / С. В. Полєніна. – М. : Наука, 1979. – С. 19).

² Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – С. 149. «Зміст проблеми правової реальності, – вважає автор, – полягає у з'ясуванні, що є право та яким воно є» (див. Максимов С. И. Вказ. праця).

і т. ін. Усі ці категорії та визначення використовуються в дослідженнях права і похідних від нього явищ. Так, правова система, як пише професор М. Г. Матузова, – це вкрай обмежене широке поняття, що відображає всю складну і живописну палітру правової матерії у всіх її проявах і станах¹. На наш погляд, це досить абстрактне і до певної міри образне викладення сутності правової системи, яке може бути застосоване до визначення й інших, схожих правових категорій, наприклад, правової форми, правового механізму, юридичної надбудови тощо. Наповнення ж названих та інших термінів певним змістом залежить від розсуду самих дослідників правових явищ. Утім, як слушно зазначає А. М. Васильєв, «мислення тоді доходить до результатів, тотожних об'єкту пізнання, коли воно рухається за законами цього об'єкта»². Це говорить про те, що в теоретичній частині правової науки існує нагальна потреба в подальшому опрацюванні та систематизації її понятійно-категоріального апарату, на що сьогодні звертається підвищена увага вітчизняних науковців³.

Водночас система права, незалежно від того, як її визначено її стан в літературі — об'єктивною чи об'єктивно-суб'єктивною є невід'ємною складовою соціально-правової реальності суспільства, яке завжди зацікавлено в існуванні надійного й усталеного забезпечення громадського порядку, захисту прав та свобод фізичних і юридичних осіб, національних інтересів народу.

Утім доктринальна модель системи права, як показує історичний досвід, не виключає появи в ній таких її галузей, обґрунтування яких зумовлено винятковими критеріями, скажімо, за ідеологічною, економічною, політичною чи іншою доцільністю. Яскравим прикладом подібного *необ'єктивного*, порушуючи всі права людини, було створено в системі радянського права *колгоспне право*⁴, за яким прихову-

¹ Матузов Н. И. Правовая система и личность / Н. И. Матузов. – Саратов, 1987. – С. 14–27.

² Васильєв А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права / А. М. Васильєв. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 108.

³ Див.: Панов М. І. Методологічні проблеми формування понятійного апарату правової науки / М. І. Панов // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України ; за заг. ред. акад. АПрН України М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Прапор, 2008. – С. 109–128.

⁴ Див.: Янчук В. З. Проблеми теорії колхозного права / В. З. Янчук. – М. : Юрид. лит., 1969; Дембо Л. И. Колхозное право в системе советского социалистического права / Л. И. Дембо // Сов. государство и право. – 1958. – № 3. – С. 65–76; Беляева З. С. Источники колхозного права / З. С. Беляева. – М. : Наука, 1972.

валась повна безправність селянства. Пізніше це «право» намагались трансформувати в галузь сільськогосподарського або аграрного права¹.

Процес «відкриття» і проголошення нових галузей триває і в сучасний період. Так, скажімо, є категорія валюта, якою охоплюється національна грошова одиниця — гривня (ст. 99 Конституції України) та грошові одиниці іноземних держав. Для всіх цих валют у державі встановлено спеціальний правовий режим функціонування, сфери дії (правового регулювання) та методи застосування відповідних норм права. За наявності таких умов виникає прагнення визнати валютне право самостійною галуззю системи права, що й пропонується сьогодні деякими фахівцями-юристами². Інша справа, коли ідеться про організацію і викладання однойменної навчальної дисципліни, що в даному випадку зумовлено суспільно-державними інтересами, професійними потребами та мотивами.

Наведене лише підтверджує висловлене в літературі застереження щодо важливості теоретичного обґрунтування системи права, дослідження його структури як *реального соціального явища* і виявлення *об'єктивно існуючих її елементів*³. Приєднуючись до нього, разом з тим зауважимо, що структура права і система права не є тотожними поняттями. Кожне з них (понять) відображає певний *стан права*, його *якісну і кількісну* сторони. Так, із позицій системної методології *система права* — *множина зв'язаних між собою елементів* тієї ж соціальної природи; *структура* — *це будова права, способи зв'язку між утворюючими його елементами*, найбільш усталена складова системи права⁴.

Визначаючи позитивне право як систему загальнообов'язкових норм, неважко знайти відповідь на питання, що становить його структуру та які елементи входять до її складу. Передусім такими елемен-

¹ Див.: Петров В. В. Образование сельскохозяйственного права – результат развития системы советского права / В. В. Петров // Сов. государства и право. – 1974. – № 1. – С. 75–78; Кичатова О. А. Сельскохозяйственное право как комплексная отрасль права / О. А. Кичатова // Сов. государства и право. – 1973. – № 9. – С. 51–58.

² Завальна Ж. В. Валютне право : навч. посіб. / Ж. В. Завальна, М. В. Старинський. – Суми, 2005. – С. 36–48. Див. також: Федорова М. Ю. Медицинское право / М. Ю. Федорова. – М. : Владос, 2004.

³ Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 7–19; Він же: Общая теория права. Т. 1 / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 237–265.

⁴ Див.: Тютин В. С. Отражение, система, кибернетика / В. С. Тютин. – М. : Наука, 1972. – С. 11, 21.

тами називають *правові норми* («клітинки права»), із системи яких утворюється так зване *об'єктивне право*, або *право в об'єктивному смислі*. Така точка зору досить поширена в юридичній літературі, лейтмотивом якої є сприйняття права, близького за своїм значенням до поняття «законодавство». На основі об'єктивного права встановлюється *суб'єктивне право*, або *право в суб'єктивному смислі*. Останнє є правом, що належить конкретному суб'єкту (особі) чи певному колу суб'єктів¹.

У літературі такий підхід до співвідношення об'єктивного і суб'єктивного права, можна сказати, є традиційним і повністю вкладається в доктрину позитивістського розуміння права. І все в даному разі було б задовільним, якби не деякі деталі наведеного висновку. По-перше, не можна погодитись із визнанням об'єктивного права *єдиним* по суті *юридичним джерелом* суб'єктивного права. Особливістю соціально-юридичної природи суб'єктивного права є те, що його існування і належність тим чи іншим особам жорстко не пов'язано залежністю від об'єктивного права, адже не всі суб'єктивні права передбачаються останнім. У даному контексті сформульовано положення ст. 22 Конституції України, згідно з яким «права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними».

У цьому ж сенсі професор С. С. Алексєєв висловив слушну думку про те, що «як би не були близькі до об'єктивного права зв'язані з ним суб'єктивні права, вони — явища різнопорядкові (курсив мій. — С. С.), займають у правовій дійсності свої, особливі місця»². Насамперед це стосується невідчужуваних прав людини (на життя, повагу до гідності й честі, недоторканність, свободу висловлення думки тощо), пріоритет яких перед публічною владою визнано всіма демократіями світу, проголошено і закріплено в міжнародно-правових документах.

Утім головне в даному разі полягає в тому, що в обох смислах права — об'єктивному і суб'єктивному — йдеться про *одне і те саме* соціальне явище — *Право*, розуміння якого є різним, хоча за будь-якою логікою воно *має бути однаковим*. Поки що чітко не визначено питання *структури суб'єктивного права*, яке, на думку його дослідників, являє собою комплексну категорію, елементами структури якої виступають встановлена законом міра можливої, належної (обов'язкової),

¹ Див.: Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник / В. Н. Червонюк. – М. : ИНФРА-М, 2006. – С. 216–217.

² Алексєєв С. С. Общая теория права / С. С. Алексєєв. – М. : Проспект, 2008. – С. 69.

неприпустимої (забороненої) поведінки особи. Зокрема — це *право особи*: 1) самостійними діями задовольняти власні потреби та інтереси; 2) вимагати від іншої особи виконання обов'язків, з якими пов'язана реалізація належних їй можливостей; 3) звертатися до повноважних державних органів за захистом свого права від порушення. Тому в контексті позитивістської доктрини права суб'єктивне право визначається як установлена *міра дозволеної поведінки*, а кореспондуючий цьому праву обов'язок — *міра належної поведінки*¹.

Якщо виходити з такого розуміння структури суб'єктивного права, то напрошується висновок, що це право є *правом можливостей* особи, яке вона може реалізувати за наявності певних, визначених законом умов, скажімо, політичних, матеріально-фінансових, вікових тощо. Двоякість сприйняття даного права полягає в тому, що, з одного боку, воно нібито перебуває в площині поки не існуючого, але того потенційного, що має настати, тобто коли можливе стане дійсним. З другого боку, — *це право* вже само по собі як *право* є дійсністю, *частиною соціальної реальності*, втілює в собі легітимізовану суспільством, визнану і підтримувану державою міру соціальної свободи, *справедливості і рівності особи*. У даному контексті, досліджуючи основоположні принципи права, С. П. Погребняк правильно визначає їх як елементи права, відносячи до них справедливість, свободу, рівність, гуманізм². Разом з тим логічно було б визнати *свободу, справедливість, рівність основними елементами структури права*. Проте міркування автора замкнулись на позитивістському сприйнятті права та його ролі в суспільстві, адже, зазначає він, «людське життя може вільно розгортатися лише *в межах законів* (курсив мій. — С. С.), визнаних усіма і обов'язковими для всіх»³. Дійсно, це так, але необхідно також пам'ятати, що, крім законів, у суспільстві діють й інші соціальні регулятори, зокрема: норми моралі, звичаї, релігійні та корпоративні правила тощо, у межах яких *не менш вільно* може розгортатися людське життя, а їх авторитет не поступається законам держави.

Для з'ясування сутності питань структури і системи права, які в юридичній літературі нерідко розглядаються тотожними, важливо проаналізувати висловлені з цього приводу позиції науковців. Так, по-

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия / отв. ред. Г. Н. Манов. – М. : Юрид. лит., 1970. – С. 345–346.

² Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) / С. П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – С. 24.

³ Там само. – С. 7.

чинаючи з 70-х років минулого століття структуру права характеризують як ієрархічну і багаторівневу. Зокрема, до *основних* її рівнів відносять: 1) рівень правової норми; 2) інституту права; 3) галузі права; 4) системи права — найвищий рівень структури права¹. Зазначимо, що на той час це було досить вагомим поштовхом у розвитку науково-правової думки в дослідженні структури права. Правда, відтоді мало що нового було привнесено в її теоретичну розробку, а основне обговорення точилося навколо галузей системи права, їх класифікації, обґрунтування появи в ній нових структурних підрозділів тощо².

Утім головний недолік запропонованої моделі структури права, як і запропонованих нових теоретичних моделей її реконструкції, полягає в тому, що в науковому і практичному плані вона базується лише на позитивістських засадах права і не враховує ті зміни, що відбулися в *теорії праворозуміння*, їх вплив на дослідження структури і системи права.

Якщо вибудовувати в певний понятійний ряд категорії «правова норма», «система права», «зміст права», «форма права» і т. ін., то для всього цього ряду спільним є явище право. Адже саме до права названі категорії прив'язані органічно, генетично і функціонально, так би мовити, завантажені правом. У такому разі *кожен із елементів* структури права — свобода, справедливість, рівність є станом права, його сталими величинами, тому і сприймається в суспільстві правом. Завдяки цьому право набуває тієї соціальної цінності й авторитету, без яких не може існувати суспільство і держава, а не тому, що колись його визначили як «зведену в закон воля» та державний владний регулятор суспільних відносин. Отже, наведене дає підстави для висновку, що *структура права складається* передусім із таких *найважливіших* для кожної людини і громадянина, інших осіб, суспільства і держави *цінностей*, як *свобода, справедливість, рівність*. І в цьому сенсі законодавство як одна із форм права повинно бути адекватним виявом передусім найголовнішого, з чого складається право — свободи, справедливості, рівності. Іншими словами, право у такому розумінні є не що

¹ Алексеев С. С. Об отраслях права / С. С. Алексеев // Сов. государство и право. – 1971. – № 3. – С. 41–47; Він же. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1975.

² Див.: Мозолин В. П. Система российского права (доклад на Всероссийской конференции 14 ноября 2001 г.) / В. П. Мозолин // Государство и право. – 2003. – № 1. – С. 107–113; Петров Д. Е. Отрасль права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. Е. Петров. – Саратов: Саратов. юрид. акад., 2001. – С. 4–15.

інше, як зведена в закон свобода, справедливість, рівність. За такого праворозуміння стає можливим рух України шляхом формування реального громадянського суспільства і правової держави. У даному відношенні наша позиція близька до *легістсько-лібертарної* концепції праворозуміння, теоретична розробка якої була започаткована в наукових працях професора В. С. Нерсисянца¹.

Наведена раніше модель багаторівневої структури права відображає *структуру права як системи загальнообов'язкових норм*, тобто його *кількісну* сторону. Якщо окрема правова норма — це правило дозволеної, належної чи забороненої поведінки — повністю не містить у собі свободи, справедливості, рівності або містить їх лише частково, то дана норма не може вважатися і *повним втіленням права*, хоча й буде виконувати певну регулятивну або охоронну функцію. Тому правову норму можна назвати «клітинкою права» тільки у взаємозв'язку з іншими його нормами, коли вони інтегруються в певну системну цілісність: правовий інститут, галузь права, їх тимчасові (асоційовані) або усталені системні утворення².

Правовій нормі, як і будь-якому іншому соціальному явищу, властива лише її структура, елементами якої, залежно від здійснюваних функцій, у *регулятивних* є гіпотеза і диспозиція, у *охоронних* — диспозиція (гіпотеза) і санкція³. Кожен із названих елементів даної структури певною мірою є втіленням основних елементів структури права — свободи, справедливості, рівності. Так, гіпотеза правової норми формується законодавцем у такий спосіб, щоб визначені ним умови її дії не обмежували свободу правомірної поведінки особи; диспозиція забезпечувала баланс взаємних прав і обов'язків осіб і сприяла їх реалізації задля досягнення справедливості; санкція — стримувала цих осіб від здійснення неправомірних дій, визначала їм вид і міру відпо-

¹ Див.: Нерсисянц В. С. Право и закон / В. С. Нерсисянц. – М. : Наука, 1983; Він же. Либертарно-юридическая концепция правопонимания и юриспруденция / В. С. Нерсисянц // Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. – М. : Норма, 1999. – С. 40–50.

² Див.: Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник / Л. А. Морозова. – М. : Эксмо, 2007. – С. 254–255.

³ У юридичній літературі існують різні точки зору щодо визначення елементів структури правових норм. Нами наведена лише одна з них, так звана *двоелементна* структура, аргументована в працях проф. А. Ф. Черданцева (див.: Черданцев А. Ф. Теория государства и права : учебник / А. Ф. Черданцев. – М. : Юрайт, 1999. – С. 214–215; Він же. Специализация и структура норм права / А. Ф. Черданцев // Правоведение. – 1970. – № 1. – С. 41–49.

відальності за наслідками вчиненого правопорушення. Завдяки тому, що функціонування правових норм здійснюється через взаємозв'язки і взаємодію між собою, їх *правова енергія* збагачується і значно посилюється утворенням цілісної нормативної регулятивно-охоронної системи¹. Ця енергія правових норм у свою чергу акумулюється у праві, надаючи йому авторитет беззаперечної соціальної цінності, необхідну підтримку суспільства і держави.

Таким чином, наше розуміння структури права спрямоване на з'ясування і виявлення у ній тих елементів, з яких складається право, і чому, власне кажучи, це явище в суспільстві називають правом. Тому не випадково, що вся історія людства є боротьбою різних соціальних груп, політичних партій, окремих людей за своє право, тобто за свободу, справедливість, рівність. Разом з тим законодавець може лише певною мірою та *як виняток* заради безпеки суспільства і держави, громадян та їх об'єднань *обмежити* свободу, соціальну справедливість, правову рівність, але, на чому наголошуємо, здійснити це можна тільки за таких мотивів і не інакше. При цьому зазначимо, що навіть призначення людині довічного позбавлення волі, найсуворішого з існуючих в Україні видів кримінального покарання, зберігає за нею право на життя, користування певними соціальними благами.

Сама ж система правових норм зі всіма існуючими між ними взаємозв'язками ще не є тим *суцільним правовим ланцюжком*, яким у повному обсязі кваліфіковано «за поділом праці» (А. Ф. Черданцев) здійснюється регулювання правовідносин у відповідній сфері життєдіяльності суспільства. У межах даної системи утворюються автономні підрозділи, одним із яких є правовий інститут. Останній, як зазначає професор С. С. Алексєєв, являє собою *«первинну правову спільноту»*². У такому вимірі правовий інститут є певною функціонально-структурованою підсистемою, що забезпечує *самостійне, цілісне, відносно завершене* регулювання суспільних відносин на відповідній ділянці³.

Тому буде логічно стверджувати, що правові норми, складаючи інститут права, акумулюють у ньому свою *сукупну енергію* і таким чином у повному обсязі трансформують його в *носія відповідного*

¹ Ушаков А. А. О предмете, норме и системе права (К вопросу об особенностях правового отражения) / А. А. Ушаков // Государство, право, законность. Вып. 3. – Пермь, 1973. – С. 83–107.

² Алексєєв С. С. Структура советского права / С. С. Алексєєв. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 119

³ Там само. – С. 120–121.

права, тобто є втіленням основних елементів структури права — свободи, соціальної справедливості, рівності. У цьому відношенні, незалежно від походження, предметного та функціонального призначення, будь-який правовий інститут являє собою єдине соціальне ціле — право, яке за певних умов здійснюють його користувачі: фізичні та юридичні особи, народ, держава, публічні органи влади. При цьому підкреслимо, що кожен із суб'єктів повинен здійснювати своє право лише в межах належної йому соціальної свободи, міри справедливості і правової рівності.

Евграфова Е. Иной взгляд на исследование структуры и системы права

В статье рассматриваются фундаментальные аспекты теории структуры и системы права. Автор уходит от доктрины позитивистского восприятия права, в которой вне связи с правопониманием воспроизводится структура объективного права. Структуру права, по его мнению, составляют свобода, справедливость, равенство. Без этих основополагающих ценностей нет права, оно несостоятельно.

Ключевые слова: структура права, объективное право, субъективное право, система права, свобода, справедливость, равенство.

Yevgrafova Y. Another View on Study of Structure and System of Law

The fundamental aspects of the structure and the system of law are considered in the article. The author diverges from the doctrine of positivistic perception of law, where the structure of objective law is reproduced out of alignment with legal comprehension. In the author's opinion, law consists of liberty, justice and equality. Law is groundless without these basis values.

Keywords: structure of law, objective law, subjective law, system of law, liberty, justice, equality.

УДК 340.12

І. Процюк, кандидат юридичних наук,
доцент Національного університе-
ту «Юридична академія України імені
Ярослава Мудрого»

Парламентська форма правління: сутність і особливості

Ідея парламентаризму в сучасному її розумінні виникла на цілком визначеному етапі розвитку суспільства в конкретних історичних умовах, а саме в епоху переходу національних економічних систем до капіталістичного виробництва. Прогресивність і революційність ідеї парламентаризму полягала насамперед у тому, що був сформульований спосіб політико-правової організації суспільства, який дає можливість розвитку нових буржуазних відносин. Це, у свою чергу, зумовило необхідність обмеження монархічної влади, заснованої на старих релігійних традиціях і феодалських економічних відносинах. Розв'язання вказаних завдань вбачалося у формуванні та розвитку представницького інституту, що виконує вже не дорадчу, як раніше, а законотворчу функцію, тобто по суті наділеного правом цілепокладання в масштабах національної системи соціального самоврядування¹.

Основна мета цієї статті полягає в теоретичному дослідженні парламентської форми правління як самостійної форми державного правління, особливостей її прояву за умов монархії та республіки. Відповідно до поставленої мети передбачається вирішення низки наукових завдань: провести аналіз різноманітних підходів до розуміння парламентської форми державного правління, виявити критерії класифікації республік; з'ясувати моделі поділу державної влади й відповідні системи стримувань і противаг за умов парламентської форми правління в республіці і в обмеженій монархії; визначити сутність, особливості, правові ознаки парламентської республіки.

Загальновідомо, що поділ влади — один із фундаментальних принципів демократії, і характер відносин між законодавчою і виконавчою

¹ Див.: Оль П. А. От парламентаризма к конституционному правлению: эволюция политико-правовых идей и институтов власти / П. А. Оль // Управленческое консультирование. – 2010. – № 3. – С. 6.

гілками влади лежить в основі поділу політичних систем на парламентські і президентські¹.

Парламентська форма державного правління є традиційною для країн Західної Європи, в яких вона виникла історично природним шляхом у ході загальнодемократичних перетворень, що завершилися наприкінці XIX — на початку XX ст. Східноєвропейські й азійські країни, де має місце парламентська форма державного правління, відрізняються від західноєвропейських парламентських монархій і республік тим, що демократичні інститути в них менш стійкі, а демократичні традиції менш розвинені; у цілому ж західноєвропейські парламентські монархії й республіки більшою мірою наближені до правової держави в ідеальному смислі.

Із погляду реалізації принципу поділу державної влади сучасні парламентські монархії не відрізняються від парламентських республік. Такі монархії в умовах сьогодення вважаються державами, в яких реалізовані демократичні принципи виборності, підконтрольності і підзвітності влади народу. Монарх виступає своєрідним історичним атрибутом цих суспільств, батьком нації, сприяє повазі до власної державності. Займаючи позицію надпартійних і надполітичних конфронтацій, суверен виступає символом національної єдності й історичного минулого країни². Для парламентської монархії властиво, що монарх не має реальних повноважень з управління державою³.

Можна повністю погодитися з тими державознавцями, які вважають, що основна відмінність між монархією (обмеженою парламентською) і республікою (в даному контексті — парламентською) полягає у способі й умовах заміщення поста глави держави — монарха в монархії й президента в республіці, тобто у «формальному походженні владних повноважень глави держави»⁴. Якщо монарх володарює за

¹ Жебровски В. Различные формы парламентаризма и факторы, определяющие их разнообразие / В. Жебровски // Балтийский регион. – 2010. – № 4. – С. 128.

² The new Encyclopedia Britannica in 30 volumes, the 15th edition / Encyclopedia Britannica, Inc. – William Benton, Publisher, 1943–1973, Helen Hemingway Benton, Publisher, 1973–1974. – Chicago; London; Toronto; Geneva; Sydney; Tokyo; Manila; Seoul. – P. 698.

³ Терещук М. М. Різновиди монархічної форми правління: порівняльна характеристика / М. М. Терещук // Держава і право. Юридичні і політичні науки. Вип. 38 : зб. наук. пр. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007 – С. 145.

⁴ Тихонова Є. А. Парламентська республіка / Є. А. Тихонова // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко та ін. – К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2002. – Т. 4: Н-П. – С. 438.

власним правом, визначеним у порядку престолонаслідування, то президент здійснює свої повноваження на підставі мандата, отриманого за результатами виборів¹. У парламентських республіках він, як правило, не одержує свій мандат безпосередньо від народу, не будучи його прямим представником. Проте навіть у цьому аспекті спостерігається зближення парламентських монархій і республік. Це виявляється в тому, що довічний строк правління монарха при парламентській формі державного правління вже не є абсолютним правилом. Спадкування поста глави держави в європейських парламентських монархіях теж відбувається не довільно, а в суворо окреслених конституційними нормами рамках.

За всіма іншими ознаками парламентські монархії теж мало чим відрізняються від парламентських республік. Тому одні дослідники ці варіанти однієї й тієї ж форми державного правління об'єднують поняттям «парламентський режим»², другі — «парламентські країни»³, або «країни з парламентською формою правління»⁴, треті — «парламентське правління»⁵. Окремі правознавці взагалі не вважають парламентарну монархію монархічною формою правління на тій підставі, що уряд несе відповідальність не перед монархом, а перед парламентом⁶. Саме тому характеризуючи модель поділу державної влади в парламентських країнах, ми маємо на увазі як республіки, так і монархії.

Інституціональний аспект організації державної влади в парламентській формі державного правління полягає в тому, що існують три гілки влади — законодавча, виконавча й судова — із системами відповідних державних органів для здійснення їх влади. Законодавча пред-

¹ Григонис Э. П. Теория государства и права / Э. П. Григонис. – СПб. : Питер, 2002. – С.60; Чиркин В. Е. Основы сравнительного государственоведения / В. Е. Чиркин. – М. : Изд. дом «Артикул», 1997. – С. 119.

² Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учебник / В. В. Маклаков. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – С. 402.

³ Энтин Л. М. Разделение властей: опыт современных государств / Л. М. Энтин. – М. : Юрид. лит., 2005. – С. 25.

⁴ Проблемы общей теории права и государства : учебник / под ред. В. С. Нерсесянца. – М. : Норма, Инфра-М, 1999. – С. 399; Тихонова Е. А. Парламентська республіка // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко та ін. – К. : «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана, 2002. – Т. 4 : Н-П. – С. 438.

⁵ Стародубский Б. А. О классификации форм буржуазных государств / Б. А. Стародубский // Учен. тр. Свердл. юрид. ин-та. – Вып. 4. – Свердловск, 1964. – С. 497.

⁶ Благож Й. Формы правления и права человека в буржуазных государствах / Йозеф Благож ; с предисл. и под общ. ред. В. А. Туманова. – М. : Юрид. лит., 1985. – С. 27.

ставлена парламентом, що формується на підставі всенародних виборів (принаймні, його нижньої палати, якщо йдеться про бікамеральний парламент).

На відміну від парламенту (або ж його нижньої палати), депутати якого обираються безпосередньо народом, президент обирається парламентським шляхом — або парламентом, або за його участю, але у всякому разі не всенародно. Типовим є обрання президента безпосередньо парламентом (Албанія, Угорщина, Латвія, Молдова, Словаччина, Туреччина, Чехія, Греція, Угорщина, Мальта, Ізраїль та ін.), і його влада вважається нібито похідною від парламенту, що теоретично не повинно давати можливості главі держави протиставляти себе цій представницькій установі.

Утім найбільш суттєва відмінність парламентської моделі організації державної влади від президентських і змішаних полягає не у способі заміщення посади глави держави, а у способі формування й відповідальності уряду, який у державах із цією формою державного правління формується парламентом, точніше, партією (або коаліцією партій), що володіє більшістю місць у ньому (або в нижній палаті при двопалатній структурі парламенту). Ось чому на парламентських виборах виборці голосують фактично і за майбутній уряд¹.

Усі ці пояснення підкреслюють специфіку парламентських країн: і президент, і уряд формуються парламентом, але виступають як відносно незалежні від нього інститути. Сутність бікамералізму парламенту в парламентських країнах відрізняється тим, що за наявності парламентської відповідальності уряду, а також права розпуску парламенту в президента в рамках взаємовідносин між гілками влади (законодавчою й виконавчою) можна вести мову про нерівність палат парламенту: у випадку бікамеральної структури останнього уряд формується з урахуванням розкладу політичних сил тільки в нижній палаті.

Функціональний аспект організації державної влади в парламентській формі державного правління виявляється у функціональній незалежності гілок влади одна від одної, але в той же час і в їх взаємній компетенційній взаємодії, у врівноваженні, компетенційному обмеженні (взаємопроникненні) й контролі. Парламент не вправі здійснювати виконавчу й судову влади-функції; суди виконують функцію право-

¹ Marshall G. Ministerial responsibility / G. Marshall. – Oxford [England] ; New York : Oxford University Press, 1989. – P. 170.

суддя (не тільки в правозастосовчому, а й у правотворчому процесі), але при цьому не вправі підмінювати собою законодавця й виконавчі органи; інститути виконавчої влади «програмуються» на здійснення виконавчої влади-функції.

У парламентських країнах механізм стримувань і противаг доповнюють не лише «відносно самостійною неполітизованою адміністративною владою, покликаною служити загальним, а не партійним інтересам», іноді противагою служать верхня палата й опозиція — в нижній палаті парламенту¹ за умов його бікамеральної структури. Однак, правляча партія може контролювати й верхню палату парламенту. Що стосується ролі опозиції, то вона завдяки критиці політики правлячої партії й обґрунтованим альтернативам виступає істотним стримуючим началом у процесі здійснення законодавчої влади більшістю в парламенті, а також виконавчої влади — урядом, оскільки законодавчі рішення набувають чинності закону лише після їх публічного (критичного) обговорення в парламенті; отже, опозиція завжди перешкоджає надмірній концентрації влади. Проте цілком справедливо стверджувати, що вона не є елементом поділу державної влади². Критикуючи існуючу владу, опозиція лише конкурує з нею в боротьбі за голоси виборців, щоб, досягнувши влади, мати можливість домагатися тих же цілей, яких домагається влада існуюча³.

У системі поділу державної влади в парламентських країнах противагою гілкам законодавчій і виконавчій є передовсім судова гілка влади. У зв'язку із цим потрібно підкреслити, що розглядувана модель поділу державної влади у своєму первісному варіанті виникла й реально функціонує як чинник розосередження влади саме у Великій Британії — країні прецедентного права, у якій традиційно найважливішу роль відіграє влада судова. Саме тут вона може бути реальною противагою потужній структурі парламентської більшості і сформованому нею уряду. Адже тут закони й урядові нормативні акти здобувають реальну юридичну чинність настільки, наскільки вони визнаються й застосовуються судами і у такий спосіб трансформуються в прецедентне право. «Англосаксонська пра-

¹ Шайо А. Самоограничение власти: Краткий курс конституционализма / А. Шайо : пер. с венг. – М. : Юрист, 2001. – С. 105.

² Pernthaler P. Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre / P. Pernthaler. – Wien ; N. Y. : Springer, 1986. – P. 323.

³ Zippelius R. Allgemeine Staatslehre: (Politikwissenschaft): ein Studienbuch. 13. neubearbeitete Aufl. / R. Zippelius. – München : Beck, 1999. – P. 324.

вова концепція абсолютно обґрунтовано вважала суд противагою виконавчій владі»¹.

Носієм виконавчої влади в усіх державах із парламентською формою правління є уряд. Конституційно-правовий інститут останнього складається з норм, що регулюють перш за все порядок його формування, повноваження, структуру, звітність і підвідомчість, взаємовідносини членів уряду як між собою, так і з іншими державними органами. Уряд, як правило, виступає колегіальним носієм виконавчої влади, відповідальним перед парламентом за політичний курс держави, користуючись довірою парламентської більшості. Уряд здійснює не тільки управління, а й керівництво державними справами².

Слід відзначити, що парламентська форма державного правління притаманна перш за все економічно і культурно розвиненим країнам. Адже ефективне функціонування механізму здійснення державної влади за умов такої форми відбувається, коли суспільство має високий рівень політичної організації, зокрема усталену партійну систему. Роль партій у реалізації державної влади настільки вагома, що іноді парламентські держави йменують «держави партій»³. За інших умов формування урядової більшості є достатньо складним, сама більшість є нестабільною, що негативно позначається на діяльності уряду⁴. Іншими словами, в умовах багатопартійної системи, особливо якщо немає домінуючої партії або стійкої коаліції партій, які разом створювали б парламентську більшість, уряд є слабким і нестабільним і часто зміщується парламентом⁵.

Для країн із парламентською формою державного правління, як вже зазначалося, характерним є формування уряду на парламентській основі. Участь глави держави в цьому процесі зазвичай не має визначального значення: найчастіше він може призначити лише такий уряд, який має підтримку парламентської більшості. Посада прем'єр-міністра, як правило, займається лідером партії (блоку партій), що перемогла на парламентських виборах.

¹ Шайо А. Самоограничение власти: Краткий курс конституционализма / А. Шайо : пер. с венг. – М. : Юристъ, 2001. – С. 219.

² Энтин Л. М. Разделение властей: опыт современных государств / Л. М. Энтин. – М. : Юрид. лит., 2005. – С. 91.

³ Perenthaler P. Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre / P. Perenthaler. – Wien ; N. Y. : Springer, 1986. – P. 323.

⁴ Мельниченко В. Розподіл і єдність влади. Зарубіжна практика і потреби України / В. Мельниченко // Віче. – 2000. – № 9 (102). – С. 147.

⁵ Чиркин В. Нетипичные формы правления в современном государстве / В. Чиркин // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 113.

Незважаючи на те, що в багатьох парламентських монархіях і республіках глава держави призначає главу уряду й міністрів, у дійсності ж склад уряду визначається розміщенням політичних сил у парламенті. Те саме можна сказати і про затвердження законів главою держави, і про право його вето на закони, прийняті парламентом. Як зазначає М. Марченко, у парламентській монархії закони приймаються парламентом і затверджуються монархом. Однак ця прерогатива, як і більшість інших його повноважень, є формальною. У силу сформованої політичної практики і конституційних звичаїв монарх, як правило, не відмовляється від підписання прийнятих парламентом законопроектів¹. У парламентській республіці право вето, як пише А. Мишин, — «немічне повноваження, неспроможне зняття, застосовуване вкрай рідко, та й то лише за вказівкою уряду»².

Як бачимо, місце й роль глави держави в державному механізмі при всіх парламентських формах правління визначаються фактично однаково, але уряди в таких країнах суттєво різняться між собою. Розходження ці зумовлені партійним складом уряду, що, у свою чергу, залежить знову ж від розстановки політичних сил у парламенті.

Парламентська відповідальність уряду реалізується шляхом вираження йому вотуму недовіри або відмови в довірі. Вотум недовіри — це механізм, що використовується членами парламенту для зміни складу уряду, який втратив підтримку більшості. Політична відповідальність перед парламентом може бути солідарною (весь уряд іде у відставку, навіть якщо недовіра виражена лише одному міністрові) й індивідуальною (іде у відставку лише той міністр, якому висловлена недовіра). Цей вид відповідальності можливий не тільки за правопорушення, а й без них, що найчастіше так і буває. Підставою тут виступають недоліки в роботі, грубе порушення етичних норм тощо. У парламентських республіках і монархіях прем'єр-міністр завжди може вимагати від міністра заяву про відставку, у чому й виражається політична відповідальність міністрів перед главою уряду³.

¹ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / М. Н. Марченко. — М. : Проспект, 2006. — С. 185.

² Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран / А. А. Мишин. — М. : Юрист, 1998. — С. 166.

³ Хмелько І. Парламентські спеціальні слідчі комісії: порівняльний аналіз повноважень / І. Хмелько // Забезпечення контрольної функції парламенту у стосунках між законодавчою та виконавчою гілками влади: Вісник Програми сприяння парламенту України університету Індіана. — Квітень, 2005. — № 69/а. — С. 49.

Проведений аналіз дозволяє зробити висновок, що фактичне функціонування моделі поділу державної влади в парламентських формах державного правління, залежно від конституційних норм, дещо відрізняється, особливо щодо статусу глави держави.

Оцінки парламентської моделі організації державної влади найчастіше є полярно протилежними. Так, її прихильники вважають парламентаризм (на відміну від президентської моделі організації державної влади) історично вищим різновидом організації політичної влади. Х. Лінц відзначає, що парламентська форма правління більш моністична з погляду легітимності (суверенітет належить парламенту, що обирається тільки народом), більш відкрита й пристосована до вираження волі мінливо налаштованих виборців і, відповідно, до розв'язання конфліктів, у тому числі таких гострих, як національні. У такій республіці існує єдність ешелонів влади, оскільки виконавча влада (прем'єр-міністр і його кабінет) призначається і контролюється парламентом, а президент відіграє значною мірою церемоніальну роль, а всі інші вищі органи ніби походять від законодавчої влади і тим самим можливий конфлікт між двома гілками влади зводиться до мінімуму¹. Для президентської системи, навпаки, властива подвійна легітимність (і президент, і парламент обираються народом), що само по собі є джерелом потенційних конфліктів. Парламентська форма правління надає владі деперсоніфікованого характеру. Делегування ж влади одній особі персоніфікує її, а в разі помилок дискредитує всю її систему. Якщо в парламентській системі опозиція в умовах багатопартійності інтегрується в процес прийняття рішень, то в президентській вона маргіналізується і стає деструктивною².

Супротивники розглянутої моделі організації державної влади, навпаки, суттєвим недоліком вважають її зайвий демократизм, який може зробити останню нестабільною і призвести до так званого конституційного паралічу. Аргумент про більшу гнучкість парламентаризму при прийнятті рішень в умовах багатопартійності, на думку деяких державознавців³, не враховує постійних змін парламентської більшості, які перешкоджають проведенню стабільного політичного

¹ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – С. 260.

² Линц Х. Достоинства парламентаризма / Х. Линц // Пределы власти. – 1994. – № 2. – С. 43.

³ Лузин В. В. Формы правления современных государств : учеб. пособие / В. В. Лузин ; Волж. гос. акад. вод. трансп. каф. права. – Н. Новгород : ВГАВТ, 1998. – С. 24.

курсу. Якщо кабінет формується на засадах парламентських коаліцій політичних партій, жодна з яких не має більшості, то уряд виявляється слабким. Отже, важливою проблемою парламентської форми є подолання нестабільності у парламенті, оскільки багатопартійні коаліції можуть бути нестійкі і розпастися при першій ознаці політичної кризи, що веде до існування короткочасних урядів.

Узагальнюючи різні підходи до цієї проблеми, можемо виокремити такі юридичні ознаки моделі державної влади в парламентських монархіях і республіках:

1) формування уряду парламентом (нижньою палатою) лише за мінімальною (або навіть номінальною) участю глави держави і вирішальна при цьому роль у такому процесі політичної партії (коаліції партій), яка має більшість у парламенті;

2) реальна належність виконавчої влади колегіальному органу — уряду;

3) фактичним главою виконавчої влади є глава уряду (прем'єр-міністр), який є лідером правлячої партії (партійної коаліції), що отримала більшість у парламенті;

4) прем'єр-міністр і більшість міністрів, як правило, є членами законодавчого органу;

5) формальна колективна (часто індивідуальна) політична відповідальність уряду (членів уряду) виключно перед парламентом;

6) не лише юридична відповідальність уряду перед парламентом, яким він може бути відправлений у відставку внаслідок вираження недовіри, а й парламенту, що своєю більшістю фактично несе відповідальність політичну за діяльність сформованого ним уряду й може бути розпущений главою держави;

7) значні повноваження уряду в законодавчому процесі;

8) глава держави (президент) обирається парламентом або спеціальною колегією, створеною парламентом (тобто парламентським способом);

9) фактично номінальна влада глави держави (монарха або президента), на якого покладено суто представницькі функції;

10) право глави держави розпустити парламент контролюється урядом;

11) акти глави держави контрасигнуються главою уряду та/або відповідним міністром.

Процюк И. Парламентская форма правления: сущность и особенности

Автор подробно рассматривает истоки и фундаментальные основы парламентской формы правления. Конституционное правление характеризуется тем, что государство из органа, осуществляющего социальное управление, в известном смысле само трансформируется в управляемый субъект. Высшую правовую норму устанавливает не государство посредством парламентских институтов, а непосредственно само общество. Для современных демократических стран с парламентской формой правления характерна тенденция к усилению роли исполнительной власти.

Ключевые слова: парламентаризм, конституционное правление, политико-правовые идеи, институты власти.

Protsyuk I. Parliamentary form of government: the nature and characteristics

The author develops in detail the roots and fundamental basics of parliamentary. It is stated that political and juridical concept of parliamentarism is continuously succeeded by the concept of constitutional supremacy, of constitutional government. At the same time constitutional government is characterized by transformation of the state in some sense from the organ realizing social management to the subject under control. Superior law is established not by the state via parliamentary institutions but directly by society itself. Contemporary parliamentary democracies show aspirations for stronger executive authority.

Keywords: parliamentary, constitutional government, political and legal ideas, institutions, government.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15 (477): 342.3

В. Єрмолаєв, член-кореспондент НАПрН України, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»;

О. Петришин, академік НАПрН України, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Про форму правління та державний режим Гетьманщини часів Б. Хмельницького (до 365-ї річниці Національної революції 1648 р.)

Українська національна революція XVII ст. поклала початок відродженню державності, творенню Козацької держави. В історії вітчизняного державотворення цей період називають Гетьманщиною — часом небачених демократичних перетворень політичної системи і державного режиму.

За останні два десятиліття після проголошення незалежності України істориками-дослідниками накопичено величезний досвід із вивчення історії вітчизняного державотворення. Видані нові збірники документів, матеріали науково-практичних конференцій, низка колективних та індивідуальних монографій і десятки статей, позначених новачістю трактування цілого ряду спірних моментів Української національної революції 1648–1676 рр. Зокрема, провідними науковцями Інституту історії України Національної академії наук останніми роками досить ґрунтовно досліджено політичну систему та інституціональну модель Української козацької держави, механізм і апарат управління, полково-сотенний устрій тощо¹. Форми державного прав-

¹ Див.: Смолій В. А. Політична система українського суспільства у роки Національної революції XVII століття / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – К., 2008. – 120 с.; Вони ж. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. А. Смолій,

ління, політичного режиму на Гетьманщині тією чи іншою мірою торкалися й інші сучасні вітчизняні історики, висновки яких теж збагатили історію вітчизняного державотворення. Завдяки їм у науковий обіг було введено значний масив нових джерел, подолано недоліки радянської інтерпретації Української національно-визвольної революції й державотворення на Гетьманщині, відбулося значне прирощення наукових знань з її історії.

Проте, незважаючи на вражаючі досягнення, в істориків і теоретиків держави і права викликає закономірне занепокоєння наявність у змістовних історичних працях подекуди спрощеного, а то й модернізованого уявлення про політичну систему Гетьманщини, особливості й еволюції її політичного режиму. Тож є потреба спробувати внести ясність у визначення форми державного правління, політичного режиму Гетьманату часів Богдана Хмельницького, застерегти від типових помилок у дослідженнях, не претендуючи на остаточне вирішення означеної проблеми, а запрошуючи дослідників до конструктивного діалогу заради правдивого відтворення історії українського державотворення.

Провідні історики України першими звернули увагу на недостатній стан розробленості теоретичних проблем доби, без чого не подолати схематизму в розумінні сутності Української революції, не збагнути складність і суперечливість її розвитку, самоприниження в оцінці її ролі й місця в європейському революційному процесі¹. Дослідники звернули увагу й на труднощі джерельної бази її вивчення: корпус документальних матеріалів нерівномірно перекриває різні періоди і події революції, дуже мало джерел з табору повстанців — нема жодного протоколу генеральних козацьких рад, за незначним винятком, не збереглася документація генеральної канцелярії Гетьманщини революційної доби, полкових і сотенних канцелярій, основна маса документів належить перу її противників, наявні різні копії листів Б. Хмельницького. Усі ці об'єктивні обставини значно

В. С. Степанков. – К., 2009. – 447 с.; Вони ж. Державна ідея козацької доби / В. А. Смолій, В. С. Степанков // Історія українського козацтва. Нариси : у 2 т. Т. 1. – К., 2011. – С. 227–281; Горобець В. М. Влада та соціум Гетьманату. Дослідження з політичної і соціальної історії ранньомодерної України / В. М. Горобець. – К., 2009. – 271 с.; Його ж. Політична система та інституційна модель Української козацької держави / В. М. Горобець // Історія українського козацтва. Нариси : у 2 т. Т. 1. – К., 2011. – С. 281–325.

¹ Смолій В. А. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – К., 2008. – С. 8–9.

ускладнюють дослідження історії Української революції, процесу державотворення.

Процес державотворення відбувався в умовах швидкої руйнації політичної системи Речі Посполитої на основі традицій козацького самоврядування й політичної культури українського суспільства, становлення базових елементів політичної влади, коли склався державний апарат, очолюваний гетьманом. Історики відзначають, що за формою правління у роки Національної революції Козацька держава була республікою, але «за гетьманування Б. Хмельницького еволюціонувала у бік монархії»¹. З чого ж розпочинається «руйнація» республіканських засад Козацької держави, розширення повноважень гетьмана і гетьманського уряду? В. А. Смолій і В. С. Степанков вважають: «Щоправда (відповідно до козацького звичаєвого права), верховним органом влади була генеральна (військова) рада, до компетенції якої належало обрання гетьмана й генеральної старшини, розв'язання найважливіших політичних питань. У зв'язку зі зміцненням прерогатив гетьмана її роль помітно зменшується». Уточнюють: з 1649 р. «припиняється функціонування загальної військової ради, що замінюється старшинською...»². Щодо ставлення гетьмана до козацьких генеральних рад, то В. М. Горобець теж поділяє думки своїх колег: «Хмельницький поволи відмовляється від їх скликання»³.

Ще більш категоричним є О. К. Струкевич: вже в липні-серпні 1648 р. «гетьман відмовився від інституції Генеральної ради і вирішував питання політичного життя на нарадах зі старшиною»⁴. Автор пояснює, що «обставини боротьби з Польщею за незалежність сприяли утвердженню орієнтацій на монархізм». Правда, поспішає зробити застереження: «приглядаючись пильніше до того, що було витворено українською політичною елітою на терені монархізму, мусимо передусім зазначити, що соціально-економічні процеси, які відбувалися в Укра-

¹ Смолій В. А. Політична система українського суспільства у роки Національної революції XVII століття / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – К., 2008. – С. 22–23.

² Там само. – С. 22–23, 46.

³ Горобець В. М. Політична система та інституційна модель Української козацької держави / В. М. Горобець. – С. 294. Його ж. Влада та соціум Гетьманату. Дослідження з політичної і соціальної історії ранньомодерної України / В. М. Горобець. – С. 17.

⁴ Струкевич О. К. Політична еліта / О. К. Струкевич // Історія української культури : у 5-ти т. Т. 3 : Українська культура другої половини XVII–XVIII ст. – К., 2003. – С. 333.

іні, витворювали інституцію українського монарха близькою до відповідних західноєвропейських, але не до східних деспотичних»¹.

Ще один автор історичного нарису про останні роки гетьманування Б. Хмельницького стверджує, що гетьман «зробив вибір на користь спадкового самодержавства, або, як тепер прийнято казати, спадкової монархії», але цей вибір «не користувався підтримкою більшої частини української владної верхівки»². Дивним виглядає і безапеляційний висновок авторів розлогої монографії «Русь — Украина: становление государственности» про те, що Б. Хмельницький — «перекоаний монархіст», який відмовиться від проведення загальних козацьких рад «через їх неефективність» і у якого «жодних планів щодо створення незалежної Русі (України)... не було і не могло бути», модель козацької республіки він переглянув і «намагався створити синтезуючу модель — сарматську»³.

Та найбільш прикро, що такі висновки й оцінки потрапляють у підручники і навчальні посібники, за якими навчаються наші студенти. Так, у навчальному посібнику з політичної історії України читаємо: «Зосередження в руках Б. Хмельницького основних політичних, адміністративних, судових та військових функцій призвело до того, що найважливіші питання він вирішував самостійно, перетворившись на військового диктатора. Його влада була більшою за суперпрезидентську і наближалася до царської. Не випадково Б. Хмельницький був носієм ідеї українського монархізму у формі самодержавного гетьманства, яке б передавалося за спадковістю, а не через процедуру виборів»⁴. Так студентів вчать модернізованому погляду на історію, історичних діячів, вчать ігнорувати демократичні інститути і традиції Гетьманщини.

Не можна не погодитись з істориками у складному питанні щодо з'ясування сутності політичного режиму, який перебував у процесі становлення і постійно переживав трансформації. Але ж які їх межі? На думку істориків, «у 1648 р. почав встановлюватися режим парти-

¹ Струкевич О. К. Політична еліта / О. К. Струкевич // Історія української культури : у 5-ти т. Т. 3 : Українська культура другої половини XVII–XVIII ст. – К., 2003. – С. 332, 334.

² Коваленко С. Останній чин великого Гетьмана. Історичний нарис / С. Коваленко. – К., 2010. – С. 122.

³ Мирошниченко Ю. Р. Русь-Украина: становление государственности : в 2 т. Т. 1 : Русь-Украина: с древнейших времен до создания империи / Ю. Р. Мирошниченко, С. Л. Удових. – К., 2011. – С. 489, 493, 498.

⁴ Політична історія України : навч. посіб. / В. А. Греченко, В. І. Таинцора, В. В. Калініченко та ін. – 2-ге вид., допов. – К., 2008. – С. 114.

сипітарної демократії (демократії участі), оскільки козаки і поспільство брали активну участь у роботі генеральних і полкових рад, обирали старшин, помітно впливали на внутрішню і зовнішню політику уряду. У наступні роки гетьманату Богдана Хмельницького спостерігалось його явне еволюціонування у бік авторитаризму, що утверджувався у формі цезаризму»¹. Висновок про цей «авторитарний режим у формі цезаризму», що змінюється «монархічним, спадковим правлінням», зробив ще раніше знавець історії Козаччини В. М. Горобець².

Звернімося спочатку до питання про форму правління Гетьманату часів Б. Хмельницького. Найбільш повне, хоча й фрагментарне, відображення системи державницьких ідей і намірів гетьмана Б. Хмельницького знайшло передусім у його листуванні і документах. Із початком Визвольної війни гетьман разом із своїми прибічниками був готовий до переговорів із польською владою, виношував ідею автономії для козацької території у складі Речі Посполитої. У березні 1648 р. під час переговорів із послами коронного гетьмана М. Потоцького він вимагав вивести польські війська з цих земель, ліквідувати на них «управління Речі Посполитої», надати їм права укладати договори із зарубіжними володарями. Важлива деталь: Хмельницький дорікає полякам, що вони метою своєї політики поставили «опанувати наш лад самоуправи й вибору і наставляють над нами урядовців»³.

Гетьман направляє клопотання до польського короля з вимогами збереження давніх прав і вольностей Війська Запорозького, скасування попередніх сеймових конституцій про їх обмеження, складає інструкції козацьким послам до Варшави, звертається до коронного канцлера Ю. Оссолінського, коронного маршалка А. Казановського, князя В. Заславського, брацлавського воєводи А. Кисіля з проханням клопотатися перед королем та сеймом за Військо Запорозьке⁴. Та швидко переконується: «великого пана і просити трудно, і боротися з ним не під силу»⁵.

¹ Політична історія України : навч. посіб. / В. А. Греченко, В. І. Таинцюра, В. В. Калініченко та ін. – 2-ге вид., допов. – К., 2008. – С. 28

² Горобець В. М. Влада та соціум Гетьманату. Дослідження з політичної і соціальної історії ранньомодерної України / В. М. Горобець. – С. 13.

³ Тисяча років української суспільно-політичної думки : у 9 т. Т 3. Кн. 1 (Третя чверть XVII ст.). – К., 2001. – С. 176–178.

⁴ Документи Богдана Хмельницького (1648–1657) / упоряд. І. Крип'якевич та І. Бутич. – К., 1961. – С. 23–27, 36–39, 39–41, 41–44, 46–47, 126–127, 128–131, 139–141, 151–154, 157–159, 159–162 та ін.

⁵ Там само. – С. 26.

У пунктах козацьких вимог від 24 лютого 1649 р. пропонувалося, щоб кийівський воєвода був українцем, який «додержується грецького закону», щоб «ми, Русь, мали щонайменше трьох сенаторів», які б «захищали нашу віру і права руського народу»¹. У вимогах до польського короля Яна Казимира на початку серпня 1649 р. йдеться про необхідність «видавати Русі привілеї, декрети, мандати без будь-якої затримки і зволікання, понад права, якими користується коронна шляхта», що «всі сеймові ухвали, що урізують права і вільності Війська Запорозького, як несправедливо видані, також повинні бути скасовані конституцією»². Таким чином, автономна козацька Україна мала бути захищеною й інституціонально в державному механізмі Речі Посполитої, представлена в її вищому законодавчому органі — сеймі.

Очевидно, ідея автономії для козацької території у складі Речі Посполитої передбачала виборення для України рівноправного статусу в її складі, як у Великого князівства Литовського — з владою обраного князя, широким представництвом і привілеями шляхти або як у польській шляхетській республіці. Еволюція сословної монархії в Польщі привела в цей час до шляхетської республіки з обраним сеймом королем, що утвердилося в назві федеративної держави — Річ Посполита (від лат. — *res publica*). Тут, як вважають польські історики, відбувались ерозія, зростаюче послаблення влади монарха і посилення шляхетської демократії³. Проте сподівання на національно-територіальну автономію для України у складі Речі Посполитої, поширення на козацтво прав і свобод польської шляхти виявилися марними, оскільки польська сторона вважала пропозиції Б. Хмельницького до короля і сенаторів неприйнятними і загрозливими для єдності Речі Посполитої, і українсько-польські відносини переросли у війну.

Таким чином, протиставлення республіканської і монархічної форми правління, засади якої начебто закладались на Гетьманщині за гетьманату Б. Хмельницького, вважаємо некоректним, позбавленим щодо форми державного правління конкретно-історичного підходу. Шляхетська республіка з обраним монархом, з правами і привілеями шляхти, верховенством актів сейму була (ще до початку Національної революції) привабливою для козацтва, яке прагнуло зрівнятись у правах і привілеях із польською шляхтою в разі виборення автономії

¹ Універсали Богдана Хмельницького, 1648–1657. – К., 1998. – С. 51–52.

² Там само. – С. 54–56.

³ Бардах Ю. История государства и права Польши : пер. с польск. / Ю. Бардах, Б. Леснородський, М. Пиетрчак. – М., 1980. – С. 169–170.

у складі Речі Посполитої. Документи засвідчують: Б. Хмельницький прагнув і намагався сповна використати її сейм і його складові — сенат і короля, їх повноваження на користь України, її представництва в сеймі. Проте, польські магнати і шляхта не хотіли визнавати новопосталої Козацької держави, навіть за її автономним статусом. Тому послі гетьмана, які неодноразово прибували на сейм до Варшави, фактично до 1654 р. не мали успіху.

Зрозуміло, гетьманський уряд Козацької держави мало зважав на дозволи Варшави щодо розбудови власної державності, поширення на всю звільнену територію її власної державної організації, козацького звичаєвого права та територіально-адміністративного устрою. Починаючи з 1648 р. відбувається процес становлення національної політичної системи — складається державний апарат, очолюваний гетьманом, верховним органом влади, відповідно до козацького звичаєвого права, стає загальна (Генеральна) військова козацька рада. На місцях створюються полкові і сотенні — органи влади, переобираються органи міського самоврядування, що продовжували функціонувати на основі Магдебурзького права.

Отже, з початку Національної революції козацьке самоврядування формувалося на основі республіканських засад, традицій козацького і міського самоврядування. «Колективна воля» Війська Запорозького почала реалізовуватися через генеральні козацькі ради, як орган прямого народовладдя, ухвали яких були обов'язковими (під загрозою смертної кари) до виконання гетьманом, старшинами, козаками. До їх компетенції належали обрання гетьмана і генеральної старшини (генерального уряду), прийняття рішень з питань війни і миру, санкціонування (прийняття) законів, ухвал з найважливіших питань внутрішньої і зовнішньої політики та ін. Обраний у лютому 1648 р. на Запоріжжі загальною козацькою радою гетьманом Б. Хмельницький, особливо в перші роки гетьманування, у вирішенні стратегічних питань — укладання міжнародних союзів і договорів, визначення державного устрою, обрання генеральної і полкової козацької старшини тощо — щоразу вдається до скликання генеральних рад. Широке залучення козаків, поспільства до їх роботи давало їм можливість» впливу на зовнішню і внутрішню політику гетьманського уряду. Такі загальні зібрання Генеральної ради все частіше набувають рис вищого представницького органу держави, у роботі якого беруть участь представники не лише від полків, сотень і запорозького коза-

цтва, а й від духовенства, міщан (міської адміністрації), інколи — покозачених селян¹.

У подальшому ж, на думку істориків, вже з початку 1649 р. «припиняється функціонування загальної військової ради, що замінюється старшинською...»; гетьман використовує титул, що засвідчував божественне походження його влади: «Богдан Хмельницький, Божию милостью гетман з Войском Запорозким», волі якого тепер мала підлягати «колективна воля» козацької спільноти. «Тим самим було покладено початок переростанню республіканської форми правління у монархічну»².

По-перше, така титулатура, що, засвідчувала божественне походження влади, була звичною для Середніх віків і початку Нових часів у листуванні правителів європейських держав і акцентувала на легітимності влади господаря, її суверенності. Так, вождь англійської революції О. Кромвель у листі до Б. Хмельницького теж титулує його «Божьей милостью генералиссимус и стародавней греческой религии и церкви, властелин всех — запорожских казаков...»³. У середньовічній Європі суверенітет держави ототожнювався не з народом, а з особою законного (загальновизнаного) правителя, що й врахував гетьман у цитованому істориками листі до російського Хотимського воєводи С. Болховського, для якого така титулатура була звичною⁴.

По-друге, документи Б. Хмельницького справді підтверджують зменшення ролі генеральних рад на Гетьманщині у функціонуванні політичної системи, порушенні принципу виборності генеральних старшин і полковників, які почали призначатись гетьманом⁵. Проте ці зміни, на нашу думку, були наслідком не лише суб'єктивного чинника — прагнення гетьмана до розширення своїх повноважень, «монархізму», «легітимації спадкової гетьманської влади». Такі висновки явно грішать схематизмом і спрощенням як еволюції політичної системи Гетьманщини, так і самих історичних фактів. Неупереджене вивчення історії інституту генеральних козацьких рад доводить, що вони, хоч

¹ Смолій В. Л. Політична система українського суспільства у роки Національної революції XVII століття / В. Л. Смолій, В. С. Степанков. – К., 2008. – С. 23.

² Там само. – С. 45–46.

³ Киевская старина. Т. 1. – К., 1882. – С. 212.

⁴ Документи Богдана Хмельницького. – С. 64.

⁵ У документах гетьмана маємо лише відомості про призначення бужинського сотника Л. Сухині ніжинським полковником; І. Нечая – полковником у Біту Русь (див.: Документи Богдана Хмельницького. – С. 179–180, 470–471).

і справді скликалися рідше, продовжували скликатися гетьманом до кінця його життя.

Спробуємо відтворити, хай неповну, хронологію рад, що відбулися за гетьманства Б. Хмельницького, та предмети обговорення на них.

На Запорозькій Січі Б. Хмельницький з'явився найімовірніше на початку січня 1648 р. Тут він, очевидно, на порівняно не чисельній січовій раді оповістив, як вважав М. Грушевський, козакам королівські привілеї і був проголошений гетьманом¹. На думку В. Смоля і В. Степанкова, це відбулося близько 10–15 лютого². Безумовно, Б. Хмельницький лише після ради мав повноваження на ведення переговорів із кримським ханом, на зустріч із яким і поспішив. У березні на Запоріжжя прибуває польська делегація, але військова рада відхиляє польські пропозиції щодо видачі Б. Хмельницького і «послушенства»². С. Величко називає чисельність березневої ради понад 30 тис. козаків та їх рішення війни проти поляків³. Після повернення Б. Хмельницького на Січ із військом Туган-бея 19 квітня на новому зібранні ради Б. Хмельницький доповів про свої результати дипломатичної місії в Крим. Йому було «передано гетьманські клейноди, визначено похід на Україну»⁴. За М. Костомаровим, гетьман сказав на раді про необхідність його визнання й городовими козаками⁵. С. Величко писав, що рада в повному складі скликала у ці дні тричі⁶. У травні того ж року відбулася рада реєстрового козацтва, яка ухвалила смертний вирок І. Барабашу, І. Караїмовичу та іншим ненависним старшинам і козакам, і повсталі козаки вирушили до табору Б. Хмельницького⁷. 10–12 червня 1648 р. під Білою Церквою після переможної битви під Пилявцями козацька Рада приймає «Статті про устрій Війська Запорозького». Можливо, було затверджене посольство до Варшави домагатися ліквідації «Ординації» 1638 р. і повернення православним захоплених уніатами церков, до Литви, щоб «бути в мирі». У російських докумен-

¹ Грушевський М. С. Історія України-Руси : в II т. 12 кн. Т. 8. Роки 1626–1650 / М. С. Грушевський. – К., 1995. – Ч. II. – С. 165.

² Там само. – С. 80.

³ Величко С. Літопис / С. Величко ; пер. з кн. укр. мови В. Шевчук. Т. 1. – К., 1991. – С. 58–59.

⁴ Грушевський М. С. Історія України-Руси. Т. 8. Ч. II / М. С. Грушевський. – С. 165.

⁵ Костомаров Н. И. Богдан Хмельницкий / Н. И. Костомаров. – К., 2004. – С. 138.

⁶ Величко С. Літопис / С. Величко ; пер. з кн. укр. мови В. Шевчук. Т. 1. – К., 1991. – С. 59.

⁷ Смолій В. С. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. С. Смолій, В. С. Степанков // Україна кризь віки. – С. 84–85.

тах є згадка ще про козацьку загальну раду 29 червня у Чигирині, на якій були присутні 10 тис. козаків, де було заслухано листа від брацлавського воєводи А. Кисіля, пропозиції посольства з Москви¹. 26 вересня 1648 р. у Старокостянтинові за участю Туган-бея і татарських мурз загальновійськова рада ухвалила продовження походу в Західну Україну. 20 листопада того ж року відбулась старшинська, а згодом і «чорна» рада під Замостям, яка заслухала офіційне посольство від нового польського короля Яна Казимира і вітала його на троні. Було схвалено рішення про повернення «на Україну»².

У лютому 1649 р. у Переяслав прибули польські урядові комісари на чолі з А. Кисілем для переговорів. На раді Б. Хмельницькому вручено від короля грамоту на гетьманство, гетьманську булаву і корогву³. Як зазначав М. Костомаров, козаки зневажливо поставились до польської місії. У травні 1649 р. «Чигиринський сейм» козаків обговорював перспективи союзу з Польщею, Москвою і Константинополем. Гетьман із старшиною висловились за союз із Москвою. Рада не дійшла згоди⁴. На Раді в Корсуні 1 листопада — обговорювалися перші наслідки Зборівського договору⁵. Наступні два роки були ознаменовані появою бурхливих «чорних» рад у Сокалі, Берестечку, Маслівім Ставі. Білій Церкві (жовтень 1650 р. червень, серпень, жовтень 1651 р.)⁶.

У березні 1650 р. у тому ж Переяславі на Раді затверджується новий (після Зборівського договору) реєстр козаків. М. Грушевський пише про «український сойм», «київський з'їзд» у лютому-березні 1650 р.⁷ Новорічна 1651 р. рада під Берестечком у відповідь на рішення польського сейму про підготовку до воєнних дій ухвалила готуватись до війни з Польщею. Ймовірно, було прийнято рішення — просити військової допомоги у Криму й Угорщини, союзу з Росією. У травні 1651 р.

¹ Див.: Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы : в 3 т. Т. 2 : 1648–1651 гг. – М., 1953. – С. 44–47; Горобець В. М. Політична система та інституційна модель Української козацької держави / В. М. Горобець. – С. 285.

² Смолій В. С. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. С. Смолій, В. С. Степанков // Україна кризь віки. – С. 9–11.

³ Грушевський М. С. Історія України-Руси. Т. 8. Ч. III / М. С. Грушевський. – С. 142–143

⁴ История Малороссии Николая Маркевича. Т. 1. – М., 1842. – С. 250–259.

⁵ Окіншевич Л. Центральні установи України-Гетьманщини XVII–XVIII вв. Ч. 1 : Генеральна Рада / Л. Окіншевич. – К., 1929. – С. 9–11.

⁶ Мироненко О. М. Роль генеральних військових рад в історії вітчизняного парламентаризму / О. М. Мироненко // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 1. – С. 75–76.

⁷ Грушевський М. С. Історія України-Руси. Т. 8. Ч. III / М. С. Грушевський. – С. 280–281.

рада під Зборовом вирішує направити посольство до великого князя Литовського Я. Радзивіла, щоб добитися нейтралітету північного сусіда у війні з Польщею. 7 липня 1651 р. у Білій Церкві після поразки під Берестечком було вирішено «не відкладаючи ні на тиждень, зараз же бути готовими і разом збиратись» для продовження війни з Польщею¹. Генеральна рада затвердила нові умови угоди з Польщею. На початку травня 1652 р. у Чигирині за участю ханських послів рада постановила: не підтвердження польським сеймом Білоцерківського договору звільняє Військо Запорозьке від присяги, складеної на пунктах цього договору. Зважаючи на акти сваволі, насильства, віроломства і помсти з боку шляхти, яка повернулася до своїх маєтків, було визнано за необхідне розірвати мирні відносини з Польською короною. За М. Костомаровим, військова рада збиралася під час західного походу 1653 р. під Жовквою поблизу Тернополя. Рада обговорювала питання про доцільність йти далі на ляхів, не маючи допомоги татар. Було відроджено посольство до польського короля на чолі з київським полковником А. Ждановичем².

8 січня 1654 р. відбулась Переяславська рада, яка прийняла рішення «под высокую государеву руку поклонитися»³. В «Інструкції» послам для дипломатичних переговорів із шведським королем Карлом X у жовтні 1655 р. Б. Хмельницький сповіщав, що зразу після ради було послано частину козацького війська для нападу на війська коронного гетьмана Потоцького⁴. Судячи з прийнятого рішення, очевидно малась на увазі Генеральна рада. Наприкінці квітня чи у травні 1657 р. Б. Хмельницький, відчуваючи наближення смерті, скликав у Чигирині Генеральну раду, яка обрала гетьманом Ю. Хмельницького⁵. Л. Окіншевич називає ще генеральні ради 8 червня, у серпні і листопаді 1651 р.⁶ Йдеться, мабуть, про «чорні» ради.

Отже, з лютого 1648 до квітня 1657 р. включно відбулось щонайменше 16–17 зібрань загальновійськових козацьких рад. За хронологією: 1648 р. — близько 6–7; 1649 р. — 3; 1650 р. — 1; 1651 р. — 3;

¹ Документи Богдана Хмельницького (1648–1657). – С. 219–220.

² Костомаров Н. И. Богдан Хмельницький / Н. И. Костомаров. – С. 447.

³ Документи Богдана Хмельницького (1648–1657). – С. 316.

⁴ Архив Юго-Западной России. Т. IV. Ч. III : Акты шведского государственного архива, относящиеся к Малоросии 1649–1660 гг.). – К., 1908. – С. 89–92.

⁵ Смолій В. С. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 pp.) / В. С. Смолій, В. С. Степанков // Україна крізь віки. – С. 202.

⁶ Окіншевич Л. Центральні установи України-Гетьманщини XVII–XVIII вв. Ч. 1 : Генеральна Рада / Л. Окіншевич. – С. 9–11.

1652 р. — 1; 1653 р. — 1; 1654 р. — 1; 1655 — 1; 1657 р. — 1¹. Наші відомості про генеральні ради безперечно неповні. Протоколи їх зібрань, якщо вони були, адже їх обов'язковості козацьке звичаєве право не передбачало, в архівних джерелах відсутні.

Можна погодитися (із застереженнями) з істориками Гетьманщини, що, «враховуючи малу ефективність від діяльності Загальних рад (не всіх! — *Авт.*) та зважаючи на потребу в оперативному розв'язанні нагальних потреб, Б. Хмельницький поволі відмовляється від їх скликання, вирішуючи справи одноособово або переносючи їх розгляд на Старшинську раду»². Але ж, по-перше, гетьман зовсім не відмовляється від їх скликання, зважаючи на виключні повноваження цього народоправного органу на обрання гетьмана, вирішення питання війни і миру, які потребували згоди, свідомої й активної підтримки козацтва, поспільства і міщанства. До того ж потреба у їх скликанні зумовлялася й необхідністю зміцнення самої гетьманської влади, зокрема, в умовах наростання старшинської опозиції та прагнення піти на поступки Варшаві, що примусило Б. Хмельницького скликати Генеральну раду 26 травня 1651 р., яка підтримала його курс на продовження боротьби з Польщею³. Про розірвання відносин із Польською короною була прийнята ухвала й на Чигиринській раді у травні 1652 р.⁴

По-друге, дійсно, гетьману доводилось зважувати й на недоліки організації і діяльності генеральних рад. Через свою велику чисельність, адже в їх роботі за звичаєвим правом мав брати право кожен козак, а з початком повстання і Національної революції й різний соціальний склад, їх було, в умовах майже безперервної війни, важко скликати й керувати їх роботою. До того ж рішення рад могли бути непередбачувані для гетьмана і генеральної старшини. Так, після укладання Зборівської угоди в грудні 1649 р. козаки звинуватили гетьмана в тому, що він без їхньої «ради з королем замирився». Маса козаків хвилювалася і 1651 р., вважала його винним у поразці під Берестечком. «Чорна» рада вимагала, щоб він пояснив свою поведінку⁵.

¹ Детальніше див.: Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження) / В. М. Єрмолаєв. – К., 2005. – С. 81–83.

² Горобець В. М. Політична система та інституційна модель Української козацької держави / В. М. Горобець. – С. 285–286.

³ Документи Богдана Хмельницького (1648–1657). – С. 219–220.

⁴ Костомаров Н. И. Богдан Хмельницький / Н. И. Костомаров. – К., 2004. – С. 447.

⁵ Окіншевич Л. Центральні установи України-Гетьманщини XVII–XVIII вв. – Ч. 1 : Генеральна Рада / Л. Окіншевич // Праці Комісії для вивчення історії західно-руського та українського права / за ред. М. П. Василенка. – К., 1929. – С. 11.

Таким чином, від самого початку Національної революції і державотворення на звільнених від польської адміністрації територіях України утверджувалась республіканська форма правління, заснована на тому, що повноваження гетьмана, гетьманського уряду і козацької старшини в полках і сотнях базувалися на мандаті народу. Монарх є невіддільним будь-яким іншим суб'єктам влади. Гетьман же визнавав традиційну для «козацьких прав і вольностей» вільну гетьманську елекцію на загальних козацьких радах і не мав наміру порушувати її. У «Договірних статтях — із російським царем Олексієм Михайловичем» (пп. 1, 4, 6) та «Березневих статтях» 1654 р. (п. 1), «Привілеї Війську Запорозькому» гетьман домігся, щоб були підтверджені всі права та вольності, що існували в Козацькій республіці, «по містах щоб урядники на те достойні обирались із наших людей», зі смертю гетьмана «щоб Запорозьке військо саме з-поміж себе гетьмана вибирало і його царській величності звіщало...»¹. Ці демократичні засади найбільш відповідали республіканській формі державного правління. Установчі повноваження Генеральної ради визнавались не лише гетьманом, а й польськими урядовими комісарами, російським царем та іноземними послами.

Вже почувуючи наближення смерті, гетьман у другій половині квітня 1657 р. скликав Генеральну раду за участю козацької старшини, полковників, сотників, виборних козаків. Виступаючи на Раді, гетьман говорив: «Бог не дав мені закінчити цієї війни так, як би хотілося: поперше, утвердити — навіки незалежність і вольність вашу, по-друге, звільнити також Волинь, Покуття, Поділля й Полісся і так позбавити зброєю нашою ярма польського народ руський благочестивий...». Він просив: «поки я живий, виберіть собі, на моїх очах, нового гетьмана вольними голосами». Запропонував козакам кандидатури А. Ждановича, переяславського полковника П. Тетерю, полтавського полковника М. Пушкаренка і генерального писаря І. Виговського. Проте ті самі відмовились від обрання, а козаки наполягали на кандидатурі 16-річного Юрія Хмельницького. Гетьман, щиро чи скоріше удавано, намагався заперечити — «син мій дитя молоде», а час небезпечний. Козаки заперечували: йому допоможуть мужі досвідчені і одностайно ухвалили його обрання².

¹ Тисяча років української суспільно-політичної думки : у 9 т. Т. 3. Кн. 1. Третя чверть XVII ст. – К., 2001. – С. 262–263.

² Костомаров Н. И. Богдан Хмельницкий / Н. И. Костомаров. – К., 2004. – С. 532–533.

Отже, гетьман визнавав і скористався виключним елекційним правом Генеральної ради. Мине менше року і І. Виговський, відправляючи послів на Варшавський сейм, що мав ратифікувати Гадяцьку угоду 1658 р., доручив їм домагатися, аби після його смерті один із братів Виговських «...без жодних виборів успадкував Велике Гетьманство і Київське воєводство», а інший «успадкував би пільне гетьманство»¹. У даному випадку коректніше говорити про «спадковий гетьманат» чи «спадкову монархічну владу». Домігшись легітимного обрання своїм наступником сина, Б. Хмельницький очевидно прагнув уникнути після своєї смерті гострої боротьби серед старшини за гетьманську булаву, запобігти розпалу громадянської війни. Ці сподівання не справдилися, а наступні події громадянської війни 1658–1663 рр. лише довели далекоглядність Б. Хмельницького.

Тому вважаємо спрощенням твердження провідних істориків України, що «курс Хмельницького на утвердження монархічної форми правління й мав на меті звеличення власного роду». Зрозуміло, не можна заперечувати моноцентричність політичної влади, коли центром ухвалення рішень виступав гетьманський уряд і центральні органи управління. Нема підстав заперечувати й концентрацію влади в руках гетьмана. Він визнається єдиним і повновладним володарем козацької України представниками політичної еліти, церкви російською стороною 1654 р.² Однак, на наше переконання, не можна зводити процес еволюції влади виборного й підлеглого «колективній волі» Війська Запорозького гетьмана до його прагнення перетворити республіканську форму правління в монархічну, наміру «заснування власної династії» без урахування історичних реалій цього процесу. А вони були занадто складні для реалізації демократичних процедур у повному обсязі й вимагали моноцентричності політичної влади на Гетьманщині.

Переростання республіканської форми державного правління у монархічну було, на нашу думку, неможливе з тих же об'єктивних причин. По-перше, до середини 1653 р. Б. Хмельницький був вимушений визнавати верховенство влади польського короля,³ а з 1654 р. —

¹ Оляничин Д. Пункти Івана Виговського українським послам на Варшавський сейм 1659 року / Д. Оляничин // Записки-НТШ. Т. 222. – Львів, 1991. – С. 347.

² Смолій В. А. Політична система українського суспільства у роки Національної революції XVII століття / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – С. 46–47.

³ У листі до коронного польського гетьмана С. Потоцького у червні 1653 р. він просить сприяння вимогам Війська Запорозького перед королем, «щоб ми могли залишитись, не розходячись по різних державах» (див.: Документи Богдана Хмельницького. – С. 295).

московського царя. По-друге, незважаючи на тенденцію обмеження ролі Генеральних рад і зростання ролі Старшинської ради, гетьманських повноважень, документи Б. Хмельницького не засвідчують його наміру чи дій щодо згортання козацького самоврядування, республіканських засад на Гетьманщині. Навпаки, як свідчать документи, він діяв від імені Війська Запорозького, цінував «колективну волю» козацтва, реалізовану через Загальну військовою раду, принаймні щодо гетьманської елекції, потвердження міжнародних угод, визнавав вищу юридичну силу їх рішень. У своїх листах він не раз апелює до авторитету загальних, «радних» рішень: «я послав за всіма полковниками, щоб порадитися», «порадившись з товариством, ми вирішили», «ми, порадившись, повідомляємо вам», пише про «звичай табірної наради».¹ «Коли за згодою всієї старшини ухвалиться яке рішення, — пояснював Б. Хмельницький у листі до великого коронного гетьмана у березні 1656 р., — то його порушити нам приватним чином не можна», адже «у цих краях, якщо що-небудь робиться без спільних і малих рад, то воно звичайно не буває сталим, бо такий (порядок) Військо обґрунтувало навіть звичаями»². Таке ставлення гетьмана до радних рішень суперечить основному принципу монархії — непідлеглість будь-яким іншим суб'єктам влади. Промовистий і той факт, що гетьман і генеральна старшина нерідко вживали назву таких зібрань «сеймами», прирівнюючи їх до сеймів Речі Посполитої, їх компетенції. Потреба у скликанні Генеральних рад диктувалася, як уже відзначалося, й необхідністю зміцнення самої гетьманської влади в умовах епізодичного зростання старшинської опозиції щодо окремих рішень і дій гетьмана.

У козацькій Україні зберігалася міське самоврядування, що продовжувало функціонувати на основі Магдебурзького права чи на частині його норм. Документи Б. Хмельницького свідчать про піклування гетьмана про збереження та розширення привілеїв міст, створення органів місцевого самоврядування в містах, які до того його не мали³. Значне коло владних повноважень реалізовувалося на місцевому — полковому і сотенному рівні.

¹ Документи Богдана Хмельницького (1648–1657). – С. 119, 220; Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы : в 3 т. Т. 2. 1648–1651 гг. – С. 475–476.

² Смолій В. А. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – С. 216.

³ Наприклад, див.: Документи Богдана Хмельницького, документи № 83, 178, 204, 205, 229, 274, 344, 431, 432.

Досить складним залишається питання з'ясування сутності державно-правового режиму Гетьманщини. Механізм функціонування політичної влади в козацькій Україні дає підстави охарактеризувати її державний режим як республікансько-демократичний, що поєднував у собі елементи як прямої, так і опосередкованої демократії, і базувався на полково-сотенному адміністративному устрої. Проте в умовах майже безперервної війни, складного геополітичного становища України цей режим об'єктивно не міг нормально функціонувати і удосконалюватись на демократичних засадах, додержуватись усіх демократичних процедур. Звідси — нормативно неврегульовані представництво на генеральних радах, терміни їх скликання, вибори генеральної старшини, розширення компетенції гетьмана, Старшинської ради, відсутність кодифікованого права та ін. Складні об'єктивні чинники, а не «монархічні устремління Б. Хмельницького» визначали еволюцію його політичного режиму до авторитаризму.

Отже, коли йдеться про «авторитарний характер влади» Б. Хмельницького, на нашу думку, слід зважати на такі обставини: 1) гетьману доводилось діяти в умовах майже безперервної війни, карколомних змін геополітичної ситуації, що ускладнювало державотворення й управління Козацькою державою, вимагало рішучих і невідкладних заходів і дій; 2) легітимність політичної влади в козацькій Україні ґрунтувалася на традиціях і звичаях Війська Запорозького, вірі козаків і поспільства у надзвичайні якості, винятковість «Богом даного» гетьмана¹; 3) козацьке товариство пильнувало за дотриманням виборними органами звичаєвого права, колективної волі Війська Запорозького, які надавали легітимності діям гетьмана і його уряду. У свою чергу на цю колективну волю зважав і гетьман. Промовистий для політичної характеристики гетьмана факт: маючи намір вдатись до протекції російського царя, він звернувся з листом до запорозьких козаків, просячи поради. Запорожці з Січі одписали: «Як писатимете пакта, то... додивляйтесь самі, щоб не було у ньому нічого зайвого і шкідливого нашій вітчизні, некорисного і супротивного нашим предковічним правам та вольностям»². Монарх чи авторитарний правитель таких порад не потребує; 4) авторитарні методи управління часто-густо застосовуються в умовах перехідних періодів до де-

¹ Смолій В. А. Українська національна революція XVII ст. (1648–1676 рр.) / В. А. Смолій, В. С. Степанков. – С. 216–217.

² Величко С. Літопис. Т. 1 / С. Величко. – К., 1991. – С. 132, 133–136.

мократичного чи тоталітарного режимів¹. В умовах майже безперервної війни централізація і концентрація влади гетьмана і гетьманського уряду були неминучі, як і використання авторитарних методів здійснення державної влади. Це підтверджує і досвід Англійської революції 1640–1649 рр., розвиток якої призвів до проголошення Англії республікою, утвердження режиму О. Кромвеля як військового диктатора, наділеного законодавчою (разом із парламентом), вищою судовою і адміністративною владою².

Отже, через ускладнення геополітичних умов і перспектив Національно-визвольної війни, відсутність надійних союзників і невдач у створенні антипольської коаліції держав, політику царського уряду з 1654 р. в Україні зазнали змін способи формування вищих органів державної влади на Гетьманщині, їх компетенція, ступінь участі населення в їх формуванні. Ці зміни мали не стільки суб'єктивний, скільки об'єктивний, вимушений характер. Демократичний режим, започаткований Національною революцією, за якого влада гетьмана спиралась на широку і реальну участь козацтва, частини української шляхти, представників міщан, поспільства і православного духовенства у формуванні державної політики теж зазнав змін, викликаних тими ж складними умовами, на які вимушений був реагувати гетьман, що позначилось на методах і способах здійснення ним державної влади. Проте переростання республіканської форми правління у монархічну за гетьманування Б. Хмельницького, на нашу думку, не відбулось і демократичні засади Козацької держави продовжували діяти.

Таким чином, є потреба подальшого розроблення теоретичних проблем історії Козацької держави, без чого не подолати схематизму, спрощень і модернізації у розумінні сутності Національної революції XVII ст., не збагнути складності і суперечливості її розвитку, наслідків державотворення. Такий напрям наукових досліджень потребує, як на нашу думку, й більш тісної співпраці вчених Національної академії правових наук України та Інституту історії України Національної академії наук України.

¹ Див.: Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х., 2011. – С. 117.

² Історія держави і права зарубіжних країн. Хрестоматія : навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. освіти / за ред. В. Д. Гончаренка. – К., 2002. – С. 302, 307–308.

Ермалаев В., Петришин А. О форме правления и государственном режиме Гетманщины времен Б. Хмельницкого (к 365-летию Национальной революции 1648 г.)

Статья посвящена определению проблем и перспектив Украинского государства: форме государственного правления и политического режима Гетманщины времен Б. Хмельницкого на основе традиций казачьего самоуправления и политической культуры украинского общества, становлению базовых элементов политической власти, формированию государственного аппарата во главе с гетманом.

Ключевые слова: форма правления, Гетманщина, казачество.

Ermolaev V., Petryshyn O. About the form of government and state mode of Hetmanhood in times of Khmelnytsky B. (to 365 anniversary of the National Revolution, 1648)

Article is devoted to the definition of the problems and prospects of Ukrainian state: form of government and the political regime Hetman Bohdan Khmelnytsky times based on the traditions of Cossack self-government and political culture of the Ukrainian society, the formation of the basic elements of political power, the formation of the state apparatus led by Hetman.

Keywords: government, the Hetmanhood, cossacks.

УДК 340.15 (477):342.8

В. Гончаренко, академік НАПрН України

Виборчі права громадян за Конституцією УРСР 1937 р.

П'ятого грудня 1936 р. Надзвичайний VIII Всесоюзний з'їзд Рад приймав нову Конституцію СРСР. А вже 30 січня 1937 р. Надзвичайний XIV з'їзд Рад УСРР приймав нову Конституцію УРСР, в основу якої була покладена Конституція СРСР 1936 р. Значна кількість статей республіканської конституції майже або повністю дослівно копіювала текст відповідних статей нової союзної Конституції. Це є одним із свідчень того, що на середину 1930-х років СРСР, до складу якого входила й УРСР, вже був надцентралізованою державою з існуючою у ньому зверхністю союзного законодавства, у тому числі й конституційного.

Конституція УРСР 1937 р., так само, як і союзна Конституція, містила розділ XI «Виборча система» в якій визначалися також і основні засади радянського виборчого права¹. В юридичній літературі з радянського державного (конституційного) права зразу ж після прийняття нової Конституції СРСР незаперечним стало твердження, що сталінська Конституція (тобто Конституція СРСР 1936 р.) визначала виборчу систему, яка вперше в історії держави була дійсно демократичною системою². Такою її вбачають і сучасні дослідники виборчого права. Так, Конституцію СРСР 1936 р. А. А. Стрижак вважає «найдемократичнішою на той час»³ Оскільки зафіксована у Конституції УРСР 1937 р. виборча система повністю копіювала виборчу систему, передбачену Конституцією СРСР 1936 р., то є підстави називати і виборчу систему УРСР за Конституцією 1937 р. демократичною системою.

Об'єктивний аналіз закріпленої в нових радянських конституціях виборчої системи дає підстави стверджувати, що у порівнянні з попередньою радянською виборчою моделлю нова виборча система була більш демократичною. Це стосується і нової Конституції УРСР, на що

¹ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 120–122.

² Советское государственное право : учеб. для юрид. ин-тов / под общ. ред. А. Я. Вышинского. – М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938. – С. 120.

³ Стрижак А. А. Виборче право в Україні: історія і сучасність / А. А. Стрижак. – К. : Логос, 2012. – С. 36.

звертає увагу відомий вітчизняний фахівець у галузі конституціоналізму В. В. Речицький. Він зазначає, що «Конституція УРСР 1937 р. закріпила більш ліберальну порівняно з попередньою виборчу систему»¹.

Річ у тім, що проект нової Конституції СРСР був розроблений очолюваною особисто Й. Сталіним Конституційною комісією, яка була утворена відповідно до спеціальної постанови VII з'їзду Рад СРСР від 6 лютого 1935 р. «Про внесення деяких змін до Конституції Союзу РСР». При цьому в нормативному акті з'їзду постановлялося внести до Конституції Союзу РСР зміни перш за все у напрямі: «а) подальшої демократизації виборчої системи у розумінні заміни не цілком рівних виборів рівними, багатоступеневих — прямими, відкритих — закритими». І тільки після формулювання цього напрямку постановлялося внести зміни до союзної Конституції у напрямі: «б) уточнення соціально-економічної основи Конституції у розумінні приведення Конституції у відповідність з теперішнім співвідношенням класових сил в СРСР (створення нової соціалістичної індустрії, розгром куркульства, перемога колгоспного ладу, утвердження соціалістичної власності, як основи радянського суспільства тощо)»². Як видно, пріоритетність при визначенні факторів, що обумовлювали необхідність внесення змін до діючої союзної Конституції, відводилась виборчому праву. Але в процесі роботи Конституційної комісії були враховані не тільки настанови VII з'їзду Рад СРСР про зазначені основні засади виборчого права, але й був урахований такий принцип виборчого права, як загальність. Про загальність виборчого права говорилося і в Конституції УРСР 1937 р.

Розділ XI Конституції УРСР 1937 р. розпочинався зі ст. 133, в якій говорилося: «Стаття 133. Вибори до всіх Рад депутатів трудящих: Верховної Ради УРСР, Верховної Ради Молдавської АРСР, обласних Рад депутатів трудящих, Рад депутатів трудящих адміністративних округів, районних, міських, селищних станичних і сільських Рад депутатів трудящих, — проводяться виборцями на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні»³. Стаття 133 Конституції УРСР 1937 р. практично дослівно (за винятком

¹ Див.: Речицький В. В. Конституціоналізм. Український опыт / Харьковская правозащитная группа ; худож.-оформ. И. Гаврилюк. — Харьков : Фолио, 1998. — С. 110.

² Съезды Совета Союза Советских Социалистических Республик. Сборник документов. 1922–1936 гг. Т. III. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. — С. 219.

³ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. — Х. : Право, 2007. — С. 120–121.

частини переліку Рад депутатів трудящих) дублювала текст ст. 134 Конституції СРСР 1936 р. Фіксація в конституціях положення про загальне, рівне і пряме виборче право при таємному голосуванні свідчить про відмову від обмежень у виборчому праві, які в ньому існували у попередній період радянської доби.

Річ у тім, що в Україні до прийняття Конституції УРСР 1937 р. виборчі права громадян регулювалися Конституцією УСРР 1929 р., яка встановлювала не загальне, не цілком рівне, ступеневе виборне право при відкритому голосуванні. Так, у ст. 67 Конституції УСРР 1929 р. зазначалось: «67. Не обирають і не можуть бути обраними, хоч би вони й належали до однієї з наведених категорій: а) особи, що вживають найманої праці з метою одержання зиску; б) особи, що живуть з нетрудового прибутку, а саме: відсотків з капіталу, прибутку з підприємств, надходжень з майна і т. інш.; в) приватні крамарі, торгівельні і комерційні посередники; г) духівництво, служники релігійних культів всіх вірувань і сект, якщо це заняття є їхньою професією, та ченці; ґ) службовці і агенти колишньої поліції, окремого корпусу жандармів і охоронних відділів, члени царювавшого в Росії дому, особи, що керували діяльністю поліції, жандармів і каральних органів; д) особи що їх визнано встановленим порядком за душевнохворих; е) позбавлених прав судом на реченець, визначених судовим вироком»¹. Згідно ж зі ст. 68 Конституції УСРР 1929 р. детальний перелік категорій «позбавлених» виборчих прав встановлював Всеукраїнський ЦВК. Як бачимо, Конституція встановлювала політичні, соціальні, економічні цензи, які робили виборче право УСРР не загальним. Щоправда, у 1930-ті роки радянський тотальний режим дещо послабив тиск на «позбавлених» виборчих прав, що знаходило своє відображення в союзних нормативних актах, зокрема в таких, як: постанова ЦВК СРСР «Про порядок поновлення в громадянських правах бувших куркулів»², Інструкція ЦВК СРСР «Про вибори до Рад у 1934–1935 рр.»³, постанова ЦВК СРСР «Про зняття з козацтва обмежень по службі в РСЧА» від 20 квітня 1936 р.⁴ та ін. Про нерівні і непрямі виборчі права робітників і селян говорилося у ст. 24 Конституції УСРР 1929 р. У ній зазначалося: «24. Всеукраїнської з'їзд Рад складається з делегатів, обраних Всеволодавським з'їздом рад і округовими з'їздами рад, з розрахунку:

¹ 33 УСРР. – 1929. – № 14. – Ст. 100.

² СЗ СРСР. – 1934. – № 33. – Ст. 257.

³ Там само. – № 50. – Ст. 395.

⁴ Там само. – 1936. – № 22. – Ст. 198.

від міських і селищних рад — один делегат на кожні 10 000 виборців, а від сільських — один делегат на кожні 50 000 людності»¹.

У Конституції УСРР 1929 р. не говорилося про закритість чи відкритість голосування. Відповідь на це питання містилася у загально-союзній інструкції про вибори до рад у 1926 р. У ній говорилося про відкрите голосування при обранні депутатів до радянських представницьких органів².

Таким чином, Конституція УРСР 1937 р., зафіксувавши загальне, рівне, пряме виборче право при таємному голосуванні, започаткувала в Україні дійсно демократичні засади виборчого права.

Формально це дійсно так. Для порівняння зазначимо, що у чинній Конституції України 1996 р. у ст. 71 наголошується, що вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування відбуваються «на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування»³.

На першому місці серед засад виборчого права Конституція УРСР 1937 р. визначила загальність виборчого права. Загальності були присвячені статті 134, 136 та 137 Конституції УРСР 1937 р. Так, у ст. 134 наголошувалося: «Стаття 134. Вибори депутатів є загальними: всі громадяни УРСР, які досягли 18 років, незалежно від расової і національної приналежності, віросповідання, освітнього цензу, осілості, соціального походження, майнового стану та минулої діяльності, мають право брати участь у виборах депутатів і бути обраними, за винятком божевільних і осіб, засуджених судом з позбавленням виборчих прав»⁴. Стаття 136 Конституції говорила: «Стаття 136. Жінки користуються правом обирати і бути обраними нарівні з чоловіками»⁵, а ст. 137 Конституції визначала: «Стаття 137. Громадяни, які перебувають у лавах Червоної Армії, користуються правом обирати і бути обраними нарівні з усіма громадянами»⁶.

При цьому слід зазначити, що на таку рису нового виборчого права, як загальність, спеціально звернув увагу Й. Сталін у своїй доповіді на Надзвичайному VIII Всесоюзному з'їзді Рад «Про проект

¹ ЗЗ УСРР. – 1929. – № 14. – Ст. 100.

² СЗ ССРСР – 1926. – № 66. – Ст. 501.

³ Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 205.

⁴ Там само. – С. 121.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

Конституції Союзу РСР», з якою він виступав 25 листопада 1936 р. Говорячи про поправку до ст. 135 Конституції СРСР 1936 р., доповідач зазначив, що у процесі всенародного обговорення проекту Конституції пропонувалось позбавити виборчих прав служителів культу, бувших білогвардійців, усіх бувших людей і осіб, що не займалися загальнокорисною працею, або як варіант — обмежити виборчі права осіб цієї категорії, надавши їм тільки право обирати, але не бути обраними¹.

На думку Сталіна, цю поправку слід було відкинути. При цьому він навів аргументи на користь такого висновку². Сталіну необхідно було продемонструвати усьому світові так званий «до кінця витриманий» соціалістичний демократизм нової Конституції, у тому числі і у виборчій системі, та й ще на фоні того, що в діючих на середину 1930-х років конституціях більшості зарубіжних країн також проголошувалося загальне виборче право. Однак слід зазначити, що в багатьох конституціях передбачались різні цензи, які звужували загальність виборчого права. На них спеціально звернув увагу Й. Сталін у своїй доповіді на Надзвичайному VIII Всесоюзному з'їзді Рад. Так, характеризуючи з точки зору демократизму діючі конституції буржуазних країн, доповідач зазначав, що їх «можна розбити на дві групи: одна група прямо заперечує або зводить фактично нанівець рівність прав громадян і демократичні свободи. Друга група конституцій охоче допускає і навіть афішує демократичні засади, але робить це при таких застереженнях, що демократичні права і свободи виявляються абсолютно знівеченими»³. «Вони кажуть про рівні виборчі права для всіх громадян, — підкреслив Сталін, — але тут же обмежують їх осілістю, освітнім і майновим цензом. Особливість проекту нової Конституції полягає в тому, що він вільний від подібних застережень і обмежень. Для нього не існує активних і пасивних громадян, для нього усі громадяни активні»⁴.

Дійсно, у діючих у середині 1930-х років конституціях більшості зарубіжних країн, наприклад, проголошувалося загальне виборче право. Але в той же час у цих конституціях передбачалися різні цензи, які перешкоджали реалізації принципу загальності виборчого права. Так, у ряді країн обмежували загальність виборчого права віковий ценз,

¹ Сталин И. В. Доклад о проекте Конституции Союза ССР. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. – М.: Партиздат ЦК ВКП (б), 1937. – С. 42.

² Там само. – С. 42–43.

³ Там само. – С. 42.

⁴ Там само.

майновий ценз, освітній ценз, ценз осілості, расовий і національний цензи тощо. Наприклад, Конституційна хартія Чехословацької республіки від 29 лютого 1920 р. визначала, що законодавча влада на території Чехословацької республіки здійснювалася Національними зборами, які скликались із двох палат: палати представників і сенату. При цьому обидві палати склалися з членів, обраних всезагальним, рівним, прямим і таємним голосуванням і на засадах пропорційного представництва¹. Різниця була тільки у вимогах до виборців і осіб, які могли бути обраними. Так, якщо до палати представників могли обиратися особи, що досягли 30 років, а виборцями були ті, хто досяг 21 року, то до сенату могли обиратися особи, що досягли повних 45 років, а виборцями були ті, хто досяг 26 років².

Конституція Польщі 1921 р. передбачала, що законодавча влада здійснювалася сеймом і сенатом. Сенат як верхня палата і сейм як нижня палата обидві обиралися на основі загального, таємного, прямого, рівного і пропорційного голосування³. Різниця полягала у вікових цензах для виборців і тих, хто мав стати членом сейму або сенату. Виборцем до сейму могла бути особа, що досягла 21 року, а бути обраним — особа, що досягла 25 років. Право обирати до сейму мала особа, яка досягла 30 років, а бути обраним — особа, що досягла на день призначення виборів 40 років.

Досить детально регламентувала порядок формування верхньої палати парламенту країни — сенату Конституція Румунії 1923 р. Вона містила спеціальний розділ «Про сенат» який включав статті 67–75. Перш за все визначалося, що «сенат складався з сенаторів, обраних і сенаторів по праву. Обрані сенатори поділяються на дві категорії. Перші обиралися за правилами статті 68 Конституції. Ось її зміст: «Стаття 68. Всі румунські громадяни, що досягли повних 40 років, обирають по виборчих округах, які не можуть бути більшими за департамент, обов'язковим, рівним, прямим і таємним голосуванням певне число сенаторів.

Число сенаторів, обраних у кожній окрузі, яка не може бути більшою за департамент, встановлюється виборчим законом пропорційно до чисельності населення»⁴.

¹ Конституції буржуазних країн. Конституції великих держав і західних сусідів СРСР. – К. : Вид-во ЦВК УСРР «Рад. буд-во і право», 1936. – С. 71.

² Там само. – С. 71–72.

³ Там само. – С. 243, 248–249.

⁴ Там само. – С. 293.

Другу категорію обраних членів сенату склали сенатори, обрані колегіями виборців від рад, департаментів і комун міських і сільських шляхом обов'язкового, рівного і таємного голосування. Ці колегії обирали по 1 сенатору. Стаття 70 Конституції встановлювала: «Стаття 70. Члени палат торговельних, промислових, праці й сільського господарства, зібравшись окремими колегіями, вибирають з свого середовища одного сенатора від кожної категорії і від кожної виборчої округи. Ці особливі виборчі округи встановлюються виборчим законом; їх число не може бути більшим шести»¹.

Стаття 75 Конституції Румунії встановлювала вимоги для сенаторів. У ній говорилося: «Стаття 75. Щоб мати право бути обраним до сенату, належить: а) бути румунським громадянином; б) користуватися громадськими і політичними правами; в) мати повних 40 років від роду; г) мати місце проживання в Румунії»².

Наведене свідчить про досить високі цензи, що встановилися для виборців, які брали участь у виборах депутатів до парламентів зазначених країн. У той же час Конституція СРСР 1936 р. і Конституція УРСР 1937 р. встановлювали, що обирати і бути обраними до Верховної Ради СРСР (складалася з двох палат: Ради Союзу і Ради Національностей) і Верховної Ради УРСР мали громадяни з досить низьким віковим цензом (18 років), без обмежень будь-якими цензами. Тобто союзна Конституція, а на її основі і Конституція УРСР 1937 р. закріплювала принцип загальності у найширшому розумінні цього слова.

Конституція УРСР 1937 р. визначала, що виборче право є рівним. Згідно зі ст. 135 це означало, що «кожний громадянин має один голос; всі громадяни беруть участь у виборах на рівних засадах».

Конституція впровадила пряме виборче право в УРСР, тобто надавала виборцям право безпосередньо обирати депутатів до всіх Рад депутатів трудящих, починаючи від сільської та міської Ради депутатів трудящих аж до Верховної Ради УРСР (ст. 138). Закріплене у ст. 139 Конституції таємне голосування покликане забезпечити свободу і незалежність волевиявлення виборця.

Таким чином, у середині 1930-х років у СРСР, в усіх союзних республіках, в УРСР у тому числі, на конституційному рівні було задеклароване демократичне виборче право. Однак норми цього права застосо-

¹ Конституції буржуазних країн. Конституції великих держав і західних сусідів СРСР. – К. : Вид-во ЦВК УСРР «Рад. буд-во і право», 1936. – С. 293.

² Там само. – С. 295.

увались в умовах особливого становища в СРСР комуністичної партії, закріпленого на конституційному рівні. Так, у ст. 126 Конституції СРСР 1936 р. визначалося, що Всесоюзна комуністична партія (більшовиків) «є передовим загоном трудящих в їх боротьбі за зміцнення і розвиток соціалістичного ладу і являє собою керівне ядро всіх організацій трудящих, як громадських так і державних»¹. А у статті 125 Конституції УРСР 1937 р. визначалось, що Комуністична партія (більшовиків) України «є передовим загоном трудящих в їх боротьбі за зміцнення і розвиток соціалістичного ладу і являє собою керівне ядро всіх організацій трудящих, як громадських, так і державних»². Стаття 141 Конституції УРСР 1937 р. встановлювала, що «кандидати при виборах виставляються по виборчих округах. Право виставлення кандидатів забезпечується за громадянськими організаціями: комуністичними партійними організаціями, професійними спілками, кооперативами, організаціями молоді, культурними товариствами»³. Якщо врахувати, що КП(б)У була керівним ядром, згідно зі ст. 125 Конституції УРСР 1937 р., усіх перелікованих організацій, то неважко зрозуміти, що кандидати в депутати Рад усіх рівнів підбирались виключно партійними органами. Тобто радянське виборче право зовсім виключало будь-яку альтернативність вже на стадії підбору кандидатів у депутати Рад усіх рівнів. Що це був за підбір кандидатів, можна побачити, звернувшись до результатів виборів депутатів Верховної Ради Української РСР першого скликання, які відбулися 26 червня 1938 р. У голосуванні взяло участь 99,6 % від загальної кількості виборців, які одноставно обрали 304 депутати Верховної Ради УРСР. Серед депутатів було 73 % комуністів, 10,9 % членів ВЛКСМ, 16,1 % безпартійних. Депутати за соціальним станом розподілялися таким чином: робітників — 50,3 %, селян — 25,0 %, інтелігенції — 24,7 %. За національним станом депутати розподілялися так: українців — 61,5 %, росіян — 34,5 %, інших національностей — 4 %. 26,6 % від усього складу депутатів становили жінки (81 особа)⁴. Ясно, що такий склад депутатів Верховної Ради УРСР першого скликання попередньо був визначений партапаратом, а в умовах тоталітарного контролю за про-

¹ Съезд Советов Союза Советских Социалистических Республик : Сб. док. 1922–1936 гг. – Т. III. – М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. – С. 243.

² Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. – Х. : Право, 2007. – С. 120.

³ Там само. – С. 122.

⁴ Історія держави і права Української РСР : у 2 т. 1917–1967 рр. – Т. 2. – К. : Наук. думка, 1967. – С. 41.

веденням виборів із боку репресивних державних радянських органів і масового терору в країні 1937–1938 рр. виборцями і обраний. Тобто зразу після прийняття нової Конституції УРСР 1937 р. була запроваджена виборча практика, яка, за визначенням А. А. Стрижака, являла собою «формальну, помпезно-декоративну процедуру обов'язкового засвідчення громадянами лояльного, вірогідданського ставлення до системи»¹. На розходження між конституційними нормами виборчого права і фактичним положенням справ у цій сфері звертав увагу ще у далекому 1939 р. Ф. Ф. Раскольников. У листі від 17 серпня 1939 р. до Сталіна він писав: «Що зробили ви з Конституцією, Сталін? Злякавшись свободи виборів, як «стрибка у невідомість», що загрожувала вашій особистій владі, ви розтоптали Конституцію, як шматок паперу, вибори перетворилися на жалюгідний фарс голосування за єдину кандидатуру»². В умовах створеної Сталіним командно-адміністративної системи конституційні норми про загальне, пряме, рівне виборче право при таємному голосуванні не могли діяти у повному обсязі. Насправді вони були покликані породжувати у світовій спільноті і власного народу ілюзорне уявлення про високий рівень демократизму радянського суспільства. Тим самим створювався фасад, за яким ховався злочинний сталінський тоталітарний режим, котрий приніс багатовідомі і страждання українському народові і всім народам СРСР.

Гончаренко В. Избирательные права граждан по Конституции УССР 1937 р.

В статье анализируется демократическое по форме избирательное право, декларированное Конституцией УССР 1937 г. Обосновывается вывод о невозможности наполнения его реальным содержанием в условиях государства сталинского тоталитарного режима.

Ключевые слова: всеобщее, равное, прямое избирательное право, Конституция УССР 1937 г.

Goncharenko V. Electoral rights of citizens under the Constitution of the USSR 1937

The paper analyzes the democratic by its form rights to vote, declared by the Constitution of the USSR 1937. The article substantiates a conclusion of the impossibility of filling it with real content in a Stalinist totalitarian domination.

Keywords: universal, equal and direct suffrage, the Constitution of the USSR in 1937.

¹ Стрижак А. А. Выборче право в Україні: історія і сучасність / А. А. Стрижак. – К. : Логос, 2012. – С. 133.

² Федор Раскольников о времени и о себе: Воспоминания. Письма. Документы / сост. И. П. Коссарский. – Л., 1989. – С. 542.

УДК 340.15(477):351.746

В. Пилипчук, директор Науково-дослідного інституту інформатики і права НАПрН України, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

Проблеми і напрями дослідження історії суб'єктів сектору безпеки України

Політика національної безпеки, що здійснювалася Україною з моменту здобуття незалежності, ставила за мету утворення на загальновизначених принципах і нормах міжнародного права дієвої системи захисту національних інтересів від зовнішніх і внутрішніх загроз. У результаті вжитих заходів нині в Україні сформована і набуває дальшого розвитку розгорнута система державних і недержавних суб'єктів сектору безпеки¹.

Водночас для України та інших держав світу залишаються актуальними питання щодо того, які виклики і загрози є найбільш небезпечними та потребують подолання в сучасних умовах; як повинна розвиватися система колективної і національної безпеки у XXI ст.; де проходить межа між потребою суспільства і держави у безпеці та правами і свободою людини, за якими принципами має діяти держава в особі її спеціальних служб, правоохоронних органів та військових формувань, як надалі мають розвиватися органи безпеки й розвідки, державна і недержавна складові системи забезпечення національної безпеки України?

¹ Загальноприйнятого юридичного визначення поняття «сектор безпеки» нині не існує. Водночас у більшості європейських країн вважають, що до сектору безпеки у широкому розумінні належать:

1) державні сили безпеки – збройні сили, поліція, прикордонні структури, воєнізовані формування, служби внутрішньої безпеки, розвідувальні та митні органи;

2) органи управління і контролю за структурами сектору безпеки – адміністрація президента чи прем'єр-міністра, консультативні ради з питань безпеки, законодавчі органи та профільні парламентські комітети тощо;

3) органи правосуддя та органи слідства – судова влада, міністерство юстиції, служба виконання покарань тощо;

4) приватні організації сектору безпеки – охоронні підприємства, приватні оборонно-промислові компанії тощо;

5) цивільні організації, які досліджують чи надають консультації з питань безпеки – різного роду громадські організації, аналітичні групи, науково-дослідні інститути, центри, засоби масової інформації тощо.

Пошуку відповідей на вказані та інші проблеми, за нашими оцінками, сприятиме дослідження новітньої історії суб'єктів сектору безпеки України, який розпочав формуватися 20 років тому. Вивчення історії діяльності держави та суспільства в галузі безпеки з погляду дальшого розвитку державних і недержавних суб'єктів сектору безпеки та системи забезпечення національної безпеки, за нашими оцінками, є актуальним напрямом науково-дослідної роботи, а розв'язання цієї проблеми потребує здійснення комплексу наукових досліджень у правовій та інших галузях науки.

У контексті реалізації зазначеного автор ставить за мету на основі розгляду генезису розробки проблем національної і державної безпеки у ХХ — на початку ХХІ ст. визначити актуальні проблеми та пріоритетні напрями наукових досліджень новітньої історії спецслужб та інших суб'єктів сектору безпеки України. До спеціальних служб, з урахуванням стандартів європейських країн та історичного досвіду, вважаємо, слід відносити розвідувальні органи та органи безпеки, які є одними з основних суб'єктів сектору безпеки держави.

Оцінку наукових здобутків у вказаній сфері, на наш погляд, доцільно здійснити крізь призму історіографічного аналізу результатів відповідних досліджень. Із цього приводу насамперед зауважимо, що з урахуванням трансформації державно-правових режимів у ХХ — на початку ХХІ ст. на теренах України діяли такі основні спецслужби:

1) спеціальні служби Російської та Австро-Угорської імперій, що діяли на українських землях на початку ХХ ст.;

2) українські спецслужби періоду національно-визвольних змагань 1917–1920 рр.;

3) радянські надзвичайні органи та органи державної безпеки (1917–1991 рр.);

4) національні спецслужби — розвідувальні органи та органи безпеки України, які мають спеціальні повноваження у сфері оперативно-службової діяльності. Нині до їх числа можна віднести:

– Службу безпеки України (з вересня 1991 до березня 1992 — Служба національної безпеки України);

– Службу зовнішньої розвідки України;

– Головне управління військової розвідки Міністерства оборони України;

– Управління державної охорони України;

– Державну прикордонну службу України та її розвідувальний орган (з 1991 до 2003 — Державний комітет України у справах охорони державного кордону).

Крім спеціальних служб, активну роль у забезпеченні національної безпеки відіграють Збройні Сили та інші військові формування України й низка державних органів, зокрема, МВС України, МНС України, Державна служба спеціального зв'язку і захисту інформації України; Державна митна служба України, Державна податкова служба України та ін.

Усебічний аналіз наявної літератури та інших джерел¹ свідчить, що нині в основному вивчається історія діяльності спецслужб, які функціонували на теренах України у першій половині ХХ ст. Цій проблематиці присвячено роботи В. В. Васильєва, Т. В. Вронської, Д. В. Веденєєва, В. О. Козенюка, Л. Н. Маймескулова, А. М. Піджаренко,

¹ Див.: Ярмыш А. Н. Наблюдать неотступно... Административно-полицейский аппарат царизма и органы политического сыска в Украине в конце XIX – начале XX веков / А. Н. Ярмыш. – К. : Юринформ, 1992. – 186 с.; Він же. Карательный аппарат самодержавия на Украине (1895–1917 гг.) : дис. ... д-ра юрид. наук / А. Н. Ярмыш. – Харьков : Укр. юрид. акад., 1991. – 338 с.; Піджаренко А. М. История и тайны уголовного и политического сыска / А. М. Піджаренко. – К. : Юринформ, 1994. – 399 с.; Чайковский А. С. За законом і над законом. З історії адміністративних органів і поліцейсько-жандармської системи в Україні (IX – початок ХХ ст.) / А. С. Чайковский, М. Г. Щербак. – К. : Україна, 1996. – 269 с.; Маймескулов Л. Н. Всеукраинская чрезвычайная комиссия (1918–1922) / Л. Н. Маймескулов, А. И. Рогожин, В. В. Сташис. – 2-е изд. – Харьков : Основа, 1990. – 344 с.; Васильєв В. В. Создание советской военной контрразведки (октябрь 1917 – февраль 1919 г.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 20.03.02 / В. В. Васильєв ; ВШ КГБ. – М., 1973. – 26 с.; Пилипчук В. Г. Військова контррозвідка: організаційно-правове забезпечення її становлення в УСРР (1917–1922 рр.) : монографія / В. Г. Пилипчук. – К. : НА СБ України. – 2002. – 170 с.; Юрченко О. В. Українсько-російські стосунки після 1917 р. в правовому аспекті / О. В. Юрченко. – Мюнхен : Укр. вільний ун-т, 1971. – 402 с.; Сідак В. С. Контррозвідка останнього гетьмана: Нарис / В. С. Сідак. – К. : ІПК СБ України, 1995. – 50 с.; Сідак В. С. Національні спецслужби в період Української революції 1917–1921 рр. (невідомі сторінки історії) / В. С. Сідак. – К. : Вид. дім «Альтернативи», 1999. – 317 с.; Сідак В. С. Повстансько-партизанський штаб державного центру УНР в еміграції (1921) / В. С. Сідак. – К. : Ін-т СБУ, Ін-т історії України НАН України, 1995. – 66 с.; Сідак В. С. З історії української розвідки та контррозвідки (нариси) / В. С. Сідак, В. С. Степанков. – К. : ІПК СБ України, 1994. – 201 с.; Ченцов В. В. Документи органів державної безпеки як джерело з соціально-політичної історії України в 1921–1925 рр. : автореф. дис. ... канд. іст. наук : 07.00.01 / В. В. Ченцов ; Дніпропетр. держ. ун-т. – Дніпропетровськ, 1992. – 16 с.; Плеханов А. М. Деятельность органов ВЧК–ОГПУ в первой половине 20-х годов (1921–1925) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. М. Плеханов ; ВШ КГБ. – М., 1991. – 54 с.; Позднеев П. Г. Становление и развитие оперативной деятельности органов ВЧК–ГПУ (1917–1926 гг.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П. Г. Позднеев ; ВШ КГБ. – М., 1991. – 26 с.; Остряков С. З. Военные чекисты / С. З. Остряков. – М. : Воениздат, 1979. – 320 с.; Пилипчук В. Г. Державно-правові засади створення Служби безпеки України (1990–1992 рр.) : монографія / В. Г. Пилипчук. – К. : НА СБ України. – 2004. – 176 с.; Він же. Становлення і розвиток СНБ–СБ України: теоретичні та організаційно-правові основи (1991–2004) : монографія / В. Г. Пилипчук. – К. : НКЦ СБ України, 2006. – 496 с.; Він же. Формування теоретико-правових основ забезпечення державної безпеки України (кінець ХХ – початок ХХІ століття) : монографія / В. Г. Пилипчук. – К. : НКЦ СБ України, 2008. – 256 с.

П. Г. Піддубного, П. Г. Позднеева, І. Є. Полікарпенко, А. Й. Рогожина, В. С. Сідака, В. В. Сташиса, В. В. Ченцова, А. С. Чайковського, М. Г. Щербака, О. В. Юрченко, О. Н. Ярмиша та інших науковців. Водночас діяльність радянських органів безпеки на розвідки території України у 50-х — на початку 90-х рр. минулого століття залишається переважно не дослідженою. Указані тенденції є характерними й для інших складових сектору безпеки, що діяли в УРСР.

Аналогічною нині є проблема дослідження новітньої історії суб'єктів сектору безпеки України. Як свідчить аналіз, наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. в Україні переважно досліджувалися окремі проблеми за напрямками діяльності Ради національної безпеки і оборони України, Служби безпеки України та інших державних органів і військових формувань, які забезпечують національну безпеку України. Цим питанням, зокрема, було присвячено роботи В. Ф. Антипенка, В. В. Баліцького, О. Ф. Белова, М. М. Василюки, О. Ю. Звонарьова, І. П. Козаченка, Є. П. Коноплева, С. М. Костюкова, В. Д. Козюри, І. Ф. Коржа, В. П. Куліша, В. В. Крутова, О. В. Литвиненка, А. І. Марущака, Г. В. Новицького, М. Г. Павліченка, В. М. Поваляєва, П. С. Підгайного, В. А. Пентегова, В. Г. Пилипчука, Б. Л. Розвадовського, О. Д. Сафіна, Є. Д. Скулиша, О. П. Савченко, М. П. Стрельбицького, Л. М. Стрельбицької, І. В. Слюсарчука, В. С. Сідака, В. А. Тимошенка, Ю. Г. Телеховського, О. І. Фармагея, К. Г. Фетисенка, В. А. Шимка, В. П. Ярковського, В. А. Яценка та інших вчених¹.

¹ Див.: Василюка М. М. Контрабанда: сутність, виявлення та розслідування : монографія / М. М. Василюка. – К. : Вид-во НА СБ України, 2001. – 116 с.; Крутов В. В. Теоретико-правовые и тактико-специальные проблемы борьбы с терроризмом (опыт системного исследования) : монографія / В. В. Крутов. – К. : Изд-во Академии СБУ, 1998. – 284 с.; Павліченко М. Г. Правова основа організації і діяльності Служби безпеки України : навч. посіб. / М. Г. Павліченко. – К. : Вид-во НА СБ України, 2002. – 198 с.; Розвадовський Б. Л. Виявлення, попередження та припинення організованої нелегальної міграції підрозділами «К» Служби безпеки України : навч. посіб. / Б. Л. Розвадовський, Є. Д. Скулиш, О. Ю. Звонарьов. – К. : Вид-во НА СБ України, 2005. – 137 с.; Скулиш Є. Д. Організована злочинна діяльність: поняття, генезис, заходи протидії : монографія / Є. Д. Скулиш. – К. : Вид-во НА СБ України, 2005. – 254 с.; Стрельбицька Л. М. Незаконні операції в кредитно-банківській сфері України : монографія / Л. М. Стрельбицька. – К. : Вид-во НА СБ України, 2001. – 165 с.; Тимошенко В. А. Реалізація норм інституту звільнення від кримінальної відповідальності у сфері протидії органів СБ України організований злочинній діяльності : монографія / В. А. Тимошенко, В. А. Пентегов, К. Г. Фетисенко. – К. : Вид-во НА СБ України, 2006. – 202 с.; Фетисенко К. Г. Організована злочинність: кримінологічні та кримінально-правові проблеми : монографія / К. Г. Фетисенко, Г. В. Новицький. – К. : Вид-во Академії СБУ, 1999. – 156 с. тощо.

На відміну від зазначеного, активне дослідження теоретичних і правових основ забезпечення державної безпеки, яка за радянських часів отожднювалася з національною безпекою, розпочалося з другої половини ХХ ст. Слід зауважити, що термін «державна безпека» вперше на теренах України згадується ще за часів Російської імперії у Положенні про заходи щодо охорони державного порядку та громадського спокою, прийнятому 14 серпня 1881 р. При цьому він сприймався як рівнопорядковий із терміном «суспільна безпека»¹.

Наукові дослідження теоретико-правових основ забезпечення державної безпеки у цей період переважно здійснювалися вченими органів безпеки та окремими юристами. До числа перших наукових робіт періоду 50–80-х років минулого століття, у яких розглядалися загально-теоретичні питання забезпечення державної безпеки, доцільно віднести праці І. Розанова, Є. Пескова, В. Єрошина, М. Карпушина, В. Колдаєва. Значну увагу вказаній проблематиці також приділяли Ю. Долгополов, Ю. Булигін, П. Дмитрієв, Е. Борисоглібський, М. Третьяков, В. Струнников, А. Лунов, Н. Крупський, В. Масленіков, Б. Щетинін, А. Сухарєв, С. Корнаков, В. Єрьомін, А. Сидоренко, В. Холопов, Ю. Коршунов, Ю. Авдєєв, А. Ніколаєв, В. Трофимов, В. Комков, В. Мунтян, С. Дьяков та інші науковці.

Досить цікавою і системною, на наш погляд, є робота В. Рубанова «Демократія і безпека держави», в якій піднято проблеми безпеки держави й національної безпеки в контексті розбудови демократичного суспільства².

Щодо розробки проблем забезпечення державної безпеки заслуговують на увагу висновки, зроблені С. Дьяковим ще 1989 р., а саме:

- 1) необхідно продовжити узагальнення наукової літератури, присвяченої питанням теорії забезпечення державної безпеки;
- 2) при дослідженні проблем держбезпеки слід урахувувати і аналізувати джерела загроз, не обмежуючи їх лише іноземними спецслужбами;
- 3) підхід до розробки теорії забезпечення державної безпеки має бути багатоаспектним, не варто забувати правові, державознавчі та інші аспекти. Дослідження необхідно здійснювати у широкому контексті явищ і процесів у політичній та іншій сферах життя суспільства;

¹ Экономическая и национальная безопасность : учебник / под ред. Е. А. Олейникова. – М. : Экзамен, 2005. – 768 с.

² Рубанов В. Демократія і безпека держави / В. Рубанов // Комуніст. – 1989. – № 11. – С. 43–55.

4) розвиток науки (у сфері державної безпеки) має здійснюватись за двома основними напрямами:

– вивчення закономірностей, властивих лише діяльності органів державної безпеки;

– асоціативне використання даних фундаментальних наук відповідно до завдань забезпечення державної безпеки, що сприятиме фундаменталізації всієї науки у цій сфері, спеціальних дисциплін та частковому подоланню її замкнутості;

5) перед наукою стоїть завдання адекватно висвітлювати зміни, що відбуваються, і опрацювати шляхи удосконалення забезпечення державної безпеки;

6) потребує всебічного опрацювання проблема правового регулювання забезпечення державної безпеки, питання ролі й місця органів безпеки та їх компетенції. Наука має розробити чітку систему комплексного правового захисту державної безпеки, використовуючи для цього можливості всіх галузей права.

На нашу думку, зазначені висновки є досить глибокими і спрямованими у майбутнє — майже все зазначене залишається актуальним і нині та стосується усіх суб'єктів сектору безпеки, а принцип розвитку законодавства у вказаній сфері відповідає одному із ключових положень рекомендації Парламентської асамблеї Ради Європи № 1402 (1999 р.) щодо правового врегулювання діяльності служб внутрішньої безпеки.

Водночас, незважаючи на значну за обсягами роботу, станом на кінець минулого століття були визначені лише основні теоретичні підходи й наукові завдання, а теорія забезпечення державної безпеки так і не була розроблена. Аналогічного висновку дійшли й В. Картавцев та С. Гордієнко¹, які ще 1997 р. вказували на недостатню розробленість теоретичних засад забезпечення державної безпеки України. Загалом, теоретико-правові дослідження в галузі безпеки, на наш погляд, умовно можна розділити на два історичних періоди:

1) дослідження проблем теорії і правового регулювання діяльності радянських органів державної безпеки (*до 1991 р.*);

2) теоретико-правові дослідження у цій сфері періоду розбудови суверенної України (*починаючи з 1991 р.*).

¹ Картавцев В. С. До питання про концептуальні засади діяльності Служби безпеки України / В. С. Картавцев, С. Г. Гордієнко // Наук. вісн. Акад. СБ України. – 1997. – № 5. – С. 5–10.

Із цього приводу звернемо увагу, що зі здобуттям Україною незалежності основну увагу науковці почали приділяти розробці теоретико-правових основ національної безпеки. Зокрема, цій проблематиці були присвячені роботи О. Белова, О. Бодрука, О. Білоруса, І. Валько, О. Валевського, О. Данильяна, О. Дзьобаня, М. Гончара, О. Гончаренка, В. Горбуліна, С. Гордієнко, В. Гошовської, С. Єрохіна, В. Ємельянова, В. Картавцева, В. Козенюка, В. Коноха, І. Коржа, Е. Лисицина, О. Маначинського, Є. Марчука, В. Мунтіяна, М. Мельника, В. Настюка, О. Новикова, Н. Нижника, М. Ожевана, М. Панова, С. Пирожкова, В. Погорілка, В. Сідака, М. Стрельбицького, Г. Ситника, Т. Стародуба, С. Сьоміна, В. Тихого, М. Хавронюка, С. Федуняка, А. Щуровського, В. Ященко та інших вчених¹.

Тільки на початку ХХІ ст. розпочалося комплексне наукове опрацювання актуальних проблем забезпечення національної безпеки (*зокрема, у зовнішньополітичній сфері, у сфері державної, інформаційної та воєнної безпеки, безпеки державного кордону, в економічній, енергетичній та екологічній сферах тощо*), а також реформування і подальшого розвитку системи органів безпеки та розвідувальних

¹ Див.: Белов О. Ф. До питання про політико-правові моделі забезпечення національної безпеки України / О. Ф. Белов // Державна безпека України. – 2004. – № 1(1). – С. 7–14; Білорус О. Г. Глобалізація і національна стратегія / О. Г. Білорус. – К.: ВО «Батьківщина», 2001. – 300 с.; Данильян О. Г. Національна безпека України: структура та напрями реалізації: навч. посіб. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, М. І. Панов. – Х., 2002. – 285 с.; Дзьобань О. П. Інформаційне насилля та безпека: світоглядно-правові аспекти: монографія / О. П. Дзьобань, В. Г. Пилипчук; за заг. ред. проф. В. Г. Пилипчука. – Х.: Майдан, 2011. – 244 с.; Дмитренко М. А. Суспільні трансформації та політичні аспекти загроз національній безпеці України: монографія / М. А. Дмитренко. – К.: НКЦ СБ України, 2005. – 348 с.; Конох В. К. Забезпечення інформаційної безпеки держави як складової системи національної безпеки (приклад США): автореф. дис. ... канд. політ. наук / В. К. Конох; Нац. ін-т стратег. дослідж. – К., 2005; Косевцов В. О. Національна безпека України: теорія, реальність, прогноз / В. О. Косевцов // ЦМБСС. – К., 2000; Марченко Ю. С. Антитерористична діяльність як складова національної безпеки: автореф. дис. ... канд. політичних наук / Ю. С. Марченко. – К., 2005; Нижник Н. Р. Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку): навч. посіб. / Н. Р. Нижник, Г. П. Ситник, В. Т. Білоус; за заг. ред. П. В. Мельника, Н. Р. Нижника. – Ірпінь, 2000; Панов М. Безпека як фундаментальна категорія в методології правознавства (до постановки проблеми) / М. Панов, В. Тихий // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2001. – № 3 (22). – С. 10–16; Почепцов Г. Г. Національна безпека країн перехідного періоду: навч. посіб. / Г. Г. Почепцов. – К.: ІЗМН, 1996. – 136 с.; Пилипчук В. Г. Система і компетенція державних органів зі спеціальним статусом у сфері національної безпеки України: монографія / В. Г. Пилипчук. – Х.: Право, 2009. – 200 с.; Онищенко О. С. Актуальні питання національної і державної безпеки (дайджест наукових оцінок, ідей, рекомендацій) / О. С. Онищенко, В. М. Горовий, В. Г. Пилипчук та ін. – К.: НКЦ СБ України, 2006. – Вип. 1. – 433 с.

органів України. Із цією метою Службою безпеки України у взаємодії з Апаратом РНБО України та іншими суб'єктами сектору безпеки, НАН України і НАПрН України було вжито низку науково-організаційних заходів, спрямованих на реалізацію вказаного завдання.

Зокрема, у 2004–2012 рр. за участю представників Адміністрації Президента України, Верховної Ради України, РНБО України, інших державних органів, НАН України і НАПрН України, експертів країн — членів ЄС, СНД, ОБСЄ і НАТО було проведено низку міжнародних, загальнодержавних та міжвідомчих науково-практичних конференцій, семінарів, круглих столів та експертних зустрічей¹. У ході цих заходів розглянуто актуальні проблеми розвитку законодавства та суб'єктів сектору безпеки України в контексті реформування правоохоронних органів та побудови демократичного суспільства, опрацьовано проблеми боротьби з тероризмом, кіберзлочинністю, організованою злочинністю та корупцією, управління ресурсами сектору безпеки, розглянуто відповідний історичний та досвід іноземних країн.

У цей період активну участь в організації та здійсненні комплексного наукового опрацювання проблем міжнародної, національної і державної безпеки брали Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України, Національний інститут міжнародної безпеки та Інститут проблем національної безпеки при РНБО України, Інститут дослідження проблем державної безпеки СБ України, Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, Науково-дослідний інститут інформатики і права НАПрН України, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» та інші заклади й установи.

¹ У вказаний період, зокрема, проводились **міжнародні експертні зустрічі** з питань: «Визначення пріоритетів у сфері безпеки і оборони України» (Київ, 2005 р.), «Національне бюро розслідувань: орган боротьби з корупцією та організованою злочинністю чи політичний інструмент?» (Київ, 2005 р.); **міжнародні «круглі столи»** з питань: «Реформування системи правоохоронних органів України та міжнародний досвід трансформації поліції в країнах Центральної і Східної Європи» (Київ, 2005 р.); «Цивільний демократичний контроль сектору розвідки» (Київ, 2005 р.), «Управління ресурсами сектору безпеки» (Київ, 2008, 2009 рр.) тощо; **міжнародні конференції** на тему: «Реформування сектору безпеки України: отриманий досвід» (Київ, 2006 р.); «Огляд сектору безпеки і оборони України» (Київ, 2006 р.); «Актуальні проблеми імплементації політики національної безпеки України в сучасних умовах» (Київ, 2007 р.), I – V міжнародні конференції «Роль спецслужб у захисті демократичних цінностей і прав людини» (Київ, 2008, 2009, 2010, 2012 рр., Харків, 2011 р.) та ін.

Лише останніми роками розпочалося комплексне дослідження актуальних проблем становлення і правового регулювання діяльності недержавних суб'єктів сектору безпеки. Цій проблематиці присвятили свої роботи низка експертів і вчених, зокрема: Г. А. Андрощук, О. А. Бандура, Ю. В. Василенко, О. С. Гаврилов, А. І. Дічек, П. М. Клименко, Г. В. Козаченко, О. М. Кондратов, П. П. Крайнев, В. В. Крутов, С. Г. Лаптев, І. І. Лукінов, О. М. Ляшенко, Є. І. Низенко, В. П. Пономарьов, І. Я. Пригунов, І. І. Самборський, С. М. Смирнова, Н. Б. Тумар, Д. А. Файер, В. В. Шликов, В. М. Щербина, А. А. Чернявський.

Суттєвим кроком у формуванні недержавної безпеки є Указ Президента України № 389/2012 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 8 червня 2012 року “Про нову редакцію Стратегії національної безпеки України”», де вперше в історії України зазначено, що серед ключових завдань політики національної безпеки у внутрішній сфері стоїть *сприяння розвитку недержавної системи безпеки та законодавче забезпечення її діяльності*.

Про актуальність зазначеної проблеми свідчать і результати обговорення Аналітичної доповіді «Становлення і розвиток недержавних суб'єктів сектору безпеки України (система безпеки підприємництва)»¹ у ході круглого столу, який відбувся у листопаді 2011 р. у Національному інституті стратегічних досліджень за участю Українського союзу промисловців та підприємців і НАПрН України, а також проведеного у червні 2012 р. круглого столу «Суспільно-правові проблеми формування і розвитку недержавних суб'єктів сектору безпеки України», організованого у м. Харкові за ініціативою УСПП, НАПрН України і Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», за участю народних депутатів України, представників державних органів, громадських організацій, державних і недержавних суб'єктів сектору безпеки, наукових установ і навчальних закладів, інформаційних агенцій, підприємств та організацій, які надають послуги у сфері безпеки. Учасники цих заходів, зокрема, констатували необхідність формування і розвитку в Україні недержавної системи безпеки як складової громадянського суспільства, системи забезпечення національної безпеки і небюджетної резервної правоохоронної системи.

¹ Крутов В. В. Становлення і розвиток недержавних суб'єктів сектору безпеки України (система безпеки підприємства) : аналіт. допов. / В. В. Крутов, В. Г. Пилипчук ; за ред. О. О. Котелянець. – К. : НІСД, 2011. – 108 с.

Оцінюючи загалом стан вивчення історії спецслужб та інших суб'єктів сектору безпеки, які діяли на території України у ХХ — на початку ХХІ ст., звернемо увагу на наявність таких наукових проблем:

1) історія діяльності радянських спецслужб в Україні протягом другої половини минулого століття, вважаємо, залишається переважно не дослідженою, внаслідок чого також є недостатньо вивченими трансформаційні зміни в радянському секторі безпеки наприкінці 1980-х — на початку 1990-х рр., а також політичні й правові передумови розбудови спецслужб незалежної України;

2) окремого дослідження, за нашими оцінками, потребує діяльність спецслужб іноземних окупаційних режимів, що діяли на території України у першій половині ХХ ст., а також ставлення до них місцевого населення. Зазначена проблема, вважаємо, може бути актуальною з огляду на розвиток міжнародного військового співробітництва та участі українських військових контингентів у миротворчих операціях за кордоном;

3) недостатнє дослідження новітньої історії спецслужб та інших суб'єктів сектору безпеки України, зокрема, їх становлення, розвитку і правового забезпечення, не сприяє всебічній науковій оцінці наявних здобутків і прорахунків та розробці пропозицій щодо подальшого розвитку системи забезпечення національної безпеки у контексті реформування сектору безпеки і євроінтеграції України;

4) актуальною в контексті рекомендацій Парламентської асамблеї Ради Європи і стандартів європейських країн є проблема правового забезпечення організації та діяльності розвідувальних органів, служб внутрішньої безпеки та правоохоронних органів.

Системний розгляд генезису розробки проблем національної і державної безпеки у ХХ — на початку ХХІ ст., за нашими оцінками, дає змогу виокремити такі **пріоритетні напрями** дослідження новітньої історії спеціальних служб та інших суб'єктів сектору безпеки України:

1) становлення теоретичних та політико-правових основ забезпечення міжнародної і національної безпеки, насамперед у сфері державної, інформаційної та воєнної безпеки, безпеки державного кордону, економічної, енергетичної та екологічної безпеки;

2) історія формування й розвитку міжнародного права і національного законодавства у сфері міжнародної і національної безпеки, ді-

яльності спеціальних служб, правоохоронних органів та інших державних і недержавних суб'єктів сектору безпеки;

3) становлення системи державного управління та координації діяльності суб'єктів сектору безпеки (організації інформаційно-аналітичного забезпечення, прийняття управлінських рішень, стратегічного планування, контролю виконання тощо);

4) проблеми створення, реформування і розвитку спеціальних служб, правоохоронних органів та інших державних суб'єктів сектору безпеки України;

5) історія формування і проблеми розвитку недержавної системи безпеки в Україні й за кордоном та правового забезпечення її діяльності;

6) історичний досвід організації і здійснення розвідувальної, контррозвідувальної, оперативно-розшукової, оперативно-бойової та слідчої діяльності, охорони державної таємниці, технічного захисту інформації та інших видів діяльності суб'єктів сектору безпеки;

7) проблеми формування і розвитку системи кадрового забезпечення суб'єктів сектору безпеки та соціального захисту їх співробітників і працівників;

8) економіко-правові проблеми становлення і розвитку ресурсно-го забезпечення діяльності суб'єктів сектору безпеки в Україні й за кордоном;

9) становлення і правове забезпечення системи демократичного контролю за діяльністю суб'єктів сектору безпеки, формування і розвитку зв'язків із громадськістю.

Дослідження вказаної проблематики в галузі правових наук, вважаємо, можуть здійснювати профільні наукові установи і навчальні заклади України за умови дальшого розвитку й посилення координуючої ролі Секції державно-правових проблем національної безпеки Відділення державно-правових наук та міжнародного права НАПрН України. Можливим видається й опрацювання питання щодо створення Координаційного бюро з правових проблем національної безпеки НАПрН України.

Наведені пропозиції не є виключними та «істиною в останній інстанції», а запрошенням до подальшої наукової дискусії. Вони не знімають необхідності дослідження історичного досвіду організації та діяльності суб'єктів сектору безпеки, що діяли на теренах України в інші історичні періоди. Водночас, за нашими оцінками, комплексне наукове опрацювання новітньої історії суб'єктів сектору безпеки, зо-

крема розвідувальних органів та органів безпеки України (кінець ХХ — початок ХХІ ст.), сприятиме пошуку, узагальненню та вивченню сучасного історичного досвіду, всебічній оцінці наявних здобутків і прорахунків та розробці пропозицій щодо подальшого розвитку державних і недержавних суб'єктів сектору безпеки та системи забезпечення національної безпеки України.

Пилипчук В. Проблемы и направления исследования истории субъектов сектора безопасности Украины

В статье рассмотрен генезис научной разработки проблем национальной и государственной безопасности в ХХ — начале ХХІ в., в частности, общей истории, теории национальной и государственной безопасности, организации и деятельности национальных спецслужб (разведывательных органов и органов безопасности) и других субъектов сектора безопасности Украины, а также определены приоритетные направления исследования их новейшей истории (конец ХХ — начало ХХІ в.) в контексте становления и развития системы обеспечения национальной безопасности Украины.

Ключевые слова: национальная безопасность, государственная безопасность, спецслужбы, субъекты сектора безопасности, приоритеты исследований, новейшая история, правовая наука.

Pilipchuk V. Problems and directions for research into the history of subjects of Ukraine security

The paper considers the genesis of scientific development of problems of national and state security in the ХХ — beginning of ХХІ century, in particular, a common history, theories of national and public security, organization and activities of the national intelligence services (intelligence services and security bodies) and other subjects of the security sector of Ukraine, and identified priority areas for research of their recent history (the end of ХХ — beginning of ХХІ century) in the context of the emergence and development of the national security of Ukraine.

Keywords: national security, public safety, security services, of the security sector subjects, the priorities for research, contemporary history, legal science.

УДК 340.12(477)

Б. Андрусишин, доктор історичних наук, професор, проректор з навчально-методичної роботи гуманітарних інститутів Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова, заслужений діяч науки і техніки України

Юридичні та фактичні підстави незалежності Української держави

Час у понад двадцять років державної незалежності України примушує нас озирнутися назад, спробувати осмислити і пройдений шлях, і запал «реформізму» та розібратися у причинах перемог і поразок, у механізмах, які ведуть до внутрішнього протистояння і не дають можливості для поступального динамічного руху українського суспільства вперед. На ці та багато інших важливих питань державотворення, на які чекає українське суспільство, на наш погляд, не можна знайти відповіді, не звернувшись до глибинних первнів, які лягли (чи могли лягти) в основу підвалин новітньої Української держави як у внутрішньому, так і у міжнародно-правовому вимірах. Одним із найважливіших питань у зазначеному контексті є проблема спадкоємності української державності.

24 серпня 1991 р. Верховна Рада УРСР проголосила Україну незалежною державою («за» — 346, «проти» — 1). У своїй статті, підготовленій до 20-річчя незалежності України, академік Ю. С. Шемшученко пише: «На шляху розвитку національного державотворення і правотворення були як успіхи, так і невдачі. Утім незаперечним є те, що Україна за роки незалежності стабілізувалася як суверенна держава, з якою рахуються і яку поважають у всьому світі. Біографія України як незалежної держави офіційно розпочалася з Акта проголошення незалежності України (24 серпня 1991 р.). Але передумови для цього заклалися всією історією боротьби українського народу за свої права і вольності. Не раз здавалося, що ця боротьба принесе довгоочікуваний успіх. Проте в силу суспільно-політичних зовнішніх причин і внутрішніх суперечностей питання незалежності повсякчас зависало у повітрі»¹.

¹ Шемшученко Ю. С. 20 років пошуків і сподівань / Ю. С. Шемшученко // Держава і право суверенної України: проблеми теорії і практики : матеріали наук. конф. до 20-ї річниці незалежності України (Київ, 21 черв. 2011 р.). – К. : Юрид. думка, 2011. – С. 3.

Не можна не погодитися також і з академіком В. М. Литвином, що проголошення Україною Акта незалежності — подія не одного дня, а завершення історично тривалого періоду боротьби українського народу за цю незалежність між старим і новим життям нашої держави, але та межа утворюється досить складно, інколи з відкатами назад, зі стихійними пошуками своєї дороги¹.

У цьому зв'язку принагідно звернутися до державотворчих кроків України у перші місяці та навіть тижні своєї незалежності. Так, 12 вересня 1991 р., тобто майже за два з половиною місяця до Всеукраїнського референдуму 1 грудня, Верховна Рада України прийняла Закон № 1543-ХІІ «Про правонаступництво України». У Законі Верховна Рада України проголошувалася найвищим органом державної влади України, а Конституція УРСР як Основний Закон залишалася чинною до ухвалення нової Конституції України. На території України продовжували діяти закони та інші акти УРСР, якщо вони не суперечили законам України, ухваленим після проголошення незалежності. Продовжували свою роботу органи державної влади і управління, прокуратура, суди та арбітражні суди. Кордон СРСР, що відмежовував територію України від інших держав, та кордон між Українською РСР і Білоруською РСР, РРФСР, Республікою Молдовою станом на 16 липня 1990 р. став державним кордоном України. Україна підтверджувала свої зобов'язання за міжнародними договорами УРСР і ставала правонаступником міжнародних прав і обов'язків Союзу РСР, за договорами, укладеними до 1 липня 1991 р., Україна також надала громадянство всім громадянам Союзу РСР, які проживали на її території на момент проголошення незалежності, і гарантувала кожному громадянину забезпечувати права людини незалежно від національності та інших ознак відповідно до міжнародно-правових актів про права людини². 1 грудня 1991 р. на Всеукраїнському референдумі 90,32 % його учасників, а це 28 мільйонів 804 тисячі 71 особа, підтримали Акт проголошення незалежності України.

Відразу ж після демократичного здійснення внутрішньої легітимації незалежності України на референдумі почалась її легітимація ззов-

¹ Литвин В. М. Методологічні аспекти історичного пізнання в дослідженні Української держави і права періоду незалежності / В. М. Литвин // Держава і право суверенної України: проблеми теорії і практики : матеріали наук. конф. до 20-ї річниці незалежності України (Київ, 21 черв. 2011 р). – К. : Юрид. думка, 2011. – С. 11.

² Голос України. – 1991. – 24 верес.

ні. Протягом першого року самостійності Україну визнало більш як 130 держав. Дипломатичні відносини було встановлено в повному обсязі зі 110 з них, а 40 країн відкрили свої представництва в Києві. Нині в Україні представлені дипломатичними представниками 123 іноземні держави, зокрема 73 — послами у ранзі Надзвичайних і Повноважних, які мають свої резиденції у Києві, і 59 — представляють свої уряди в Україні за сумісництвом...¹

8 грудня 1991 р. у Біловезькій Пущі біля Мінська була підписана угода між Росією, Україною та Білоруссю як державами — засновницями СРСР про створення Співдружності Незалежних Держав (СНД). В угоді було констатоване припинення існування СРСР як геополітичної реальності та проголошено створення СНД. Незважаючи на це, у сучасній українській науці міжнародного права, мабуть, дискусійним є питання про те, коли виникла Україна як суб'єкт міжнародного права. Це, здавалося б, на перший погляд, досить просте питання викликає багато емоцій залежно від того, яку політичну чи ідеологічну позицію займає той чи інший автор.

Одні вважають початком української державності 24 серпня 1991 р., тобто момент проголошення Акта про незалежність України, інші, і серед них Президент України Л. Д. Кучма, наголошували, що правильніше було б день нашої незалежності святкувати не 24 серпня, а 1 грудня. Як про точку відліку української державності говорили і про 22 січня 1918 р. — день проголошення незалежності Української Народної Республіки. Цей день символічний удвічі тому, що рік згодом було проголошено об'єднання Української Народної Республіки і Західноукраїнської Народної Республіки. «Ця дата нагадувала би нам, що не Сталін з'єднав нас в одну державу (та ще й, як натякають деякі, штучно), що українці одного разу, хоч і ненадовго, але зробили це своєю волею і своїм героїчним зусиллям. Цей день, день Злуки, з меншим обґрунтуванням можна б назвати днем України»².

Водночас частина українських націоналістів вбачає початок України як держави в «Акті проголошення відновлення Української держави» від 30 червня 1941 р., називаючи дороговказом і орієнтиром українського народу в його новітній історії «...22-й січень 1918/19 рр. У цій

¹ Див.: Пізнаємо Україну 20 років Генеральній дирекції з обслуговування іноземних представників : наук.-поп. нарис / Б. Гуменюк, В. Денисенко, О. Кийков, В. Туркєвич. – К., 2012. – С. 22.

² Кучма Л. Д. Україна – не Росія / Л. Д. Кучма. – М. : Время, 2003. – С. 433–434.

даті український народ бачить у змістовленні свого національного державного ідеалу»¹.

Суперечність закладено вже в тому, що проголошена 24 серпня 1991 р. незалежна Українська держава у формально-правовому значенні, на думку ряду юристів-міжнародників, вже була суб'єктом міжнародного права і державою, як член ООН, згідно зі Статутом якої членом цієї організації можуть бути лише держави. Проте входження УРСР до складу ООН аж ніяк не розмивало унітарної природи Союзу РСР. Це розуміли представники українського самостійницького руху, один з очільників якого 2 травня 1945 р. звернувся до керівника конференції у Сан-Франциско з нагоди утворення ООН, в якому заявив про неправомірність представника радянського уряду України виступати від імені всього народу, оскільки останній є уярмленим режимом. Це була пропагандистська акція самостійників, яка мала на меті привернути увагу світової спільноти до боротьби українського народу за самостійну державу².

Зрозуміло, що на рішення надати членство в ООН Україні вплинули важливі політичні чинники того історичного періоду, однак не можна ігнорувати і те, що членство України в ООН стало своєрідною даниною і визнанням із боку світового співтовариства того колосального внеску, який зробив український народ для порятунку світу від німецького фашизму.

Серед науковців існує тенденція розглядати українську державність і право останніх 20-ти років у відриві або без наступництва з радянською державністю України. Як результат — важко пояснити, чому вважаємо, що незалежній Українській державі всього лише 20 років, але чому стоїть наш підпис під Статутом ООН?

Очевидно, можна говорити про обсяг міжнародної правосуб'єктності України у радянський період, але позбавляти її державності взагалі — це вкрай ненауковий підхід.

Для того щоб розібратися в питанні щодо моменту виникнення Української держави, слід повернутися в той історичний період, коли припинила існування Російська імперія та на її території виникла низка утворень, що претендували на статус «держави». Якщо ми погля-

¹ Стецько Ярослава. 30 червня 1941. Проголошення відновлення державності України / Ярослава Стецько. – Торонто – Онтаріо – Нью-Йорк ; Лондон, 1967. – 464 с.

² Шайкан В. О. Ідеологічна боротьба в Україні періоду Другої світової війни 1939–1945 рр. : автореф. дис. ... д-ра іст. наук : 07.00.01 / В. О. Шайкан; Переяслав-Хмельницьк. держ. пед. ун-т ім. Г. Сковороди. – Переяслав-Хмельницький, 2011. – С. 29.

немо на територію України, то зазначимо, що в той період було кілька центрів влади (урядів), кожний з яких вважав себе урядом України загалом. Зокрема, це була Центральна Рада, уряд УНР у Києві та пробільшовицький уряд у Харкові. Обидва уряди вважали себе єдиною легітимною владою на території України. Питання полягає в тому, щоб визначити, який саме з цих урядів був із погляду міжнародного права легітимним, а отже, чию із зазначених урядових версій виникнення Української держави слід взяти за основу.

Стверджувати те, що Україна як суб'єкт міжнародного права виникає 12 (25) грудня 1917 р. після того, як I Всеукраїнський з'їзд Рад¹ оголосив Україну республікою рад, як мінімум, некоректно. По-перше, тому що на 12 грудня більшовики не контролювали і не здійснювали ефективного керівництва більшістю території України. По-друге, переважна частина населення тогочасної України не підтримувала українського радянського уряду, який за аналогією з Генеральним секретаріатом називався Народним секретаріатом, а проголошена більшовиками держава своєю назвою обрала також — УНР і лише згодом почала називатися УСРР, яка легітимізувалася методами репресій, шляхом масового терору та нав'язуванням державної ідеології.

Про підтримку політичної платформи УНР і більшовицької форми влади в Україні наприкінці 1917 на початку 1918 р. свідчать вибори до Всеросійських установчих зборів, де блок партій та політичних сил Центральної Ради здобув визначну перемогу: 77 % голосів здобули українські соціал-демократи і есери, а більшовики — 10 %, тобто у 2,5 разу менше, ніж загалом по Росії (24 %), а також результати до Всеукраїнських установчих зборів, де списки українських партій отримали 69,76 % голосів, а 19,18 % (за їхніми даними — 17,7 %) більшовики. Установчі Збори були спробою утворити українську державність парламентарським шляхом. Через зайняття Києва більшовиками Українські Установчі Збори не були скликані. Ідея Українських Установчих Зборів була відновлена у формі Українського сейму (доби Гетьманату) та Трудового конгресу (доба Директорії УНР)².

Джерела легітимності певної влади визначають специфіку набуття легітимності політичної влади для кожної конкретної країни, формуючи при цьому її національну модель. «Легітимність, — зазначає по-

¹ Див.: Королівський С. Перший з'їзд Рад України / С. Королівський ; Держ. вид-во політ. л-ри УРСР. – К., 1957. – С. 63, 71.

² Андрусішин Б. Установчі збори / Б. Андрусішин // Політична енциклопедія. – К., 2012. – С. 740–741.

літолог Є. Г. Цокур, — це та нерозривна складова, віртуальний ресурс, який дозволяє особистості поступатися своїми правами та свободами на користь суспільних інтересів та державно-політичних пріоритетів. Певною мірою легітимність — це віра в надзвичайні здібності та бажану ефективність роботи владних структур, викликана бажанням покращення власного життя, досягнення суспільного прогресу, романтизація влади, вчинки, події і т. д. Цей ресурс може бути як безмежним, так і вичерпним. Від ефективності дій владно-політичних структур та лідерів залежать його рівень, дієвість, можливість і тривалість використання легітимного потенціалу суспільства»¹.

Питання легітимації радянської влади в Україні, що закріпилася у боротьбі з українськими національними урядами в добу Національно-демократичної революції 1917–1921 рр., належить до неоднозначних і дискусійних проблем історії держави і права України ХХ ст. і вимагають переосмислення з нових позицій. Як відомо, УНР впала внаслідок військової поразки від більш як мільйонної Червоної армії. Але утримувати Україну тільки силою було неможливо. Щоб зняти присмак окупаційності радянської влади, Російська комуністична партія (більшовиків) та їх українська філія — КП(б)У, — пише дослідник названих процесів Н. О. Дмитрасевич, — мали переконати український народ у тому, що радянська влада є його владою. Задля цього більшовики визнали проголошену 6 січня 1919 р. УСРР формально незалежною державою з власними владними структурами та «самостійною» зовнішньою політикою².

Визнання сучасною Українською державою своєї спадкоємності від УНР наводить на цікаві роздуми не лише щодо легітимності публічної влади, підпорядкування населення, а й з приводу кордонів та українських етнічних територій. Сучасна Україна, як підкреслює відомий український філософ В. П. Андрущенко, має досить чітко визначені кордони й до жодного із сусідів не висуває територіальних претензій. Водночас учений пише про незаперечний історичний факт, що в повоєнні роки до складу України не увійшли всі українські етнічні землі, і наводить дані Ф. Д. Заставного про те, що у Польщі залишилось

¹ Цокур Є. Г. Джерела легітимності політичної влади в контексті взаємодії держави та громадянського суспільства : автореф. дис. ... д-ра політ. наук / Є. Г. Цокур. – К., 2012. – С. 14–15.

² Дмитрасевич Н. О. Внутрішній та міжнародний аспекти легітимації радянської влади в Україні в 1917–1922 рр. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. О. Дмитрасевич ; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. – К., 2011. – С. 1.

19,5 тис. км²; у колишній Чехословаччині — 26 тис. км²; у Румунії — 1,7 тис. км. Поза межами України опинились не включені до її складу південні землі Брянської, Орловської, Воронізької та Курської області, де в 20-х роках переважали українці (43,9 тис. км², 2,4 млн чол. у 1926 р.), Східна Донщина (західна частина Ростовської обл. 23,8 тис. км², 0,9 млн чол.), частина Ростовщини й Кубані (46,6 тис. км², 1,9 млн чол.) та інші, з переважанням українського населення. Чекає свого уточнення на етнічних засадах кордон між Україною і Білорусією¹.

Цікаво, що для зовнішнього вжитку українська радянська державність являла собою конституційний режим безпосередньої демократії. Суверенним носієм влади проголошувалися пролетарські маси, які утворювали ради. Насправді ж за фасадом влади рад приховувалася диктатура більшовицької партії².

Після проголошення СРСР 30 грудня 1922 р. і входження до його складу УСРР, остання з формально-юридичної точки зору не припинила своєї правосуб'єктності, оскільки радянська Україна зберегла в Союзній державі свій суверенітет, отримавши навіть конституційне право на вихід із СРСР (у боротьбі за практичну реалізацію цього права, до речі, український правозахисник, юрист Л. Г. Лук'яненко був засуджений до смертної кари). Отже, з формально-юридичного погляду Україна навіть за часів СРСР була суверенною державою, що створило необхідні юридичні передумови для реального суверенітету і проголошення у конституційний спосіб, за словами Л. М. Кравчука, реальної державності України, коли така історична можливість виникла у 1991 р., і новостворена держава стала повноправним суб'єктом міжнародного права.

До речі, західна доктрина міжнародного права також визнавала міжнародну правосуб'єктність України в рамках такої специфічної федерації, як СРСР. Водночас такий підхід не сприймався тими державними силами, які вважали себе справжніми легітимними спадкоємцями української державності до її військової поразки на початку 20-х років ХХ ст., перш за все ДЦ УНР та інші самостійницькі сили.

¹ Див.: Андрущенко В. П. Організоване суспільство. Проблема організації та суспільної самоорганізації в період радикальних трансформацій в Україні на рубежі століть: Досвід соціально-філософського аналізу / В. П. Андрущенко. – К.: ТОВ «Атлант Юемсі», 2005. – 498 с. – С. 73.

² Дмитрасевич Н. О. Внутрішній та міжнародний аспекти легітимації радянської влади в Україні в 1917–1922 рр. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. О. Дмитрасевич ; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. – К., 2011. – С. 14.

Покинувши землі України наприкінці 1920 р., Голова Директорії УНР і її Уряд «прийняли на перший погляд непосильне завдання — продовжити всіма доступними їм засобами дію за повернення Україні державної незалежності. Вони ніколи не визнали зобов'язуючими для українського народу ані насильне включення України в склад СРСР в 1922 році, ані диктату держав-переможниць Першої світової війни, які потвердили включення українських земель в склад польської, чехословацької і румунської держав. Вони вірили, що український народ ніколи не погодиться з тим, щоб повернути йому права бути господарем у своїй незалежній державі»¹.

Незалежність не є встановленою раз і назавжди даною. Її треба оберігати, за неї треба боротися, її треба наповнювати реальним змістом. Це стосується передусім реального проведення системної конституційної реформи. Важливим кроком у цьому є Указ Президента України «Про створення Конституційної Асамблеї» від 17.05.2012 р.², а на міжнародній арені умовою нашої незалежності є європеїзація політики України. Про вибір і вірність євроінтеграційного курсу неодноразово говорив Президент України В. Янукович.

У процесі розробки нової Конституції України ми маємо вдосконалити основи української державності, ґрунтуючись на традиціях демократії, народоправства, тому доцільно використати досвід, врахувати багатовіковий історичний шлях створення та функціонування державності в Україні і відобразити його у процесі роботи над вдосконаленням Конституції України, щоб знову не виникало запитання, чому ми відмовилися від нашого багатого історичного надбання.

Сподіваємося, що Конституційна Асамблея, створена з метою напрацювання пропозицій щодо змін до Конституції України на основі узагальнення практики реалізації Основного Закону України, з урахуванням досягнень та тенденцій розвитку сучасного конституціоналізму, забезпечення залучення в установленому порядку до роботи провідних учених, представників громадянського суспільства і різних політичних сил, міжнародних експертів Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія), експертів інших міжнародних установ та організацій, дасть відповідь і на питання про спадкоємність української державності.

¹ Микола Плав'юк. Назв. праця. – С. 368–369.

² Про Конституційну Асамблею [Електронний ресурс] : Указ Президента України № 328/2012. – Режим доступу: www.president.dou.ua/documents/14752.html.

Андрусишин Б. Юридические и фактические основания независимости Украинского государства

В статье рассматривается вопрос правонаследия новейшей украинской государственности, проблема ее легитимации на международной арене, правонаследие, влияние на эти процессы общественной памяти.

Ключевые слова: Акт о независимости Украины, СНГ, СССР, ДЦ УНР, УССР, ООН, Центральная Рада, большевики, Директория, федерация, Конституционная Ассамблея.

Andrusyshyn B. The legal and factual basis of independence of the Ukrainian state

The question of succession of the newest Ukrainian state system is examined in the article, problem of its legitimization in the international arena, influence on these processes of public memory.

Keywords: An act is about independence of Ukraine, CIS, USSR, DC UNR, USSR, UNO, Centralna rada, bolshevists, Directory, federation, lawsubektivist, Constitutional Assembly.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.4(477)

О. Скрипнюк, академік НАПрН України,
керівник Відділу зв'язків з державними
органами та міжнародними організаціями
НАПрН України

Конституційний лад в Україні: методологічні проблеми розвитку та вдосконалення в контексті конституційної модернізації

Для вітчизняної конституційної практики поняття «основи» чи «засади» конституційного ладу та «конституційний лад» є відносно новими. Доволі часто в юридичній науці між ними не проводиться чітких відмінностей. Більше того, вказані поняття фактично визнаються тотожними з урахуванням кола суспільних відносин, які утворюють конституційний лад. Разом з тим термін «засади конституційного ладу» є більш вузьким стосовно терміна «конституційний лад», який включає в себе як самі засади, так і інші норми, що містяться в різних розділах Конституції України і частково навіть у конституційних законах.

Для України питання основ конституційного ладу в усі часи зберігало актуальне і доленосне значення. Головним політико-правовим наслідком незалежності України у 1991 р. стала саме докорінна зміна конституційного ладу проголошеної незалежної Української держави. Декларація про Державний суверенітет України закріпила основні принципи організації та діяльності нової суверенної республіки, а Акт проголошення незалежності України визначив загальні засади як суспільного, так і державного ладу України. У цьому розумінні, можна стверджувати, що конституційний лад України втілює в собі, насамперед і головним чином, суспільний і державний лад у їх взаємодії.

Пізніше, Конституція України 1996 р. у Розділі I «Загальні засади» та інших своїх положеннях закріпила основи конституційного ладу України. Вона визначила Українську державу як суверенну і незалежну, демократичну, соціальну, правову (ст. 1), людину її права і свободи

проголосила найвищою соціальною цінністю (ст. 3), народовладдя надійно закріпила як невід'ємну частину конституційного ладу (ст. 5) тощо. Тільки така держава може бути ефективною, сильною, конкурентною в широкому розумінні цього слова, здатна зробити суспільство процвітаючим, створити умови для гідного життя людей.

Незважаючи на те, що нормативне визначення конституційного ладу і його засад наразі в Конституції відсутні, норми I розділу стають запорукою ефективності Основного Закону, його загального стабілізуючого значення і всієї правової системи. Закріплені в I розділі Конституції України засади конституційного ладу становлять першооснову для інших положень Основного Закону, для всієї системи чинного законодавства та інших нормативно-правових актів. Уся Конституція має будуватись згідно з положеннями засад конституційного ладу, які є основоположними принципами організації та діяльності держави. Ці принципи утворюють ядро (основи) конституційного ладу України. Невипадково їх називають «малою конституцією», або «конституцією в конституції».

Конституційні положення про засади конституційного ладу знайшли своє відображення в правотворчій і правозастосовній діяльності учасників конституційного процесу. Подальші зміни основ конституційного ладу були, зокрема, пов'язані із запровадженням в Україні парламентсько-президентської форми правління та подальшою політичною структуризацією громадянського суспільства через запровадження пропорційної виборчої системи при формуванні парламенту та при проведенні певних видів місцевих виборів, а у 2010 р. — з поверненням до президентсько-парламентської форми правління.

На сьогодні в юридичній науці та практиці по-різному визначається поняття конституційного ладу в Україні, про що, зокрема, наголошується в мотивувальній частині Рішення Конституційного Суду України № 6-рп від 5 жовтня 2005 р. (справа про здійснення влади народом). Разом з тим системний аналіз праць вітчизняних та зарубіжних вчених дозволяє зробити висновок, що в поняття конституційного ладу вкладаються такі значення:

по-перше його розуміють як цілісну систему основних політико-правових, економічних та соціальних відносин, які встановлюються та закріплюються Конституцією та іншими конституційними нормами. У цьому значенні термін «конституційний лад» по суті є тотожним терміну «державний лад»;

по-друге, він розуміється як певний спосіб (форма) організації держави, який закріплено в її конституції;

по-третє, як такий стан даних відносин або порядок, що характеризує державу як конституційну, забезпечує підпорядкованість держави — праву, сприяє закріпленню в суспільній практиці і правосвідомості справедливих, гуманних і правових зв'язків між людиною, громадянським суспільством і державою¹.

Сьогодні існують і інші погляди на визначення категорії конституційного ладу, інші підходи, тлумачення і дослідження. Усе це свідчить про необхідність подальшої розробки цієї проблеми і створення повної характеристики конституційного ладу. Але різниця в поглядах на розуміння відповідної категорії не є перешкодою у проведенні вченими досліджень проблем конституційного ладу.

Не всі сучасні конституції містять самостійні частини, або структурно відокремлені конституційні інститути, які б об'єднувались загальною рубрикою «основи конституційного ладу». У ряді конституцій сучасних держав є окремі розділи, які хоч і називаються по-різному «Засади конституційного ладу» (Вірменія, Білорусь, Російська Федерація та ін.) чи «Основні положення» (Естонія, Грузія, Азербайджан та ін.), або «Загальні принципи» (Іспанія, Греція, Італія, Литва, Латвія, Киргизстан, Узбекистан та ін.), включають норми, які регулюють схожі суспільні відносини. У них відсутнє офіційне визначення змісту поняття конституційного ладу². Відповідний I розділ у Конституції України має назву «Загальні засади». Подібну назву має розділ Конституції Казахстану. Але основи конституційного ладу України не є тотожними змісту зазначеного розділу.

Аналіз тексту Конституції України дає підстави зробити висновок, що конституційний лад, крім I розділу Конституції, набуває подальшого розвитку і системного закріплення в Розділі III «Вибори. Референдуми» та у Розділі XIII «Внесення змін до Конституції України». Розділ I містить положення сутнісного характеру, більшість з яких виконує роль юридичного підґрунтя нормативної першоосно-

¹ Приєшкіна О. В. Засади конституційного ладу України: системний підхід та змістовне наповнення / О. В. Приєшкіна // Держава і право : зб. наук. пр. – К. : Вид-во Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010. – Вип. 50. – С. 148.

² Возгрін С. Ю. Співвідношення конституційного ладу України та його засад [Електронний ресурс] / С. Ю. Возгрін // Сучасний соціокультурний простір 2012. – Режим доступу: <http://intkonf.org/vozgrin-syu-spivvidnoshennya-konstitutsiynogo-ladu-ukrayini-ta-yogo-zasad/>

ви для інших конституційних положень, включених до положень розділів III та XIII. Саме I розділ «Загальні засади» виступає змістовним стрижнем усього Основного Закону України. Значна частина його норм є нормами-принципами, які забезпечують найбільш загальний рівень регулювання. У цьому контексті є підстави стверджувати, що засади конституційного ладу — це сукупність найбільш важливих принципів, які мають особливе значення і вищу юридичну силу для організації діяльності держави і суспільства. Ці принципи визначають форму і засоби організації України як держави, забезпечують людині та громадянину права і свободи та характеризують її як конституційну державу, якій властива обмеженість державної влади, а також визнання і гарантування народовладдя. Водночас ці норми за юридичною природою і силою аналогічні іншим конституційним нормам і також є нормами прямої дії. Іншими словами, основи конституційного ладу є наріжними конституційними ідеями та ідеалами, які лежать в основі розвитку суспільства та держави і породжують та змінюють відповідні правовідносини¹.

За своєю суттю конституційний лад є певним типом конституційно-правових відносин, зумовлених рівнем розвитку суспільства, держави і права. Тому варто погодитись із тим, що нинішній конституційний лад України відображає насамперед відповідний характер стану суспільства, держави і права, які існують сьогодні в Україні. Подальший характер розвитку конституційного ладу має визначити конституційна реформа в Україні, яка значною мірою, за межами роботи Конституційної Асамблеї, є більше предметом необ'єктивних оцінок, а часто політичних спекуляцій, ніж ретельного конституційно-наукового аналізу.

Слід наголосити, що практична реалізація Основного Закону породжує сумніви, що Конституція нашої держави сьогодні виконує роль гаранта у забезпеченні правової системи у взаємовідносинах із суспільством, громадянином і державою, виступає своєрідним бар'єром руйнівних дій різних гілок державної влади, про що свідчать приклади недалекого минулого і не існує гарантій, що подібне не повториться в майбутньому. Зазначений стан зумовлюється недостатньо визначеною соціально-економічною структурою суспільства, що суттєво позначилось на змісті засад конституційного ладу.

¹ Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України. Академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х., 2009. – С. 153.

За своїм змістом конституційний лад опосередковує насамперед передбачені та гарантовані Конституцією державний і суспільний лад, конституційний статус людини і громадянина, систему безпосереднього народовладдя, організацію державної влади і місцевого самоврядування, територіальний устрій, основні засади зовнішньополітичної та іншої міжнародної діяльності держави, основи національної безпеки та інші існуючі найважливіші види конституційно-правових відносин.

За формою конституційний лад України є системою основних організаційних і правових форм суспільних відносин, передбачених Конституцією, тобто основних видів організації та діяльності держави, суспільства та інших учасників конституційно-правових відносин. Насамперед конституційний лад України уособлює передбачену Конституцією форму (форми) держави — за характером державного устрою і державного правління — і форми безпосереднього народовладдя. До того ж конституційний лад України характеризується рядом істотних ознак, зокрема: суверенністю, демократизмом, гуманізмом, реальністю, системністю, науковою обґрунтованістю, історизмом, наступністю, програмним характером, гарантованістю конституційного ладу. Запропоновані якісні характеристики конституційного ладу України зберігають свою актуальність і в умовах сьогодення¹.

Отже, під гарантіями конституційного ладу України слід розуміти систему загальносоціальних і спеціальних юридичних (нормативно-правових і організаційно-правових) умов і засобів матеріального та процесуального характеру, які забезпечують дієвість основних принципів і інститутів суспільного та державного ладу України. Як правило, увага зосереджується на спеціальних або юридичних гарантіях конституційного ладу України, хоча в реальності його гарантованість значною мірою залежить від стану загального розвитку всіх сфер суспільного і державного життя — політичної, економічної, соціальної, культурної, екологічної, інформаційної тощо. При цьому слід урахувувати, що поряд із об'єктивними чинниками, а саме — належним рівнем розвитку всіх сфер суспільного та державного ладу та їх взаємної кореляції, на гарантованість конституційного ладу впливають і численні суб'єктивні фактори. Таким суб'єктивним чинником можуть бути, наприклад, стосунки між національними політичними лідерами, вну-

¹ Скрипнюк О. В. Конституційний лад України: ознаки, принципи, гарантії / О. В. Скрипнюк // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2008. – № 4 (14). – С. 47.

трішні суперечки між різними представниками політичної еліти, партикулярні політичні інтереси різних суб'єктів політичної влади тощо¹.

Зазначене не заперечує важливість спеціальних (юридичних) гарантій конституційного ладу України. Наразі вони поділяються на нормативно-правові та організаційно-правові гарантії конституційного ладу України. Відповідно, нормативно-правові гарантії конституційного ладу України визначаються досконалістю системи чинного конституційного законодавства України, що закріплює в Конституції та законах України основні інститути суспільства і держави. Організаційно-правові гарантії конституційного ладу України представлені системою учасників конституційних правовідносин. До них належать — український народ, національні меншини, політичні партії та громадські організації, профспілки, Українська держава в цілому та її уповноважені органи (Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, інші органи виконавчої влади, Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції, прокуратура та ін.), територіальні громади та органи і посадові особи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, міжнародні органи, організації, ЗМІ тощо. Важливим елементом організаційно-правових гарантій конституційного ладу України на сьогодні виступають і парламентська коаліція та парламентська опозиція.

Як свідчить текстуальний аналіз сучасних конституцій, у розділах, присвячених визначенню основ конституційного ладу, ми обов'язково зустрічаємо шість груп норм: а) ті, які характеризують державу з точки зору її незалежності і суверенності; б) ті, які розкривають зміст діяльності держави; в) ті, які стосуються забезпечення функціонування громадянського суспільства; г) ті, які стосуються процесу інституціонування державної влади; д) ті, які закріплюють основні принципи зовнішньої політики; є) ті, які визначають державну символіку (державний прапор, державний герб, державний гімн).

Конституційний лад у процесі розвитку держави і суспільства об'єктивно потребує вдосконалення. Стаття 1 Конституції визначає Україну суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. Стосовно демократичного розвитку слід зазначити, що посттоталітарне за своїм характером суспільство в Україні, несформованість і нерозвинутість громадянського суспільства не забезпечують

¹ Див.: Тодька Ю. Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина / Ю. Н. Тодька. – Харьков, 1998. – С. 101.

достатньої підтримки конституційно схваленого загального курсу демократичних перетворень у державі, що дозволило б зробити цей процес незворотним на шляху до побудови справді демократичної держави. З цього погляду першочерговим завданням на сьогодні є укріплення засад демократії та розбудова громадянського суспільства, які покликані охороняти та захищати конституційний лад України. Між конституційним закріпленням положень і посттоталітарною дійсністю існують суттєві розбіжності як щодо реального існування в Україні демократичної, так і соціальної і правової держави.

Принцип демократизму сьогодні є чи не основним у контексті розвитку вітчизняного конституціоналізму і державотворення. Якщо дотримуватись розуміння конституційного ладу як системи суспільних, державних і суспільно-державних відносин, які встановлюються й охороняються конституцією та іншими конституційно-правовими актами держави, то зміст принципу демократизму полягатиме у тому, що всі ці відносини розбудовуються за порядком, коли народ визнається верховним і єдиним джерелом легітимної влади, яка здійснюється безпосередньо ним (або його представниками) в інтересах більшості громадян. Демократизм конституційного ладу передбачає існування демократичної конституції та реальне обмеження нею держави в поєднанні з гарантованістю прав і свобод людини і громадянина. Існування демократичного конституційного ладу означає реалізацію у суспільному житті і суспільній практиці принципу вищої влади народу як щодо належності її народу, так і щодо здійснення її народом.

Аналізуючи класичні визначення демократії, можна вважати, що основним гарантом демократизму конституційного ладу є сам народ, який відповідно до конституційних норм всіх сучасних держав (які бодай формально проголошують себе демократичними) є єдиним джерелом влади (ст. 5 Конституції України). Однак змістовний тотожний припис ми знаходимо й у інших конституціях. Наприклад, у п. 2 ст. 1 Конституції Іспанії іспанський народ визначено «носієм національного суверенітету» і «джерелом державної влади». Стаття 1 Конституції Італії вказує, що суверенітет належить лише народу. У статті 4 Конституції Польщі наголошується, що верховна влада у Республіці належить народу. Виражену практично в тих же термінах цю норму ми знаходимо і у Конституціях держав — учасниць СНД: п. 1 ст. 3 Конституції Казахстану («єдиним джерелом державної влади є народ»), п. 1 ст. 3 Конституції РФ («носієм суверенітету та єдиним джерелом

влади в РФ є її багатонаціональний народ»), ст. 1 Конституції Азербайджану («в Азербайджанській Республіці єдиним джерелом державної влади є народ»), ст. 2 Конституції Вірменії («влада в республіці належить народу») і т. д.

Демократизм конституційного ладу у сучасних умовах означає перш за все створення найсприятливіших умов для широкої та реальної участі громадян в управлінні справами держави і суспільства. Це реальне служіння держави з її апаратом народів, яке включає в себе демократичність політичного режиму, поділ державної влади, визнання пріоритету особистості, верховенство права і закону. Водночас демократизм конституційного ладу — це спосіб запобігання узурпації влади і її відчуженню від громадян.

Таким чином, народ виступає не тільки гарантом демократичності конституційного ладу, а й необхідною основою, яка взагалі робить можливим застосування поняття «конституційний лад». Дійсно, сам конституційний лад виникає як відображення реальних суспільних відносин, які складаються на основі конституції, а конституція сприймається в очах населення як легітимна лише у разі визнання народу єдиним джерелом влади.

Належність всієї влади народу, а також вільна реалізація цієї влади народом відповідно до його суверенної волі і корінних інтересів є народовладдям. Саме III розділ Конституції «Вибори. Референдуми» відображає юридичні параметри реалізації ідеї народовладдя або народного суверенітету. Він має важливе значення, адже на основі його положень унормовується порядок прийняття владних рішень безпосередньо самим народом, здійснення виборчого права і нарешті формування ключових ланок державного механізму. Положення III розділу є основою механізмів безпосередньої та представницької демократії¹.

Народ, а точніше — елементи громадянського суспільства, яке передбачає певний рівень організації інтересів громадян, можуть контролювати рівень захисту і забезпечення прав і свобод людини і громадянина, повноту народовладдя, демократичність держави.

У даному випадку під народовладдям мається на увазі належність всієї влади народу, а також вільна реалізація цієї влади народом відповідно до його суверенної волі і корінних інтересів. Фактично, зі щойно наведеного визначення простежується зв'язок, який дозволяє

¹ Шаповал В. М. Конституційний лад / В. М. Шаповал // Юридична енциклопедія. – 2001. – Т. 3. – С. 280.

трактувати наявність цього інституту у системі взаємовідносин суспільства і держави, як неодмінну умову демократизму конституційного ладу. На сьогодні виділяють дві основні форми участі народу в управлінні державою та веденні державних справ: пряму та опосередковану. Доволі часто їх ще характеризують такими поняттями, як «безпосереднє народовладдя» і «представницька демократія». Безпосереднє народовладдя — це самостійна реалізація народом власної волі щодо власних інтересів, власної долі або щодо інших народів і держав за їхньою згодою при сприянні політичних партій, їхніх блоків, інших складових механізму безпосередньої демократії або без них. Його формами виступають вибори, референдуми, плебісцити. Що ж до права народу на представництво, воно має дещо складнішу структуру і включає в себе такі елементи, як: право мати орган народного представництва, право на періодичні вибори народних представників, право на ефективну роботу органу народного представництва, право брати участь у формуванні органу народного представництва, право бути народним представником, право звертатись до народних представників, право на відзив народних представників.

На жаль, на сьогодні далеко не всі з перелічених складових права на представництво знаходять свою реалізацію у політико-правовому житті нашої держави. Для прикладу достатньо звернутись до такого права, як право на ефективну роботу органу народного представництва. Тривалий час в Україні можна було спостерігати ситуацію, коли небажання або професійна нездатність народних представників вести законотворчу парламентську діяльність спричинила відсутність ключових законів, які серйозно гальмували розвиток найважливіших суспільно-політичних, соціально-економічних і культурних відносин, що мали сприяти реалізації фундаментальних принципів, встановлених Конституцією України. Очевидно, що без вирішення всіх цих проблем подальший розвиток демократичного конституційного ладу якщо й не повністю унеможливуватиметься, то принаймні істотно спотворюватиметься.

Існують проблеми у функціонуванні правової держави в Україні, не забезпечено панування верховенства права. Сьогодні держава в Україні не виконує прямо прописані в Конституції зобов'язання у соціальній сфері. Звідси безпосередньо виникає потреба посилення та максимально чіткого закріплення на конституційному рівні соціальної спрямованості державно-владної діяльності, відповідальності держави перед людиною. Всі вищеперелічені проблеми об'єктивно пов'язані

з таким фундаментальним для юридичної науки та конституційної практики поняттям, як «конституційний лад».

Актуальним питанням сучасного конституційного процесу в Україні є вирішення питання про реальне забезпечення права і свободи людини і громадянина. Одним із провідних принципів правової держави є наявність розвиненого інституту прав і свобод людини і громадянина. Попри широку номенклатуру закріплених у чинній Конституції прав і свобод людини переважна їх більшість є деклараціями, які не підкріплюються практикою розвитку відповідних правовідносин. Утім головна проблема у цьому сенсі полягає не в тому, що держава не виконує свої конституційні зобов'язання, а в тому, що Конституцією не передбачено конкретних юридичних механізмів, які не лише змушували б забезпечувати права людини, а й надавали б людині можливість ефективно захищати свої конституційні права у разі неспроможності держави або її небажання діяти в межах, передбачених Конституцією. У правовій державі має існувати надійна система захисту прав і свобод людини. Це стосується насамперед діяльності судових і правоохоронних органів. Наразі ці дві пріоритетні функції держави — правосуддя і правоохоронна діяльність є найбільш проблематичними. Зважаючи на зазначене, виникає проблема закріплення на конституційному рівні механізму реалізації та захисту прав і свобод людини, існування якого служило б серйозному обмеженню державної влади.

Звертаючись до зазначених груп конституційних норм, варто відзначити, що у сучасній Україні особливою непослідовністю характеризувались конституційні положення щодо організації державної влади. Фактично до 2010 р. не було створено належних умов для постійного і конструктивного діалогу, співпраці між гілками державної влади і, як наслідок, між державою та суспільством. Йдеться про оптимальне реформування не лише державних інституцій, а й про трансформацію політичної системи, створення дієвого механізму стримувань і противаг та відповідного їх закріплення в Конституції України. Мова йде про вдосконалення механізму функціонування державної влади, доцільний перерозподіл повноважень між Президентом, Верховною Радою і Кабінетом Міністрів, зменшення концентрації влади в одному центрі, забезпечення ефективнішої співпраці законодавчої та виконавчої гілок влади та їх взаємної відповідальності за здійснення державної політики. Фактично це означає досягнення оптимального розподілу владних повноважень структурами державного механізму, інституціонального поділу

влади на автономні гілки, що забезпечить стримування та противаги, створення ефективного механізму запобіжників проти виділення окремого органу як домінуючого.

Водночас сьогодні істотно актуалізується питання подальшого розвитку парламентаризму та його підтримки і посилення, при паралельному зростанні ролі Кабінету Міністрів в системі вищих органів державного управління.

Наступний напрям, який потребує сьогодні уваги в процесі підготовки Концепції змін до Конституції, це питання вдосконалення судоустрою. Прийняте законодавство про судоустрій та статус суддів, новий Кримінальний процесуальний кодекс за своїм нормативним духом відповідають європейським стандартам. Однак існує об'єктивний ресурс нормативно-конституційних змін щодо розширення впливу народу на процес правосуддя (запровадження конституційних гарантій суду присяжних, зміна порядку формування та складу Вищої ради юстиції з метою мінімізації участі у її роботі осіб, які представляють політичні структури).

Актуальною є проблема розмежування повноважень між органами державної влади та місцевого самоврядування, є потреба забезпечення ефективного розвитку місцевого самоврядування. Потребує створення оптимальної моделі система місцевого самоврядування у комплексі з проведенням адміністративно-територіальної реформи.

Нарешті, не можна не відзначити того, що гарантування основ конституційного ладу та забезпечення його базових принципів втрачає будь-який сенс, якщо поза увагою залишається проблема його захисту. Не підлягає сумніву положення про те, що конституційний лад і його засади потребують особливого правового захисту від багатьох негативних чинників¹. У чинній Конституції інститут захисту засад конституційного ладу практично не передбачений, оскільки норми статті 17 мають загальний і неконкретний характер. Усе це разом не дає змоги стверджувати про наявність конституційних гарантій стабільності і захисту конституційного ладу, адже ці гарантії мали б бути зафіксовані у спеціальній статті (статтях). В оновленій Конституції належним чином мають бути передбачені охорона та захист Основного Закону.

¹ Теплюк М. О. Конституційний лад в Україні: деякі питання його визначення і зміни [Електронний ресурс] / М. О. Теплюк. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/1007/>

Зазначені зміни, на наше переконання, дозволять вирішити ряд актуальних і важливих проблем сучасного державного і суспільного розвитку в Україні, головною з яких є наповнення поняття конституційного ладу безпосереднім нормативно-правовим змістом, гарантування його стабільності та приведення до фундаментальних гуманістичних цінностей і праволюдних стандартів.

Скрипнюк А. Конституционный строй в Украине: методологические проблемы развития и совершенствования в контексте конституционной модернизации.

В статье анализируются теоретические вопросы развития конституционного строя в Украине, его гарантии и перспективы совершенствования в свете конституционной модернизации.

Ключевые слова: Украина, Конституция, конституционный строй, понятие, гарантии совершенствования конституционного строя, демократия, конституционная модернизация.

Skrpnyuk O. Constitutional order in Ukraine: methodological problems of development and perfection in the context of constitutional modernisation

In the article the theoretical issues of constitutional order in Ukraine are analysed, its guarantees and prospects for improvement in the light of constitutional modernization.

Keywords: Ukraine, Constitution, constitutional order, a concept guarantees improvement of the constitutional order, democracy, constitutional modernization.

УДК 342.4(477)

А. Яковлев, заступник Головного вченого секретаря НАПрН України, кандидат юридичних наук

Конституційний процес в Україні 1991–1996 років: ретроспективний погляд на проблему

Сучасний процес конституційного розвитку в Україні та поступового утвердження ідей і практики конституціоналізму перебуває в нерозривному зв'язку з тією загальною логікою трансформацій держави і права, яка була визначена ще Декларацією про державний суверенітет та Актом проголошення незалежності, а також тим історичним рішенням Українського народу «жити за власною Конституцією», про яке писав Л. Юзьков¹. Справді, конституційний процес в Україні не можна тлумачити як сукупність дискретних дій або рішень, що приймалися тими чи іншими органами державної влади або їх посадовими особами. Так, слід визнати, що конституційний процес в Україні наразі позначений такими знаковими для конституційного права подіями, як прийняття Конституції України 1996 року, запровадження першого етапу політичної реформи у 2004 році та фактичне скасування конституційних змін рішенням Конституційного Суду України у 2010 році.

Утім наявність цих «законних подій» не означає заперечення цілісності конституційного процесу в цілому. Свого часу, описуючи специфіку конституції та її роль у регулюванні суспільних відносин, П. Євграфов зазначав: «Конституцію, на відміну від звичайних законів, інших нормативно-правових актів, не можна характеризувати з точки зору наявності в ній прогалин. Вона є такою як є, з усіма позитивними і негативними рисами, але правовим документом без прогалин... в цьому і полягає її особлива нормативність, стабільність, безперечність у додержанні закріплених у ній правових норм, функціонування Конституції як Основного Закону»². Вважаємо, що ці самі слова можуть бути звернені і до конституційного процесу в цілому. А саме: «він є таким, яким він є», а отже, як адекватне усвідомлення сучасного

¹ Юзьков Л. Жити за власною Конституцією / Л. Юзьков // Наука і суспільство. – 1991. – № 9. – С. 3–4.

² Євграфов П. Б. Конституція України : коментар змін (2004–2007). Теоретичні та практичні аспекти / П. Б. Євграфов. – К. : Всеукр. асоціація видавців «Прав. єдність», 2007. – С. 53.

стану розвитку конституційного права України, так і перспектив його удосконалення, що наразі напряму пов'язуються багатьма вітчизняними фахівцями з діяльністю Конституційної Асамблеї, а також роботою новообраного після жовтневих виборів 2012 року парламенту, неможливе поза зверненням до історії конституційного процесу доби незалежної України (мається на увазі період 90-х років минулого століття). Таким чином, аналіз конституційних проектів доби незалежної України в аспекті утвердження ідей конституціоналізму та спроб їх практичної реалізації становить важливе в теоретичному та практичному плані завдання сучасної науки конституційного права.

Варто зазначити, що звернення до цієї теми є не тільки теоретично і практично значущим, а й актуальним. У цьому сенсі, слід вказати на декілька аспектів, які зумовлюють та істотно підвищують актуальність подібних конституційно-правових досліджень.

По-перше, звертаючись до витоків та специфіки проходження конституційного процесу в Україні початку-середини 90-х років ХХ ст., легко побачити, що вже в той період вченими обґрунтовувались доволі різні моделі розвитку як окремих елементів форми держави, так і конституційного ладу в цілому (наразі застосовуємо поняття конституційного ладу як цілісної системи соціально-правових відносин та інститутів, які підпорядковані безумовним моральним і конституційним вимогам). Причому аргументи, що висувались у той період щодо доцільності забезпечення функціонування тих чи інших механізмів та інститутів конституційного, конституційно-правового регулювання, на нашу думку, майже жодною мірою не втратили своєї актуальності до сьогодні, адже нині, коли ведеться розмова про зміни у Конституції України (або реальні, або тільки гіпотетичні), фактично відбувається повернення до дискусій, які велися у той час. Зокрема, це пов'язано з питаннями визначення оптимальної форми державного устрою для України, вибору форми правління, специфіки функціонування інституту конституційної юстиції, розвитку виборчої системи тощо. Звісно сьогоднішні реалії значно відрізняються від ситуації середини 90-х років, але при цьому між ними є й багато подібного. Більше того, головною причиною актуальності звернення до конституційних проектів середини 90-х є те, що головні проблеми конституційного процесу та конституційного розвитку, які були артикульовані у той період, так досі не знайшли ані теоретичного, ані практичного розв'язання. У цьому сенсі аналіз конституційних проектів доби незалежної України є акту-

альним і важливим, оскільки він становить, з одного боку, органічну частину сучасного конституційного розвитку, а з другого — він є тією необхідною основою, яка дозволяє максимально коректно та обґрунтовано визначити найбільш перспективні моделі подальшого конституційного процесу в Україні.

По-друге, не можна не звертати увагу на той факт, що конституційний процес ніколи не є певною автономною сукупністю подій, що відбуваються у юридичному середовищі. Навпаки — це частина більш загального процесу суспільного розвитку, яка має свої закономірності та детермінанти. Свого часу на цей аспект вказував згадуваний вище видатний український конституціоналіст Л. Юзьков, коли попереджав про небезпеку розриву між «юридичною» і «фактичною» конституціями¹. Тому прогнозування або цілеспрямований вплив на розвиток конституційного процесу в Україні має враховувати цілий комплекс об'єктивно існуючих суспільних відносин. Значною мірою ці суспільні відносини, інтереси і потреби в Україні є подібними до тих, що були у середині 90-х років, адже так само, як і тоді, перед сучасною Україною стоять завдання щодо гарантування прав людини (за ці роки в країні так і не відбулося створення надійно та ефективно діючої системи захисту прав людини), втілення принципу реальності прав людини (на думку цілого ряду провідних сучасних вчених, саме неухвага до цього принципу стала причиною того, що багато з поставлених на початку 90-х років ХХ століття державотворчих цілей в Україні так і не були реалізовані), забезпечення верховенства права, законності, пріоритетного значення соціальної діяльності держави тощо. З цього погляду, вивчення процесів взаємної детермінації між динамікою суспільних відносин та конституційним процесом становить одну з ключових умов науково обґрунтованої діяльності щодо удосконалення системи конституційного права в Україні та забезпечення сталого конституційного розвитку.

Щоправда, досліджуючи роль та вплив перших конституційних проектів на процес утвердження конституціоналізму в Україні, варто звернути увагу на те, що до цього часу в науці конституційного права співіснують одразу ж декілька теоретико-методологічних підходів до визначення сутності цього явища. Однією із найскладніших і найсуперечливіших категорій вітчизняного конституційного права є категорія

¹ Юзьков Л. Конституція юридична і фактична / Л. Юзьков, Є. Тихонова // Право України. – 1992. – № 1. – С. 9–10.

«конституціоналізм». Феномен цього явища є настільки унікальним для юридичної науки, що не варто шукати його аналогів в інших галузях права. При цьому розвиток і утвердження конституціоналізму в Україні повинні досліджуватись насамперед крізь призму вивчення трансформацій системи конституційного права та конституційної практики¹. Для інших вчених конституціоналізм є суспільно-політичним режимом, за якого функціонують держава та її інститути, взаємні стосунки людини і держави, існує система правових зв'язків між суспільством і державою, які виникають у процесі реалізації норм конституції та інших джерел конституційного права. Конституціоналізм також трактується як вчення про конституцію та основний законодавчий акт (джерело) правової системи, який має, як правило, найвищу юридичну силу і встановлює гуманістичний та справедливий статус людини і громадянина, устрій держави, а також систему та повноваження органів державної влади і народовладдя (безпосереднього та представницького).

Разом з тим, як вказує відомий російський дослідник А. Медушевський, поняття «конституціоналізм» вживається у сучасній юридичній науці у трьох основних значеннях: а) як основний закон держави та система публічно-правових актів, які прийняті з метою його розвитку; б) як система політичних і публічно-правових інститутів, формування яких забезпечує реалізацію конституційних норм (це насамперед — верховенство права, народний суверенітет, парламент, поділ влади, незалежний судовий контроль конституційності законів тощо); в) соціальний рух, який має на меті утворення громадянського суспільства, правової держави та закріплення цих принципів в основних законах держави, а також у практиці функціонування його інститутів².

Для іншої російської дослідниці Н. Бобрової конституціоналізм — це одночасно і сукупність ідей, і теоретична концепція, і правова практика. Тобто явище конституціоналізму можна розглядати щонайменше у трьох різних аспектах. З-поміж усіх існуючих у сучасній юридичній науці підходів до визначення конституціоналізму можна виділити два головних, коли конституціоналізм тлумачиться або як загальна правова теорія, що обґрунтовує необхідність формування та

¹ Федоренко В. Л. Конституція України і система національного конституційного права / В. Л. Федоренко // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2009. – № 7. – С. 47–48.

² Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты / А. Н. Медушевский. – М. : ГУ ВШЭ, 2002. – С. 494.

функціонування конституційного ладу, або як певна практика правління, яке обмежується конституцією, спирається на неї і використовує конституційні методи правління¹.

На думку Ю. Шемшученка, конституціоналізм — це не тільки конституція та система конституційного законодавства разом з тими суспільними відносинами, що виникають у процесі реалізації конституційно-правового регулювання, а й цілий комплекс теоретичних ідей, національна конституційна практика, конституційне будівництво, матеріал конституційної компаративістики, все те, що є гарантією сталого демократичного конституційно-правового розвитку². Водночас дослідження процесів утвердження конституціоналізму — це звернення до ретельного правового аналізу генезису системи взаємодії гілок державної влади, а також між системою органів державної влади в цілому, з одного боку, та суспільством й окремо взятим громадянином — з другого.

Відповідно до підходу В. Ковальчука, вивчення феномену конституціоналізму включає у себе, крім дослідження конституційного законодавства, системи конституційно-правових відносин та конституційно-правових інститутів, також звернення до того, яким чином конституція сприймається державою і громадянами, як до неї ставляться, чи вважають її джерелом реальної легітимації тощо. З цього погляду істотно підвищується роль такого фактору, як повага до конституції. «Поважати конституцію — значить неухильно дотримуватися її всіма учасниками конституційного процесу і насамперед публічною владою, яка своїми діями закладає основи законності та правопорядку і зміцнює повагу до чинної влади»³. Для цілей нашого дослідження ми тлумачитимемо конституціоналізм як правову ідеологію, що відображає і прогнозує розвиток відповідної нормотворчості та нормозастосування. Очевидно, що цей аспект поняття «конституціоналізму» є не менш важливим і значущим, ніж його тлумачення як певного типу суспільно-політичного режиму.

Справді, якщо виходити із жорстко нормативного визначення конституціоналізму, яке можна позначити формулою «конституційна

¹ Боброва Н. А. Конституционный строй и конституционализм в России : монография / Н. А. Боброва ; под ред. В. О. Лучина. – М. : Закон и право, ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 23.

² *Влада в Україні : шляхи до ефективності* : Всеукраїнський форум учених-правознавців / відп. ред. О. Д. Святоцький. – К. : Ін Юре, 2010. – С. 622–623.

³ Ковальчук В. Б. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці : монографія / В. Б. Ковальчук. – К. : Логос, 2011. – С. 260.

норма + практика її реалізації», то тоді це явище постає лише разом із конституцією, яка не є звичайною «юридичною пролонгацією» старої конституції, а є принципово новим Основним Законом, що відображає нові реалії суспільного розвитку. Утім, навіть якщо виходити з пріоритетного значення фактора «конституційної норми», то все одно не можна заперечувати винятково важливу для конституційного процесу в Україні роль проектів конституції першої половини 90-х років минулого століття, оскільки саме в них відбувалась своєрідна «нормативна кристалізація» тих ідей й інститутів, які мали постати та набути свого закріплення у тексті нової Конституції України. З цього погляду конституційні проекти 1992–1996 років — це не лише невіддільна частина історії конституційного права України, а й необхідний етап утвердження конституціоналізму в Україні. Нагадаємо, що одним із перших кроків концептуального характеру щодо створення нової Конституції стала розробка концепції нової Конституції України, на підставі якої було розроблено перший проект Основного Закону, який згодом було винесено на всенародне обговорення. Конституційний проект 1992 року був неузгодженим у багатьох відношеннях із раніше прийнятою концепцією. Про це наголошує і Ю. Шемшученко, який характеризує зазначений проект таким чином: «Запропонований проект лише частково базувався на Концепції нової Конституції України. У ньому було чимало новел. Наприклад, не було положення про те, що Україна є президентською республікою. Замість Верховної Ради з'явилися Національні Збори України. Пропонувався двопалатний варіант цих Зборів, тоді як, за Концепцією, мала діяти однопалатна Верховна Рада. Відповідно до Концепції Президент України є глава виконавчої влади, а за проектом — глава держави і виконавчої влади... Особливих змін зазнав правовий статус місцевих рад. За Концепцією вони мали становити систему місцевої державної влади і самоврядування. Проект обмежував повноваження цих органів тільки функціями місцевого й регіонального самоврядування»¹.

Утім, незважаючи на цілий ряд розбіжностей з концепцією, слід визнати, що в цілому в проекті було зроблено спробу принципово поновому переосмислити базові основи взаємодії між державою, суспільством і громадянином. Тобто йшлося про формування концептуального бачення принципово нового конституційного ладу, який повинен

¹ Шемшученко Ю. С. Вибране / Ю. С. Шемшученко. – К. : Юрид. думка, 2005. – С. 111.

був запропонувати Україні таку модель правової організації суспільних відносин, яка б гарантувала постання як демократичної, правової і соціальної держави, так і громадянського суспільства, як її партнера та активного учасника економічного, соціального, політичного, культурного та правового життя країни. Зазначені зміни В. Селіванов описував як процес відживлення демократичної традиції українського державотворення, яка на тривалий час була перервана «волютаристськими спробами змінити природний порядок співвідношення державної влади та громадянського суспільства, підпорядкувати таке багатовимірне соціальне явище, як громадянське суспільство, егоїстичній волі правлячих сил та їх велінням, зведеним у закони»¹. У цьому ж контексті цікаво навести оцінку цього проекту, надану Б. Футеєм. Зокрема, виступаючи на Світовому Конгресі українських юристів у жовтні 1992 року, він зазначив таке: «читаючи проект нової Конституції України, треба висловити подяку Комісії конституційного нагляду за виконану роботу... треба зазначити, що цей проект Конституції з погляду права дуже амбітний і має широкий обсяг»².

Справді, незважаючи на чималу кількість неузгодженостей проекту та концепції, а також на існування ряду суперечливих моментів у самому проекті (насамперед, на наше переконання, це недостатньо чітко запровадження принципу поділу влади; декларативність другого розділу, й особливо глави п'ятої, де викладались гарантії прав і свобод людини і громадянина; недостатній рівень гарантування незалежності судової влади), не можна не визнати того, що загалом у ньому було доволі чітко визначено найважливіші елементи демократичного конституційного ладу, який був сповнений ідеями конституціоналізму. Зокрема, у проекті було зафіксовано такі фундаментальні принципи та ідеї конституціоналізму, як обмеження влади правом, поділ влади, верховенство права, пріоритет прав і свобод людини і громадянина та їх невідчужуваний характер, виборність органів державної влади, незалежність суду, законність, верховенство конституції (причому у змісті цього принципу було чітко визначено як принцип прямої дії конституційних норм, так і принцип її найвищої юридичної сили щодо всіх інших законів та нормативно-правових актів на території держави, які, власне й складають

¹ Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти / В. М. Селіванов. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 135.

² Футей Б. Становлення правової держави : Україна 1991–2001 рр. / Б. Футей. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 23.

сутність та серцевину вимоги верховенства конституції, функціонування системи органів місцевого самоврядування, формування органів конституційної юрисдикції як засобу і механізму охорони конституції тощо). Звісно, далеко не всі з перелічених принципів могли перетворитись на частину безпосередньої правової практики та реальності суспільного життя. З одного боку, не всі з них виявились юридично гарантованими (наприклад, про обмежений характер функціонування системи місцевого самоврядування писав Ю. Шемшученко, тоді як інші фахівці звертали увагу на істотні вади у регулюванні взаємодії різних гілок державної влади), а з другого — самі суспільні відносини і суспільна практика часто не дозволяли у повному обсязі реалізувати ті ідеї, які закладались у проекті Конституції.

Принагідно зауважимо, що зазначена проблема супроводжувала практично всю історію утвердження та поширення практики конституціоналізму в Україні від середини 90-х років минулого століття і до сьогодення. Оскільки конституційні норми завжди реалізуються у певному суспільному середовищі, слід враховувати не лише такі фактори, як стан конституційного законодавства, високий або низький рівень юридичної техніки (у разі, якщо цей рівень є низьким, спостерігаємо чисельні юридичні помилки та непослідовності¹), повнота та послідовність законопроектної діяльності, відсутність прогалин та колізій у конституційному законодавстві тощо, а й рівень правової культури громадян, укоріненість традиції поваги до конституції у діяльності не лише громадян, але насамперед органів державної влади тощо. Однак при цьому не можна не наголосити на тому, що саме в проекті 1992 року було чітко й послідовно втілено ідеї конституціоналізму як єдиної практики організації та функціонування системи державної влади в Україні, яка могла забезпечити демократичний та правовий характер суспільного розвитку країни.

Щодо останнього зауваження особливий інтерес становить насамперед розділ перший проекту, в якому було визначено засади конституційного ладу України. Крім положення про те, що Україна є демократичною, правовою і соціальною державою (стаття 1 проекту), стаття 2 містила у собі незаперечно важливу норму, яка визначала головний принцип конституційного ладу країни. Цим головним, або визначальним, принципом став принцип пріоритету прав і свобод людини

¹ Скрипнюк О. В. Законодавчий процес і парламентська законодавча процедура в Україні (проблеми якості, рекомендації щодо вдосконалення в контексті європейської практики) : монографія / О. В. Скрипнюк, М. О. Теплюк, О. І. Ющик. – К. : Атіка-Н, 2010. – С. 13–22.

і громадянина, який був органічно поєднаний у частині 2 статті 2 із принципом відповідальності держави перед людиною і суспільством за свою діяльність. Принагідно зауважимо, що у порівнянні з Концепцією в проекті було закріплено й ряд нових прогресивних конституційних ідей. Зокрема, у Концепції не містилося визначення України як соціальної держави, а йшлося лише про пріоритет соціальної функції та визначались (доволі повно і широко) соціальні права людини. Головною гарантією демократизму конституційного ладу було встановлено принцип народного суверенітету, а також принцип поділу влади. Хоча щодо поділу влади варто відзначити те, що до проекту так і не потрапила норма про взаємодію між гілками державної влади. Наразі подібна норма існує та застосована у конституціях багатьох демократичних держав, але тоді пропозиції окремих юристів і науковців щодо використання такої формули у тексті майбутньої Конституції України не знайшли достатньої підтримки. Реальною проблемою розвитку та утвердження конституціоналізму в Україні станом на кінець 90-х років був не стільки розподіл повноважень між окремими гілками та органами державної влади, скільки правове забезпечення їх ефективної взаємодії та убезпечення їх від протистояння. Водночас, крім закріплення принципів верховенства права, підтримки та розвитку місцевого самоврядування, політичного, економічного та ідеологічного плюралізму, статтю 9 пропонувалось забезпечити право народу на опір у разі загрози демократії та основам конституційного ладу України. Формально-юридично це положення пропонувалось визначити такою конституційною формулою: «Громадяни України мають право чинити опір будь-кому, хто намагатиметься протиправно ліквідувати демократичний конституційний лад України, встановлений Конституцією, якщо інші засоби не можуть бути використані». Сама по собі ця ідея лежить у витоків класичного європейського лібералізму і набула свого висвітлення та обґрунтування у дослідженнях Джона Локка та інших ідеологів ліберальної думки. З огляду на це, викликає незаперечний інтерес той факт, що саме це положення ліберальної теорії знайшло своє відображення у проекті Конституції, хоча, насправді у конституціях сучасних держав ця формула застосовується доволі рідко.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо сформулювати такі висновки та узагальнюючі положення.

По-перше, у проекті Конституції України в редакції від 1 липня 1992 року було зроблено спробу принципово по-новому переосмислити

базові основи взаємодії між державою, суспільством і громадянином, а також представлено модель принципово нового конституційного ладу, який мав запровадити в Україні такий спосіб організації суспільних відносин, що гарантував би її сталий розвиток як демократичної, правової і соціальної держави, що активно взаємодіє та співпрацює з громадянським суспільством та його інститутами, існування та діяльність кожного з яких надійно захищена правом та відповідними правовими гарантіями.

По-друге, в аспекті становлення та утвердження конституціоналізму у проекті 1992 року було закріплено такі фундаментальні принципи, як: обмеження влади правом, поділ влади, верховенство права, пріоритет прав і свобод людини і громадянина та їх невідчужуваний характер, виборність органів державної влади, незалежність суду, законність, верховенство конституції, функціонування системи органів місцевого самоврядування тощо.

По-третє, виняткова роль та значення проекту 1992 року у конституційному процесі доби незалежної України полягали в тому, що саме у ньому було чітко й послідовно втілено ідеї конституціоналізму як єдиної практики організації та функціонування системи державної влади в Україні, яка могла забезпечити демократичний та правовий характер суспільного розвитку країни.

Яковлев А. Конституционный процесс в Украине 1991–1996 годов: ретроспективный взгляд на проблему

В статье исследуется конституционный процесс в Украине 1992–1996 годов с точки зрения определения основ конституционного строя и их закрепления в проектах Конституции Украины этого периода. Анализируются главные правовые принципы, идеи и институты, которые способствовали утверждению конституционализма и повлияли на процесс принятия Конституции Украины 1996 года.

Ключевые слова: Конституция Украины, правовая система, конституционный процесс, демократическое государство, правовое государство, основы конституционного строя.

Yakovlev A. Constitutional process in Ukraine 1992–1996: a retrospective look at the problem

The article examines the constitutional process in Ukraine from 1992 to 1996 in terms of determining the constitutional order and its fixing in the constitutional projects of this period. The author analyzes the main legal principles, ideas, and institutions that have contributed to the approval of constitutionalism and influenced the adoption of the Constitution of 1996.

Keywords: Constitution of Ukraine, legal system, constitutional process, democratic state, rule of law, foundations of the constitutional order.

УДК 342.565.2

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

Інститут конституційної скарги у Російській Федерації: основні особливості та тенденції розвитку

Дослідження іноземного досвіду функціонування інституту конституційної скарги у світлі перспектив його запозичення в Україні вимагає вивчення відповідного напрямку конституційного правосуддя у Російській Федерації (далі, якщо не вказане інше, — РФ). Російська та українська школи конституційного права мають багаторічні спільні традиції взаємодії та взаємозбагачення, які активно підтримуються та заохочуються їх видатними представниками у наш час¹.

Вітчизняні дослідники у пошуках шляхів вдосконалення національної конституційної юрисдикції спираються на праці відомих російських конституціоналістів, присвячених проблемам конституційної юстиції, передусім Ф. Абдулаєва, М. Баглая, М. Бондаря, М. Вітрука, Г. Гаджиева, В. Зорькіна, Д. Керимова, В. Кряжкова, Л. Лазарева, В. Лучина, А. Мазурова, Г. Мальцева, Т. Морщакова, О. Тиунова, Б. Ебзеєва та ін., а також роботи, безпосередньо присвячені інституту індивідуальних та колективних звернень до Конституційного Суду РФ щодо захисту прав і свобод², у тому числі — відповідні дисертаційні дослі-

¹ Див., зокрема: Конституционное развитие России и Украины. Вып. 1 : Сб. науч. тр. — Харьков : Право, 2011. — 216 с.; Конституционно-правовые основы народовластия в России и Украине : сб. науч. тр. — Харьков : Право, 2012. — 296 с.

² Див.: Лазарев Л. В. Гражданин и Конституционный Суд / Л. В. Лазарев // Рос. Федерация. — 1995. — № 18. — С. 55 — 57; Тиунов О. И. О решениях Конституционного Суда Российской Федерации в связи с жалобами граждан на нарушение их конституционных прав и свобод / О. И. Тиунов // Рос. юрид. журн. — 1996. — № 2. — С. 48 — 62; Овсепян Ж. И. Субъекты права на обращение в Конституционный Суд Российской Федерации / Ж. И. Овсепян // Рос. юстиция. — 1996. — № 1. — С. 10 — 12; Лучин В. О. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации / В. О. Лучин, О. Н. Доронина. — М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. — 260 с.; Кравец И. А. Конституционная жалоба в механизме гарантий прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации / И. А. Кравец // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства : сб. ст. / под ред. В. Ф. Воловича. — Ч. 1. — Томск, 1999. — С. 101–105; Кравец И. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. — 2003. — № 18. — Ч. 1. — С. 38–48; Кудрявцев Ю. Индивидуальная жалоба в Конституционный Суд (на примере законодательства и практики Конституционного Суда Российской Федерации)

дження¹. У той же час особливості російської моделі конституційної скарги так і не стали самостійним предметом дослідження українських вчених.

Отже, метою цієї статті є визначення основних етапів трансформації інституту конституційної скарги у РФ, особливостей сучасної російської моделі такої скарги та елементів її правового механізму функціонування у світлі перспектив запровадження цього конституційно-правового інституту в Україні.

Інститут конституційної скарги у Російській Федерації існує з моменту створення Конституційного Суду РФ, що свідчить, за твердженням проф. М. Бондаря, про невід'ємний характер цього інституту для національної російської моделі конституційного правосуддя і дозволяє оцінити накопичений досвід його реалізації, виявити тенденції розвитку². Цей інститут уперше був визнаний у раніше діючому Законі Російської Федерації від 12 липня 1991 р. «Про Конституційний Суд РРФСР», який передбачав право громадян на звернення до Конституційного Суду зі скаргою щодо конституційності *правозастосовної практики*. Правом подання такої скарги були наділені громадяни РФ, іноземці та особи без громадянства, які вважали, що їх основні права та законні інтереси порушені або не захищені остаточним рішенням суду, іншого державного органу чи посадової особи, що набуло чинності.

/ Ю. Кудрявцева // Конституционное правосудие (Молдова). – 2003. – № 2. – С. 58–62; Князев С. Д. Институт конституционной жалобы в Российской Федерации: законодательная модель и судебная практика / С. Д. Князев // Теоретические и практические аспекты, связанные с индивидуальной конституционной жалобой в европейской модели конституционного правосудия : сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (13–14 мая 2010 г.). – Минск : БДП, 2010. – С. 38–50 та ін.

¹ Див.: Голик Н. М. Конституционная жалоба – гарантия защита прав и свобод граждан в практике конституционного правосудия Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. М. Голик. – М., 2008. – 25 с.; Николаева Т. А. Обращения граждан в органы конституционной юстиции Российской Федерации и зарубежных стран: сравнительно-правовой анализ [Электронный ресурс] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. А. Николаева. – М., 2008. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obrashcheniya-grazhdan-v-organy-konstitutsionnoi-yustitsii-rossiiskoi-federatsii-i-zarubezhn> та ін.

² Бондар М. Інститут конституційної скарги: співвідношення приватних і публічних начал (з практики Конституційного Суду Російської Федерації) / М. Бондар // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 верес. 2011 р. / Конституц. Суд України ; відп. ред. А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 101.

При цьому визнання Конституційним Судом РФ неконституційності правозастосовної практики не спричиняло позбавлення норми закону, застосованого у конкретній справі, юридичної сили. Такий закон міг бути скасований тільки законодавцем, а Конституційний Суд РФ лише мав повноваження обмежити його застосування¹. Особливою умовою розгляду справи про конституційність правозастосовної практики стало ухвалення оскаржуваного рішення відповідно до «узвичасня»². Це, на думку М. Вітрука, давало можливість поставити питання про перевірку конституційності правозастосовної практики, яка могла виходити далеко за межі закону або складатися всупереч його вимогам³.

Однак контроль за конституційністю правозастосовних актів був визнаний таким, що неповною мірою відповідає завданням конституційної юрисдикції, а його юридичні наслідки — сутності конституційного контролю, який має забезпечувати верховенство Конституції передусім через вилучення з правового поля неконституційних нормативних актів, які є загальнообов'язковими та ухвалюються вищими органами держави. У зв'язку з цим було вирішено трансформувати національну модель конституційної скарги у бік *конкретного нормоконтролю*, тобто визнати право осіб ініціювати перевірку Конституційним Судом РФ конституційності норми у разі її застосування (можливості застосування) у конкретній справі, що призвело до порушення конституційних прав і свобод.

Така модель конституційної скарги отримала закріплення у *Конституції Російської Федерації*, що була схвалена всенародним голосуванням 12 грудня 1993 р. та набула чинності 25 грудня 1993 р. з дня її офіційного оприлюднення (чинна редакція діє з 31 грудня 2008 р.)⁴.

¹ Докладніше див.: Демичев Д. М. Конституционная жалоба: история и современность / Д. М. Демичев // Теоретические и практические аспекты, связанные с индивидуальной конституционной жалобой в европейской модели конституционного правосудия : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (13–14 мая 2010 г.). – Минск : БДП, 2010. – С. 138.

² Кравец И. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2003. – № 18. – Ч. 1. – С. 39.

³ Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс / Н. В. Витрук. – М., 1998. – С. 299.

⁴ Офіційне оприлюднення: Рос. газ. № 3237(853), 25 декабря 1993. Дані про ухвалення, оприлюднення та внесення змін до Конституції РФ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.constitution.ru/10003000/note.htm>. Текст Конституції в актуальному стані [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.constitution.ru>. Текст зведений з офіційним виданням Конституції Російської Федерації.

Конституційному Суду РФ безпосередньо присвячена ст. 125 Основного Закону, в якій серед інших його повноважень вказується, що *«Конституційний Суд РФ за скаргами на порушення конституційних прав і свобод громадян і за запитами судів перевіряє конституційність закону, застосованого або такого, що підлягає застосуванню у конкретній справі, у порядку, встановленому федеральним законом»* (ч. 4 ст. 125 Конституції РФ). Це положення Основного Закону заклало конституційні засади права на конституційну скаргу, яке, за твердженням І. Кравця, фактично стало новим правом громадян¹. Д. Демічев справедливо зазначив, що після закріплення конституційної скарги у законодавстві Російської Федерації був розширений перелік засобів захисту конституційних прав і свобод громадян, а також істотно збільшена їх альтернативність у механізмі юридичних гарантій².

Положення ч. 4 ст. 125 Конституції РФ вказують на підставу конституційної скарги, якою виступає *«порушення конституційних прав і свобод громадян»*. Конституція РФ не конкретизує поняття «конституційні права і свободи громадян», залишаючи відкритим питання, чи йдеться лише про права і свободи, закріплені у Главі 2 «Права і свободи людини і громадянина» Основного Закону, чи припускається розширене тлумачення цього поняття. При цьому в самій Главі 2 Конституції РФ словосполучення «конституційні права і свободи» не вживається, тоді як у ст. 55 Основного Закону використовується словосполучення «основні права і свободи», перераховані в Конституції РФ.

Т. Хабрієва вважає, що для вирішення справ за скаргами громадян обов'язковим є звернення Конституційного Суду РФ до конституційних норм, роз'яснення їх змісту, оскільки сама скарга подається на порушення законом конституційних прав і свобод. У іншому випадку скарга просто не допускається³. З. Попов наголошує на розумінні конституційних прав і свобод як найважливіших прав і свобод людини і гро-

¹ Кравец І. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Журн. рос. права. – 2003. – № 8. – С. 19.

² Демичев Д. М. Конституционная жалоба: история и современность / Д. М. Демичев // Теоретические и практические аспекты, связанные с индивидуальной конституционной жалобой в европейской модели конституционного правосудия : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (13–14 мая 2010 г.). – Минск : БДП, 2010. – С. 137.

³ Хабриева Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика / Т. Я. Хабриева. – М. : Юрист, 1998. – С. 206.

мадянина, що розкривають природний стан свободи і отримують вищий юридичний захист. Порушення саме таких прав і свобод є підставою для звернення зі скаргою до Конституційного Суду РФ¹. У цьому зв'язку М. Вітрук вказує, що Конституційний Суд РФ визнає такими правами й *права людини, які безпосередньо не закріплені в Конституції РФ, але визнані міжнародним правом*². Таке «розширення» підстав конституційної скарги Конституційним Судом РФ ґрунтується на конституційних положеннях, зокрема, про те, що основні принципи і норми міжнародного права та міжнародні договори РФ є складовою частиною її правової системи (ч. 4 ст. 15 Основного Закону). Конституційний Суд РФ в Ухвалі від 31 липня 1995 р. відзначив, що органи влади держави у своїй діяльності зв'язані як внутрішнім, так і міжнародним правом³.

Інші елементи правового механізму функціонування конституційної скарги докладно регламентовані у Федеральному конституційному законі «Про Конституційний Суд Російської Федерації» від 21 липня 1994 р. № 1-ФКЗ (із наступними змінами та доповненнями⁴ (передусім у Главі XII. Розгляд справ щодо конституційності законів за скаргами на порушення конституційних прав і свобод громадян), а також конкретизовані правовими позиціями Конституційного Суду РФ. Процедурні питання визначено у Регламенті Конституційного Суду Російської Федерації, остання редакція якого була ухвалена Конституційним Судом РФ у пленарному засіданні 24 січня 2011 р.⁵

Для формування уявлення про інститут конституційної скарги у Російській Федерації принципове значення має ідентифікація *кола суб'єктів, уповноважених звертатися до Конституційного Суду зі*

¹ Попов З. В. Рассмотрение Конституционным Судом Российской Федерации индивидуальных и коллективных жалоб и обращений / З. В. Попов // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2005. – № 20. – Ч. 1. – С. 100.

² Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики / Н. В. Витрук. – М.: Городец-издат, 2001. – С. 235.

³ Див.: Тиунов О. Решения Конституционного Суда и международное право / О. Тиунов // Рос. юстиция. – 2001. – № 10. – С. 15.

⁴ О Конституционном Суде Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (с изменениями и дополнениями). – Режим доступа: <http://base.garant.ru/10101207/>.

⁵ Регламент Конституционного Суда Российской Федерации [Электронный ресурс]: Принят Конституционным Судом Российской Федерации в пленарном заседании 24 января 2011 г. – Режим доступа: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/LegalBases/Reglament/Pages/default.aspx>.

скаргою на порушення прав і свобод громадян¹. При цьому, як зазначає С. Князев, слід ураховувати, що цей та інші «параметри конституційного оскарження» не лише визначаються законодавством, а й підпадають під активний інтерпретаційно-змістовний вплив із боку самого Конституційного Суду².

Відповідно до ч. 1 ст. 96 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» із змінами, внесеними Федеральним конституційним законом від 3 листопада 2010 р. № 7-ФКЗ, правом на звернення до Конституційного Суду РФ з *індивідуальною або колективною скаргою* на порушення конституційних прав і свобод володіють *громадяни*, чії права і свободи порушуються законом, застосованим у конкретній справі, та *об'єднання громадян*, а також інші органи і особи, вказані у федеральному законі.

За буквального тлумачення цього положення Закону, Конституційний Суд РФ розглядає лише скарги громадян РФ. Однак правовими позиціями Конституційного Суду РФ неодноразово підтверджено, що право на звернення до Конституційного Суду РФ гарантується не тільки власне російським громадянам, а й іноземцям та особам без громадянства, якщо законом порушені їх права і свободи, гарантовані Конституцією³.

Поряд з індивідуальною скаргою, наведене положення ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» закріплює також право на звернення громадян з *колективними скаргами*. В. Кряжков та Л. Лазаєв пропонують розуміти під колективною скаргою групи осіб, кожна з яких має право на звернення до Конституційного Суду і до якої за-

¹ Докладніше про суб'єктів конституційної скарги див.: Князев С. Д. Институт конституционной жалобы в Российской Федерации: законодательная модель и судебная практика / С. Д. Князев // Теоретические и практические аспекты, связанные с индивидуальной конституционной жалобой в европейской модели конституционного правосудия : сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (13–14 мая 2010 г.). – Минск : БДП, 2010. – С. 40–44; Попов З. В. Рассмотрение Конституционным Судом Российской Федерации индивидуальных и коллективных жалоб и обращений / З. В. Попов // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2005. – № 20. – Ч. 1. – С. 100–101.

² Князев С. Д. Институт конституционной жалобы в Российской Федерации: законодательная модель и судебная практика / С. Д. Князев // Теоретические и практические аспекты, связанные с индивидуальной конституционной жалобой в европейской модели конституционного правосудия : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (13–14 мая 2010 г.). – Минск : БДП, 2010. – С. 39–40.

³ Див., зокрема, ухвалу Конституційного Суду РФ від 17 лютого 1998 р. № 6-П у справі про перевірку конституційності положення ч. 2 ст. 31 Закону СРСР від 24 червня 1981 р. «Про правове становище іноземних громадян в СРСР» у зв'язку зі скаргою Ях'я Дашти Гафура.

стосований або підлягає застосуванню оспорюваний закон¹. Тобто колективну скаргу може подати група осіб, кожний представник якої володіє правом на індивідуальну скаргу та має підстави для її подання. Як підкреслює М. Вітрук, колективну скаргу за російським законодавством не слід «змішувати» з так званою народною скаргою, яка не припускається у конституційному судочинстві Росії².

Стаття 96 (ч. 1) ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» до суб'єктів конституційної скарги відносить також *об'єднання громадян*, до яких передусім належать створювані громадянами відповідно до ст. 30 Конституції РФ громадські об'єднання (громадські організації, політичні партії, професійні спілки)³. Однак Конституційний Суд РФ «розширив коло таких суб'єктів звернення»⁴, визнавши юридичних осіб різної форми власності (у тому числі, в окремих випадках — державні підприємства та державні установа), релігійні об'єднання, а також муніципальні утворення належними суб'єктами звернення зі скаргою щодо захисту конституційних прав і свобод⁵.

¹ Кряжков В. А. Конституционная юстиция в Российской Федерации / В. А. Кряжков, Л. В. Лазарев. – М. : БЕК, 1998. – С. 285.

² Вітрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики / Н. В. Вітрук. – М. : Городец-издат, 2001. – С. 236.

³ Див.: Романовская О. В. Понятие «объединение граждан» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации / О. В. Романовская // Рос. юрид. журн. – 2009. – № 5. – С. 196–204.

⁴ Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні: монографія / О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, С. Г. Серьогіна, І. І. Бодрова. – К. : Атіка-Н, 2010. – С. 38.

⁵ Див.: *Ухвалу* Конституційного Суду від 24 жовтня 1996 р. № 17-П у справі про перевірку конституційності ч. 1 ст. 2 Федерального закону від 7 березня 1996 р. «Про внесення змін і доповнень до Закону Російської Федерації «Про акцизи», прийнятому у зв'язку зі зверненням акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю і двох товариств; *Ухвалу* від 12 жовтня 1998 р. № 24-ГТ у справі про перевірку конституційності п. 3 ст. 11 Закону РФ від 27 грудня 1991 р. «Про основи податкової системи в Російській Федерації»; *Ухвалу* Конституційного Суду від 28 червня 2009 р. № 10-П у справі про перевірку конституційності п. 4 ч. 2 ст. 250, ст. 321¹ Податкового кодексу РФ і абз. 2 п. 3 ст. 41 Бюджетного кодексу РФ у зв'язку зі скаргами Російського хіміко-технологічного університету ім. Д. І. Менделєєва і Московського авіаційного інституту (державного технічного університету); *Ухвалу* Конституційного Суду від 2 квітня 2002 р. № 7-П у справі про перевірку конституційності окремих положень Закону Красноярського краю «Про порядок відклику депутата представницького органу місцевого самоврядування» і Закону Коряцького автономного округу «Про порядок відклику депутата представницького органу місцевого самоврядування, виборної посадової особи місцевого самоврядування у Коряцькому автономному окрузі» у зв'язку зі скаргами заявників А. Г. Злобіна та Ю. А. Хнаєва та окремих ін.

Як передбачено ч. 1 ст. 96 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації», правом на звернення до Конституційного Суду РФ з конституційною скаргою, крім громадян та їх об'єднань, володіють «інші органи і особи, вказані у федеральному законі». До таких суб'єктів сьогодні належать *Генеральний прокурор Російської Федерації* (ч. 6 ст. 35 Федерального закону «Про прокуратуру Російської Федерації») і *Уповноважений з прав людини в Російській Федерації* (п. 5 ч. 1 ст. 29 Федерального закону «Про Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації»). Однак, як стверджує І. Кравець, помітного практичного впливу на здійснення конституційного контролю за конституційними скаргами ці посадові особи не здійснюють¹.

Наведені вище положення ст. 96 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» вказують не лише на суб'єктів, а й на *предмет конституційної скарги* та *умови її прийнятності*. У вказаній статті передбачається, що правом на звернення зі скаргою на порушення конституційних прав і свобод володіють громадяни та їх об'єднання, чий права і свободи порушуються *законом*. Зазвичай до Конституційного Суду оскаржуються окремі положення закону, які порушують конституційні права і свободи окремих осіб, хоча можливим є й оскарження закону в цілому. Наприклад, Ухвалою від 1 квітня 2008 р. № 194-О-П Конституційний Суд РФ визнав таким, що втратив чинність, увесь Закон Калінінградської області «Про організацію місцевого самоврядування на території Балтійського міського округу»².

Тривалий час у діяльності Конституційного Суду РФ застосовувався формально-юридичне тлумачення терміна «закон», що міститься в ч. 4 ст. 125 Конституції РФ і статтях 96, 97 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації». Таке розуміння закону означало, що під ним розумілися «нормативно-правові акти законодавчого походження, прийняті федеральними або регіональними парламентами»³. Отже, у формально-юридичному значенні поняття закону охоплює *федеральні конституційні закони, федеральні закони і закони суб'єктів Російської*

¹ Кравець І. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2003. – № 18. – Ч. 1. – С. 42.

² Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні : монографія / О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, С. Г. Серьогіна, І. І. Бодрова. – К. : Атіка-Н, 2010. – С. 42.

³ Кравець І. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2003. – № 18. – Ч. 1. – С. 44.

Федерації. Однак В. Кряжков та Л. Лазарев ще у 1998 р. зазначали, що Конституційний Суд міг би і не самообмежувати свою компетенцію за ч. 4 ст. 125 Конституції РФ буквальним тлумаченням поняття «закон». Предметом конституційної скарги можна вважати не тільки нормативні акти з таким найменуванням. Фактично роль закону виконують й інші акти¹.

Згодом таку позицію зайняв і сам Конституційний Суд РФ. Його Ухвала від 5 липня 2001 р. внесла істотні корективи у розуміння терміна «закон». Конституційний Суд визнав такими, що підлягають конституційному контролю, *постанови Державної Думи про амністію*, виходячи з того, що «має гарантуватися захист і проти таких, що приймаються з порушенням принципів правової держави, актів про амністію»². Таким чином, розширене тлумачення терміна «закон» відносно підконтрольних Конституційному Суду РФ актів дозволило визнати *нормативні постанови Державної Думи* (якими є акти про амністію) *законами в матеріальному значенні*³.

У конституційно-правовій літературі справедливо наголошується на можливих випадках, коли з питань, що зачіпають права і свободи громадян, ухвалюються не тільки законодавчі акти парламенту, а й нормативні акти інших органів державної влади. За твердженням В. Маєвського, саме в нормативних актах і постановах федеральних і регіональних органів законодавчої і виконавчої влади, а також органів місцевого самоврядування міститься переважна частина порушень прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Конституцією РФ⁴.

Однак спочатку Конституційний Суд РФ сформував підхід, що ані Конституція, ані ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» взагалі не передбачають можливість перевірки конституційності по-

¹ Кряжков В. А. Конституционная юстиция в Российской Федерации / В. А. Кряжков, Л. В. Лазарев. – М. : БЕК, 1998. – С. 289.

² Див.: Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. «По делу о проверке конституционности Постановления Государственной Думы от 28 июня 2000 года № 492-III ГД «О внесении изменения в Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» в связи с запросом Советского районного суда города Челябинска и жалобами ряда граждан» // Собр. законодательства РФ. – 2001. – № 29. – Ст. 3059.

³ Кравец И. А. Конституционная жалоба: традиции и новации в механизме гарантий прав и свобод личности / И. А. Кравец // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2003. – № 18. – Ч. 1. – С. 45.

⁴ Маевский В. Страсти по судебной реформе / В. Маевский // Рос. юстиция. – 2001. – № 11. – С. 8.

станов Уряду за зверненнями громадян¹. Проте в Ухвалі від 27 січня 2004 р. № 1-П Конституційний Суд РФ фактично переглянув свою правову позицію, спираючись на ст. 125 (ч. 4) Конституції РФ і статті 96, 97, 101 і 103 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації», і в своїх подальших рішеннях вже виходив із висновку про можливість перевірки у порядку конституційного судочинства за скаргами громадян такої постанови Уряду, яка ухвалена на підставі прямої вказівки федерального закону і підлягає застосуванню разом з ним у конкретній справі у нерозривній єдності².

У випадку, якщо в конкретній справі підлягають застосуванню інші, не вказані вище нормативні акти федерального органу державної влади (наприклад, укази Президента), що порушують те чи інше конституційне право або свободу людини, скарга громадянина на невідповідність даного акта закону не розглядатиметься Конституційним Судом РФ, оскільки належить до компетенції загальних судів.

На окрему увагу заслуговує проблема прийнятності конституційних скарг та «фільтрів», які використовуються для відсікання скарг, що є недопустимими. У Російській Федерації запроваджено конституційну скаргу щодо конституційності нормативних актів у зв'язку з їх застосуванням у конкретних справах. Подання до Конституційного Суду РФ абстрактних скарг громадян, не пов'язаних із конкретною справою, не допускається. Як встановлено в Ухвалі Конституційного Суду РФ від 19 лютого 2004 р. № 33-0, конкретно є справа, у зв'язку з якою судом чи іншим правозастосовним органом у рамках юрисдикційної чи іншої процедури й на основі норм відповідного закону вирішується питання, що зачіпає права і свободи заявника, а також встановлюються та (або) досліджуються фактичні обставини. Водночас згідно з Ухвалою Конституційного Суду РФ від 27 грудня 2005 р. № 522-0 не виключається можливість подання абстрактної скарги щодо конституційних (статутних) судів суб'єктів РФ³.

¹ Див., напр.: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 марта 1995 г. № 6-П, от 28 июня 1995 г. № 35-0, от 4 декабря 1997 г. № 121-0, от 8 января 1998 г. № 2-0 и др.

² Елинский А. В. Форма оспариваемого акта как критерий допустимости его проверки в процедуре конституционного судопроизводства по жалобам граждан и запросам судов в части вопросов, касающихся уголовно-правовой сферы / А. В. Елинский // Журн. конституц. правосудия. – 2010. – № 2 (14). – С. 15.

³ Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні : монографія / О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, С. Г. Серьогіна, І. І. Бодрова. – К. : Атіка-Н, 2010. – С. 41, 42.

Однак на сьогодні Конституція РФ та ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» неоднозначно вирішують питання щодо умов прийнятності конституційної скарги у частині застосування закону в конкретній справі. Згідно з ч. 4 ст. 125 Основного Закону скарга може бути подана як у *регресному порядку* (тобто після набрання рішенням суду законної сили), так і у *випереджаючому* (тобто за умови, коли такий закон може бути застосований тільки у конкретній справі)¹.

Аналогічні положення щодо умов прийнятності конституційної скарги було закріплено у статтях 96–98 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації», однак такий підхід значно ускладнював процедуру розгляду таких скарг Конституційним Судом РФ та призводив до його необґрунтованого перевантаження. У зв'язку з цим ФКЗ «Про внесення змін до Федерального конституційного закону “Про Конституційний Суд Російської Федерації”» від 3 листопада 2010 р. № 7-ФКЗ² вилучив із ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» (статті 96–98) положення, які надавали можливість оскаржувати закони, що можуть бути застосовані в конкретних справах. Отже, на сьогодні, відповідно до ст. 97 Закону, скарга на порушення законом конституційних прав і свобод визнається прийнятною, якщо: 1) закон зачіпає конституційні права і свободи громадян; 2) закон застосовано у конкретній справі, розгляд якої завершено в суді³.

Однак виникають серйозні питання стосовно того, що відповідні зміни не було внесено до ч. 4 ст. 125 Конституції РФ. Нові положення ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації», хоча й оптимі-

¹ Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный) / [под ред. Ю. А. Дмитриева]. – М. : Деловой двор, 2009. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/5697462/>

² Федеральный конституционный закон от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/199637/#1037>. Текст федерального конституционного закона опубликован в «Российской газете» от 10 ноября 2010 г. № 253, в Собрании законодательства Российской Федерации от 8 ноября 2010 г. № 45 ст. 5742, в «Парламентской газете» от 12 ноября 2010 г. № 59.

³ Порядок обращения в Конституционный Суд Российской Федерации / Конституционный Суд Российской Федерации [Электронный ресурс] : Из Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (с изменениями от 8 февраля 2001 г., 15 декабря 2001 г., 7 июня 2004 г., 5 апреля 2005 г., 5 февраля 2007 г., 2 июня 2009 г., 3 ноября 2010 г., 28 декабря 2010 г.). – Режим доступа: <http://www.krsf.ru/Treatments/Pages/default.aspx>.

зують діяльність органу конституційного контролю, однак можуть розцінюватись як такі, що звужують конституційні права громадян щодо судового оскарження та обмежують їх доступ до конституційного судочинства. З іншого боку, російські конституціоналісти на обґрунтування такого підходу пропонують доктринальне тлумачення вказаного положення Основного Закону, за яким випереджаючий конституційний контроль стосується тільки запитів судів.

Вимоги законодавства РФ у його актуальному стані та запропоновані в конституційно-правовій літературі узагальнення¹ дозволяють дійти висновку, що скарга на порушення законом конституційних прав і свобод вважається допустимою, якщо: 1) заявник оскаржує закон (або інший нормативний акт, визнаний Конституційним Судом РФ допустимим предметом конституційної скарги); 2) закон зачіпає його особисті права і свободи; 3) ці права і свободи гарантовані на конституційному або міжнародному рівні; 4) є конкретна справа, розгляд якої завершений судом; 5) оскаржуваний закон застосований у цій справі відносно заявника.

За підсумками розгляду скарги на порушення законом конституційних прав і свобод громадян, як це передбачено новою редакцією ст. 100 ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації», Конституційний Суд РФ виносить одну з таких ухвал: 1) про визнання закону або окремих його положень такими, що відповідають Конституції РФ; 2) про визнання закону або окремих його положень такими, що не відповідають Конституції РФ; 3) про визнання оскаржуваних заявником положень нормативного правового акта аналогічними нормам, раніше визнаним такими, що не відповідають Конституції РФ ухвалою Конституційного Суду РФ, що зберігає чинність, і тому також не відповідними Конституції РФ, або про констатацію факту, що застосована у конкретній справі норма раніше визнана неконституційною ухвалою Конституційного Суду РФ, яка зберігає чинність. В останніх двох випадках справа, в якій був застосований оскаржуваний закон, у будь-якому разі *підлягає перегляду компетентним органом в звичайному порядку*.

У разі визнання оскаржуваного закону або його окремих положень такими, що не відповідають Конституції РФ, громадянам і (або)

¹ Кудрявцев Ю. Индивидуальная жалоба в Конституционный Суд (на примере законодательства и практики Конституционного Суда Российской Федерации) / Ю. Кудрявцева // Конституционное правосудие (Молдова). – 2003. – № 2. – С. 59.

об'єднанням громадян, що звернулися до Конституційного Суду РФ з конституційною скаргою, за рахунок бюджетних коштів відшкодовуються фактично понесені витрати (сплачене державне мито; витрати на оплату послуг представників; на проїзд і проживання заявників та їх представників; поштові витрати; компенсація за фактичну втрату часу). При цьому компенсація шкоди, завданої ухваленням судового рішення, заснованого на неконституційному законі, Конституційним Судом РФ не присуджується.

Проведене дослідження дозволяє дійти висновків, що на початку свого запровадження у 1991 р. інститут конституційної скарги передбачав контроль за конституційністю *правозастосовної практики*, однак через його неповну відповідність завданням конституційної юрисдикції та сутності конституційної юстиції був трансформований у бік *конкретного нормоконтролю*. Вже у 1993 р. на рівні Основного Закону була визнана модель нормативної конституційної скарги¹, предметом конституційного оскарження якої міг виступати закон (його окремі положення), *застосований або такий, що підлягає застосуванню у конкретній справі*. У процесі розвитку інституту конституційної скарги у 2010 р. на рівні ФКЗ «Про Конституційний Суд Російської Федерації» було визнано прийнятними лише скарги проти закону, застосованого у конкретній справі, розгляд якої завершено в суді, отже, було скасовано *випереджаючий* та залишено виключно *регресний порядок подання конституційної скарги*.

Названі основні етапи трансформації інституту конституційної скарги свідчать, що Російська Федерація йшла шляхом його послідовного реформування й оптимізації та віддала перевагу **моделі нормативної конституційної скарги**. У той же час російська модель конституційної скарги характеризується розглянутими вище національними особливостями елементів правового механізму її функціонування, які дозволяють мінімізувати ризики, пов'язані з цим конституційно-правовим інститутом (зокрема, перевантаження органу конституційного контролю, вихід ним за межі конституційної юрисдикції та окремі ін.), та підсилити його переваги як ефективного засобу захисту прав

¹ Докладніше див.: Гультай М. Питання вдосконалення індивідуального доступу до конституційного правосуддя в Україні / М. М. Гультай // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу : матеріали міжнар. конф., м. Київ, 16 верес. 2011 р. / Конституц. Суд України ; відп. ред. А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 63, 64.

людини, утвердження демократії та верховенства права. У цілому, позитивний досвід Російської Федерації щодо запровадження та вдосконалення інституту конституційної скарги потребує подальшого докладного вивчення з метою його врахування при розробці *Концепції запровадження інституту конституційної скарги в Україні*¹.

Гультай М. Институт конституционной жалобы в Российской Федерации: основные особенности и тенденции развития

В статье освещаются основные этапы трансформации института конституционной жалобы в Российской Федерации, особенности современной российской модели такой жалобы и элементов её правового механизма функционирования, которые подлежат учету при решении вопроса о введении этого конституционно-правового института в Украине.

Ключевые слова: конституционный контроль, Конституционный Суд РФ, конституционная жалоба, конституционные права и свободы человека и гражданина.

Gultay M. Institute of constitutional complaint in Russian Federation: basis features and trends of development

The article is devoted to the description of basic stages of transformation of the institute of constitutional complaint in Russian Federation, features of modern Russian model of such complaint and the elements of its legal mechanism of functioning, which should be considered in the course of introduction of constitutional complaint in Ukraine.

Keywords: constitutional control, Constitutional Court of Russian Federation, constitutional complaint, constitutional rights and freedoms of man and citizen.

¹ Про ідею розробки такої концепції див.: Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя у рішеннях Конституційного Суду України / А. С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 274, 277, 278.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347(477)

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент
НАПрН України, доктор юридичних
наук

Значення державної реєстрації для цивільних правовідносин

Цивільний кодекс України 2003 р. (ЦК) позиціонувався як кодекс приватного права, в якому не має місця нормам права публічного. Державна реєстрація зазвичай розуміється як публічний елемент, що виходить за межі сфери регулювання цивільних відносин, у зв'язку з чим про неї в ЦК лише згадується, і вона не стає предметом наукових досліджень цивілістів. У той же час тісний зв'язок реєстрації з багатьма юридичними фактами, що мають першорядне значення для цивільних правовідносин, не дозволяє вченим абстрагуватися від неї. Це стосується насамперед вчинення правочинів, переходу права власності, виникнення в особи суб'єктивних прав та й створення самих суб'єктів права — юридичних осіб. Слід констатувати багатовекторність державної реєстрації, її різне призначення і правові наслідки.

По-перше, реєстрація сприймається як фактор публічної вірогідності відомостей, поміщених до відповідного реєстру; по-друге, вона вважається правовстановлювальним фактом; по-третє, виконуючи функції обліку, вона є складовою відносин у сфері інформації. Звичайно вважають, що функції реєстрації виконують держоргани, у зв'язку з чим вона йменується «державною».

Усі ці аспекти не є цілком прийнятними для різних видів реєстрації, яка досить різноманітно врегульована, причому найчастіше складно простежити певні закономірності у вимогах законодавця до її проведення.

Види реєстрації за українським законодавством є такими: а) реєстрація суб'єктів, об'єктів, фактів, правочинів, прав; б) реєстрація правофіксуюча і правопороджуюча (причому вона може породжувати як суб'єктивне цивільне право, так і право переважне).

Цілком очевидно, що такий спектр реєстрації не дозволяє в одній статті проаналізувати всі її різновиди, тому зробити це можна лише в першому наближенні.

1. Реєстрація суб'єктів. Реєстрація юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців здійснюється в Україні на підставі однойменного Закону № 755-IV від 15.05.2003 р., відповідно до якого реєструються всі «юридичні особи незалежно від організаційно-правової форми, форми власності й підпорядкування» (ст. 3), хоча законом можуть бути передбачені особливості державної реєстрації об'єднань громадян, органів державної влади й органів місцевого самоврядування, банків, торгово-промислових палат, бірж та ін.

Законодавство про реєстрацію юридичних осіб є настільки багатоаспектним, а проблематика настільки різноманітною, що заслуговує на окрему увагу.

2. Реєстрація об'єктів. Звертає на себе увагу існування двох схожих видів реєстрації — *самих об'єктів і прав на них*, причому залежно від специфіки кожного з об'єктів мають місце різноманітні реєстри, правила їх ведення й призначення. Згідно зі ст. 1 Закону України № 1898-VI від 11.02.2010 г. «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень» (далі — Закон) сферою його дії не охоплюються повітряні й морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні й інші об'єкти цивільних прав, на які поширюється правовий режим нерухомої речі. Разом з тим у спеціальних законах мова йде вже про реєстрацію *не прав*, а *самих цих об'єктів*. Так, ведуться різні реєстри цивільних і державних повітряних суден: перших — на підставі правил, установлюваних державним органом з питань сертифікації й реєстрації; других — Міністерством оборони України (ст. 25 Повітряного кодексу України). Українські судна, технічний нагляд за якими здійснюють класифікаційні товариства, реєструються в Державному судовому реєстрі України, а ті, що підлягають реєстрації в цьому реєстрі, реєструються в Судновій книзі України.

Реєстрації підлягають і морські судна на підставі Порядку ведення реєстрів, установлюваних Кабінетом Міністрів України (ст. 26 Кодексу торговельного мореплавання України — КТМ). Реєстрація судна в Державному судовому реєстрі України засвідчується свідоцтвом про право плавання під Державним прапором України (судновим патентом), а реєстрація в Судновій книзі України — судновим квитком (ст. 28 КТМ).

Відповідно до Конвенції про реєстрацію 1975 р.¹ космічні об'єкти при запуску на орбіту реєструються державою, що їх запускає, шляхом запису у відповідному реєстрі, який нею ведеться. Підлягають реєстрації й інші транспортні засоби, а також тварини — відомості про яких вносяться до Єдиного державного реєстру тварин — електронну базу даних про ідентифікацію тварин, їхніх власників, господарства, переміщення, забій, утилізацію, загибель, падіж цих тварин, який ведеться з метою одержання оперативної й надійної інформації про поголів'я тварин, їхній стан, місцеперебування, для поліпшення управління й прогнозування ринків продукції тваринництва, а також контролю за епізоотичною ситуацією в Україні (Закон України № 1445-IV від 04.06.2009 р. «Про ідентифікацію та реєстрацію тварин»). Проводиться реєстрація лікарських засобів (ст. 9 Закону України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. «Про лікарські засоби»), виробів медичного призначення (Порядок державної реєстрації медичної техніки та виробів медичного призначення, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України № 1497 від 09.11.2004 р.), імунобіологічних препаратів² та ін.

Звідси випливає, що поряд із державною реєстрацією прав на нерухомість як елемента особливого правового режиму природного нерухомого об'єкта існує спеціальна реєстрація певних видів речей, що належать до нерухомих за законом, як умова появи їх як таких і відомостей про їх технічний стан. Для цих об'єктів вона має в основному технічне значення, хоча для придбання права власності на них значимість цього факту виходить за ці межі. Аналогічними є вимоги і наслідки реєстрації наведених вище рухомих речей.

Тут же можна вказати на реєстрацію (облік) нерухомих безхазяйних речей³, здійснювану органом державної реєстрації прав на нерухомість відповідно до ст. 335 ЦК України.

3. Реєстрація речових прав. На відміну від реєстрації нерухомих речей, реєстрація прав на них більш уніфікована, хоча й більш проб-

¹ Конвенция о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство (Нью-Йорк, 14 января 1975 г.) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – Вып. XXXIV. – М., 1980. – С. 442 – 446.

² Положення про контроль за відповідністю імунобіологічних препаратів, що застосовуються в медичній практиці, вимогам державних та міжнародних стандартів, затв. постановою Кабінету Міністрів України № 73 від 15.01.1996 р.

³ А не прав на них, адже саме для виникнення права комунальної власності на безхазяйні речі необхідна така реєстрація.

лемна, що пов'язане з істотною зміною українського законодавства і принциповими нововведеннями.

Аналізуючи реєстрацію прав, насамперед слід зазначити такі її види, як реєстрація прав речових та інтелектуальних¹. До третього виду можна віднести реєстрацію спадкових прав.

Державна реєстрація речових прав здійснюється на підставі спеціального закону. В 2010 р. в Україні був прийнятий у новій редакції Закон «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень», яким з 1 січня 2012 р. вводиться новий підхід порівняно з тим, що склався з 2004 р. (із набранням чинності новим ЦК України). Принципова відмінність полягає у такому. Згідно з частиною четвертою ст. 334 ЦК у старій редакції право власності виникало з моменту державної реєстрації *договору*. Нова редакція цієї норми пов'язує момент виникнення права власності з державною реєстрацією не правочинів, а *права* на нерухоме майно. Порівняння цих двох підходів стосовно значення державної реєстрації для цивільного обороту викликає деякі міркування.

Порядок, що існував із 2004 р., припускав три шаблі «зміцнення прав»: нотаріальне посвідчення договору; його державну реєстрацію й державну реєстрацію права власності на нерухомість. При цьому: а) момент набуття права власності на такий об'єкт був пов'язаний не з реєстрацією права, а з реєстрацією договору; б) виникали питання про допустимість зміни за згодою сторін цього моменту; в) будучи обов'язковою, у той же час державна реєстрація не мала правостановлювального значення, а ЦК не містив негативних наслідків порушення вимоги про її проведення; г) відомості про право власності в державному реєстрі не відповідали дійсності, тому що право власності не завжди реєструвалося разом із вчиненням правочину з нерухомістю; д) розосередження державної реєстрації по різних інстанціях² не дозволяло об'єднати не тільки момент набуття права власності, а й дії по проведенню реєстрації, а також здійснити операцію відносно садиби як єдиного об'єкта права, що включає земельну ділянку, житловий будинок і інші будови на цій ділянці (ст. 381 ЦК України).

Новий порядок усуває державну реєстрацію договору й зміщає акценти на реєстрацію прав, внаслідок чого: а) відомості державного

¹ За українським законодавством – прав інтелектуальної власності.

² Реєстрація правочинів здійснювалася нотаріусами, реєстрація прав на будівлі, будинки та споруди – бюро технічної інвентаризації, а на земельні ділянки – територіальними органами Держкомзему.

реєстру відповідатимуть правам дійсних власників нерухомості; б) норма про момент виникнення права власності стає імперативною, що не дозволяє змінити його в договорі; в) нині створено єдиний орган, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухомість і нотаріусам надано доступ до державного реєстру для внесення в нього відомостей про посвідчені правочини; г) останнє дозволить також вчиняти правочини зі складними речами, такими як садиба.

Уведення нової системи державної реєстрації прав зіштовхується з багатьма труднощами, які мають бути подолані. Проте й нова редакція Закону містить суперечливі положення. Так, у ньому зазначається, що права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають із моменту їх реєстрації (ст. 3), і одночасно в ст. 2 державна реєстрація розуміється як офіційне визнання й підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяжень цих прав шляхом внесення відповідного запису до Єдиного реєстру речових прав на нерухоме майно. Тоді це може сприйматися як різні факти — виникнення, перехід і припинення права власності і їх підтвердження, хоча зрозуміло, що законодавець саме цього й прагнув уникнути, пропонуючи «накладення» цих фактів із виникненням їх єдності.

Ще одне зауваження, що заслуговує на увагу, стосується видів прав, що підлягають державній реєстрації. Із назви Закону випливає, що це права речові, а також їх обтяження. Згідно із Книгою третьою ЦК України речовими є право власності й права на чужі речі — володіння, сервітути, емфітевзис і суперфіцій. І якщо існує повна ясність відносно необхідності реєстрації останніх двох прав, то подібного не можна сказати з приводу володіння й сервітутів, особливо особистих. Тим часом у ст. 4 Закону встановлюється, що реєстрації вони підлягають, хоча в дійсності таких відомостей у реєстрі немає й не передбачається відносно прав членів родини власника на житлове приміщення. Та й узагалі, необхідності в такій реєстрації немає, оскільки українська судова практика виходить із того, що члени родини власника не зберігають своїх речових прав користування житловим приміщенням у випадку його продажу (наприклад, унаслідок звернення стягнення на заставлене майно) або припинення сімейних відносин. Останнє є підставою для припинення речового права користування членом родини цим приміщенням із посиланням на п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК, де йдеться про припинення обставини, що послужили підставою для встановлення

сервітуту. Такий підхід Вищого спеціалізованого суду України з розгляду кримінальних і цивільних справ (п. 43 Постанови Пленуму № 5 від 30.03.2012 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді спорів, що виникають із кредитних правовідносин»), заснований на ст. 40 Закону України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку», відповідно до якої звернення стягнення на переданий в іпотеку житловий будинок або житлове приміщення є підставою для виселення всіх жителів, за винятком наймачів і членів їх родин.

Також мають бути зареєстровані права господарського відання; оперативного управління; постійного користування, врегульовані Господарським і Земельним кодексами України, що за своєю природою є речовими правами. Однак, крім цих прав, підметами державної реєстрації названі: право оренди земельної ділянки, право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; управління майном. Права найму й оренди є зобов'язальними, а іпотека — способом забезпечення виконання зобов'язання (§ 6 гл. 49 ЦК України), хоча подвійність її правової природи відзначають багато дослідників. Управління ж майном, будучи договірним правом, може викликати й виникнення права довірчої власності (ч. 5 ст. 1033 ЦК України)¹. Таким чином, назва Закону не відповідає сфері його регулювання, зазначеної у преамбулі, що передбачає державну реєстрацію не тільки речових, а й інших прав.

Слід указати також на особливості державної реєстрації прав при спадкуванні. Згідно із частиною першою ст. 1299 ЦК підлягає державній реєстрації право на спадщину за умови, що до його складу входить нерухомість і що спадкоємець прийняв спадщину. А згідно із частиною другою цієї ж статті право власності на нерухомість виникає в спадкоємця з моменту державної реєстрації цього *майна*. Важливо відзначити, що: а) у цих частинах однієї статті мова йде про права на різні об'єкти (спадщина й нерухомість), хоча в ч. 2 ст. 1297 ЦК вказується про «право на спадщину на нерухомість»; б) неприпустимо змішувати поняття «право на спадщину» і «право на спадкування»; в) спадко-

¹ Уведення до законодавства України норм про довірчу власність викликає, як правило, негативну реакцію з боку цивілістів (див.: Венедиктова І. В. Договір управління майном. Лекція : в 2 ч. / І. В. Венедиктова. – Х. : НУВС, 2004. – С. 5–7 та ін.). Однак існують і протилежні позиції (див.: Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р. А. Майданик. – К., 2002. – С. 147; Харченко Г. Г. Правове регулювання діяльності трастових компаній і довірчих товариств: порівняльно-правовий аналіз : дис. ... канд. юрид. наук / Г. Г. Харченко. – К., 2004).

сміць, крім одержання в нотаріуса свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно (ст. 1297 ЦК України), ще повинен зареєструвати й своє право на нього. Саме з останнім фактом і пов'язане виникнення в нього права власності.

Окремо варто вказати на особливості державної реєстрації обтяжень і обмежень прав. Відповідно до ч. 1 ст. 577 ЦК України застава нерухомого майна підлягає державній реєстрації у випадках і в порядку, встановлених законом. На відміну від обов'язкової реєстрації іпотек, передбаченої Законом, застава рухомого майна *може бути* зареєстрована на підставі заяви будь-якої сторони договору застави (заставоодержувача або заставодавця) із внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна (ч. 3 ст. 577 ГК України) у порядку, передбаченому Законом «Про забезпечення вимог кредиторів і реєстрації обтяжень» № 1255-IV від 18.11.2003 р.

Значення державної реєстрації обтяжень є таким. По-перше, вона не сполучена з дійсністю (фактом вчинення) правочину; по-друге, реєстрація наділяє відповідне обтяження дійсністю у відносинах із третіми особами; по-третє, на підставі реєстрації встановлюється пріоритет обтяжень. Зареєстроване обтяження має вищий пріоритет перед незареєстрованими обтяженнями (статті 12, 14 зазначеного Закону). Пріоритет зареєстрованих обтяжень устанавлюється згідно із черговістю їх реєстрації, за винятками, передбаченими цим Законом.

4. Реєстрація зобов'язальних прав. Такий вид реєстрації теж знайшов місце в українському законодавстві, щоправда, він не поширений так, як реєстрація речових прав. У статті 794 ЦК передбачається державна реєстрація права користування нерухомістю, що виникає на підставі договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (її окремої частини), укладеного на строк не менш трьох років. Законом «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень» урегульована така реєстрація.

5. Державна реєстрація інтелектуальних прав. Відповідно до статей 465, 475, 485, 489, 501 ЦК України підлягають державній реєстрації майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компоновання інтегральної мікросхеми, сорту рослин, породи тварин, комерційне найменування, географічне позначення. При цьому з державною реєстрацією цих прав пов'язане їх виникнення в особи, обумовлене датою, що впливає за датою їх державної реєстрації за умови підтримки дійсності цих прав відповід-

но до закону. У частині 1 ст. 485 ЦК йдеться про державну реєстрацію не тільки майнових прав інтелектуальної власності, а й немайнових прав на сорти рослин і породи тварин.

Має свої особливості й реєстрація права на комерційне найменування, яке згідне з ч. 2 ст. 489 ЦК виникає з моменту першого його використання й охороняється без обов'язкового подання заявки на нього або його реєстрації й незалежно від того, чи є комерційне найменування частиною торговельної марки. Більше того, у ч. 3 цієї ж статті ЦК установлюється можливість (а не обов'язковість) внесення відомостей про комерційне найменування до реєстрів, порядок ведення яких установлюється законом¹.

6. Реєстрація правочинів. Державній реєстрації підлягають деякі односторонні², двосторонні й багатосторонні правочини.

Заповіти, їх скасування або внесення в них змін реєструються у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України (ч. 4 ст. 1247, ч. 7 ст. 1254 ЦК). Існує також Єдиний реєстр довіреностей, який ведеться на підставі Положення, затвердженого наказом Мін'юсту України № 111/5 від 28.12.2006 р.

Як вказувалося вище, зі зміною законодавства України про реєстрацію прав на нерухомість, договори про придбання (відчуження) прав на нерухомість відтепер реєструватися не будуть. Однак збереглася вимога про обов'язкову реєстрацію договору оренди житла з викупом (ч. 3 ст. 811 ЦК), а також правочину про заміну кредитора в зобов'язанні, що виникло на підставі правочину, який підлягає державній реєстрації (ч. 2 ст. 513 ЦК). Існує й спеціальне законодавство про реєстрацію деяких видів зовнішньоекономічних договорів³.

Можуть реєструватися договори про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, хоча реєстрація ані ліцензій, ані договорів (ліцензійного, про створення на замовлення й використання об'єкта права інтелектуальної власності, про передачу виключних майнових прав) не є обов'язковою. Вона здійснюється на вимогу ліцензіара або ліцензіата в порядку, встановленому законом. Відсутність державної реєстрації не впливає на чинність прав, наданих ліцензією або іншим договором (ч. 1 ст. 1114 ЦК України). Водночас факт пере-

¹ Дотепер такий порядок законом не встановлено.

² При цьому не будемо вдаватися в дискусію про те, чи є одностороннім правомочиним заповіт чи його складання, довіреність або її видача.

³ Постанова Кабінету Міністрів України № 1254 от 13.12.2010 р. «Деякі питання укладення та реєстрації зовнішньоекономічних контрактів» та ін.

дання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до ЦК або іншого закону є чинними після їх державної реєстрації, підлягає державній реєстрації (ч. 2 ст. 1114 ЦК). Договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, що здійснив державну реєстрацію праволодільця. Якщо останній зареєстрований в іноземній державі, реєстрація такого договору здійснюється органом, що зареєстрував користувача (частини 2 і 3 ст. 1118 ЦК). Своєрідними також є правила про наслідки державної реєстрації цього договору: якщо він був зареєстрований, його сторони можуть посилатися на нього у відносинах із третіми особами (ч. 4 ст. 1118 ЦК).

Потрібна також державна реєстрація спадкоємного договору в Спадковому реєстрі (ст. 1304 ЦК), що являє собою електронну базу даних, яка містить відомості про заповіти, спадкові договори, спадкові справи й видані свідоцтва про право на спадщину (п. 1.1 наказу Мін'юсту № 1810/5 від 7.07.2011 р. «Про спадковий реєстр»).

Що стосується державної реєстрації багатосторонніх правочинів, то можна торкнутися таких із них, як засновницькі договори й договори про спільну діяльність. Перші, будучи установчими документами повного й командитного товариств, самі по собі не реєструються (реєструється саме товариство як юридична особа). Однак відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців» підлягають реєстрації внесені в них *зміни*, зокрема пов'язані зі зміною складу учасників юридичної особи (ч. 3 ст. 29). Це стосується всіх господарських товариств, крім акціонерних.

Здійснюється реєстрація договору про спільну діяльність у державній податковій службі шляхом узяття їх на облік у зв'язку з особливостями оподаткування (ст. 64.6 Податкового кодексу України).

7. Реєстрація інших юридичних фактів. Крім правочинів, реєструються й інші юридичні факти. Згідно із Законом України № 2398-VI від 01.07.2010 р. «Про державну реєстрацію актів громадянського стану» державній реєстрації підлягають: а) народження фізичної особи і її походження; б) шлюб і його розірвання у випадках, передбачених законом; в) зміна імені; г) смерть (ч. 2 ст. 2). Відомості про ці факти, а також про усиновлення, позбавлення й відновлення батьківських прав підлягають обов'язковому внесенню до Державного реєстру актів громадянського стану (ст. 3 названого Закону).

Широко представлена реєстрація у сфері випуску й обороту цінних паперів. Відповідно до Закону України № 3480-IV від 23.02.2006 р.

«Про цінні папери й фондовий ринок» реєстрацію випуску акцій здійснює Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку (ДКЦПФР) у встановленому нею порядку. Обороти акцій дозволяється після реєстрації ДКЦПФР звіту про результати їх розміщення й видачі свідоцтва про реєстрацію випуску акцій (ч. 10 ст. 6). Аналогічно реєструється випуск облігацій підприємств (ч. 6 ст. 8 Закону). ДКЦПФР веде Державний реєстр випусків цінних паперів (ст. 31).

Наведені вище випадки державної реєстрації переконливо свідчать про достатню різноманітність державних реєстрів, значення самої реєстрації й відомостей про її проведення.

8. Наслідки порушення вимог закону про державну реєстрацію або її процедури. Такі наслідки порушень важливі; їх можна згрупувати в такий спосіб.

1. У випадку порушення вимог закону про обов'язкову реєстрацію суб'єктів, прав, правочинів або інших юридичних фактів не настають ті юридично значимі наслідки, на які були спрямовані дії осіб. Без державної реєстрації юридична особа не може вважатися створеною. Права власності на нерухомість в особи не виникає, навіть якщо виконані всі умови правочину по оплаті й передачі майна, а також якщо дотримані вимоги до форми правочину. Правочин, що вимагає реєстрації, у відсутність такої вважається невчиненим (договір — неукладеним).

2. У випадку зневаги реєстрацією (при необов'язковому її проведенні): а) особа не набуває тих переваг, яких вона надає (наприклад, при реєстрації застави); б) наслідки настають тільки для сторін правочину і вони не можуть посилалися на цей договір у відносинах із третіми особами (приміром, при договорі концесії).

3. Цікавими є наслідки відчуження іменних цінних паперів, зокрема акцій, без внесення відповідних даних до реєстру. **Права на** такі цінні папери переходять до набувача, а **права з** цінного паперу — ні. Згідно з ч. 1 ст. 5 Закону України № 710/97-ВР від 10.12.1997 р. «Про Національну депозитарну систему й особливості електронного обороту цінних паперів в Україні» у випадку відчуження знерухомлених іменних цінних паперів право власності переходить до нового власника з моменту їх зарахування на рахунок власника в зберігача. Права з цінних паперів (на участь в управлінні, одержання доходу та ін.) можуть бути реалізовані з моменту внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів.

4. Унаслідок доволі суперечливого співвідношення вимог про необхідність реєстрації змін установчих документів юридичних осіб, пов'язаних зі зміною складу їх учасників, і про момент придбання учасником прав на частку в статутному капіталі господарського товариства (ч. 147 ЦК України) з'явилося роз'яснення Верховного Суду України (ВСУ). Згідно з п. 31 постанови Пленуму ВСУ № 13 від 24.10.2008 р. особа, яка придбала частку в статутному капіталі ТОВ або ТДВ, здійснює права й виконує обов'язки учасника товариства з моменту набуття права власності на частку в статутному капіталі. Незважаючи на те, що по суті ВСУ так однозначно й не вказав, який же цей момент і чи пов'язаний він із реєстрацією змін до статутів цих товариств, судова практика пішла шляхом незв'язаності моменту виникнення в учасника корпоративних прав і реєстрації змін до статуту. Тим самим, з одного боку, вдається об'єднати право на частку в статутному капіталі й корпоративні права, оскільки перше виникає на підставі договору й має спричинити друге. І крім того, права особи, яка набула частку учасника, не поставлені в залежність від бажання або небажання, можливості або неможливості учасників зібратися, внести зміни до статуту і зареєструвати їх. Однак, з другого боку, такий підхід робить абсолютно непрацюючою норму про внесення до реєстру даних про учасників юридичних осіб, внаслідок чого ці дані не відповідають дійсності.

5. Мають місце і норми про недобросовісність дій, наприклад, емісії цінних паперів. Згідно з ч. 1 ст. 36 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок» недобросовісною емісією цінних паперів є дії, які порушують процедуру емісії, що є підставою для ухвалення рішення про відмову в реєстрації проспекту емісії й випуску цінних паперів, для призупинення відкритого (публічного) їх розміщення. У частині 2 цієї статті наводяться підстави для визнання емісії цінних паперів недобросовісною.

6. Чимало проблем пов'язано з недотриманням сторонами правочину вимоги про його нотаріальне посвідчення та державну реєстрацію. Відомо, що недотримання вимоги про нотаріальне посвідчення правочину спричиняє його нікчемність (ч. 1 ст. 219, ч. 1 ст. 220 ЦК України). Однак є можливість реанімувати такий правочин, визнавши його по суду дійсним за наявності для того підстав (ч. 2 ст. 219, ч. 2 ст. 220 ЦК України). Якщо ж правочин, крім нотаріального посвідчення, вимагає й державної реєстрації, то зазвичай розуміється, що у відсутність останньої

правочин не відбувся. У всякому разі саме так сприймається норма ч. 1 ст. 210 ЦК про те, що такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації, а також норма ч. 3 ст. 640 ЦК, що пов'язує момент укладання договору не тільки з домовленістю сторін або з нотаріальним посвідченням договору, а й із його державною реєстрацією.

Але тоді виникає подвійний парадокс:

– якщо правочин нотаріально не посвідчено, то він нікчемний, а якщо не зареєстрований, то він не вчинений;

– нікчемний правочин можна визнати дійсним, тоді як невчинений не можна.

Тим самим норми частин других статей 219 і 220 ЦК виявилися заблокованими. Верховний Суд України (ВСУ) із цього приводу вказав, що рішенням суду сторони не можуть зобов'язуватися здійснити державну реєстрацію правочину, тому що це суперечить загальним засадам цивільного законодавства — волі договору (п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України). Норма ч. 3 ст. 182 ЦК про можливість оскарження до суду відмови в державній реєстрації, ухилення від державної реєстрації, відмови від надання інформації про реєстрацію застосовується лише відносно дій (бездіяльності) органів, що здійснюють таку реєстрацію.

У той же час ВСУ вважає, що вимога про визнання правочину (договору) неукладеним не відповідає передбаченим законом способам захисту цивільних прав і інтересів і що суди повинні відмовляти в позові з такою вимогою.

Що стосується реанімації правочину, то ВСУ розуміє норму ч. 2 ст. 220 ЦК як таку, що не має відношення і є не застосовною до правочинів, які підлягають не лише нотаріальному посвідченню, а й державній реєстрації, тому що момент їх вчинення згідно зі статтями 210 і 640 ЦК пов'язаний з останнім, тому такі правочини не вважаються укладеними і не створюють для сторін прав і обов'язків (п. 8 і п. 13 Постанови Пленуму ВСУ від 06.11. 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»).

Така позиція видається далеко безперечною. Однак за відсутності в ЦК України норми про наслідки недотримання вимог про державну реєстрацію правочину суди орієнтувалися на думку ВСУ. Зі скасуванням державної реєстрації правочинів відпаде й ця проблема, а з уведенням автоматичного внесення відомостей про право власності на нерухоме майно при нотаріальному посвідченні правочину усунеться й зазор часу між укладанням договору й набуттям права власності.

Виникають деякі питання і тоді, коли правочин нотаріально посвідчено, зареєстровано, право власності також зареєстроване, а згодом виявляється, що майно було відчужено неуправомоченим відчужувачем і віндикується власником. При задоволенні цього позову або позову про визнання за особою права власності є необхідність внесення відповідних відомостей до державного реєстру речових прав. Однак орган, який здійснює реєстрацію, вважає, що рішення суду про віндикацію не є достатньою підставою для внесення відповідного запису до реєстру. Суд у рішенні не зобов'язує реєстратора здійснювати такі дії, оскільки серед позовних вимог такої немає, а самого по собі подібного позову бути не може, тому що він не передбачений ст. 16 ЦК України. Здавалося б, ситуація надумана, проте вона нерідко заводить у глухий кут і не дозволяє особам повною мірою захистити своє право власності.

Спасибо-Фатеева И. Значение государственной регистрации для гражданских правоотношений

В статье раскрывается значение государственной регистрации, которая влияет на многочисленные юридические факты, порождающие гражданские правоотношения, в частности, сделки, переход права собственности, приобретение лицом субъективных прав, создание юридических лиц как субъектов права. Определяется регистрация как фактор публичной достоверности сведений, помещенных в соответствующий реестр, как правоустанавливающий факт и как разновидность информации, указываются её функции учета данных.

Ключевые слова: государственная регистрация, юридические факты, гражданские правоотношения, субъекты права, информация.

Spasibo-Fateeva I. Impact of the state registration on civil legal relations

The article reveals the value of state registration, which does impact on many legal facts that give rise to civil legal relationships, including deeds, transfer of ownership, the acquisition by a person of subjective rights, the creation of entities as entities. Determine registration as a factor likely public information placed in the appropriate register as establishing rights fact, its inventory and a variety of information.

Keywords: state registration, civil legal entities, information.

УДК 347.65/.68

О. Печений, доцент кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук

Деякі аспекти спадкування прав щодо юридичних осіб

Для спадкового права спадщина є базовою, основоположною категорією, без якої не можуть виникати спадкові правовідносини, здійснюватись спадкові права. Однак ні Цивільний кодекс України (далі — ЦКУ), ні інші акти цивільного законодавства не містять визначення спадщини, у ст. 1218 ЦК лише йдеться про склад спадщини, до якого входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини. В аспекті досліджуваного питання слід окреслити певні особливості спадщини.

По-перше, доктриною цивільного права в поняття спадщини вкладається майновий зміст, хоча його трактування в наукових дослідженнях дещо відрізняється: як сукупності майнових прав, що переходять після смерті особи до її спадкоємців (В. І. Серебровський), як майна, яке належало померлому і майнових прав, зокрема, прав на отримання авторської винагороди, прав вимоги за зобов'язаннями (М. В. Гордон), як майнових прав і майнових обов'язків (Б. С. Антимонов). Окремими авторами спадщина розглядається як майновий конгломерат¹. При розробці Книги шостої ЦКУ реалізовано підхід, за яким до складу спадщини, за концепцією розробників, входять права та обов'язки спадкодавця, а не конкретні предмети, речі, майно. Така позиція якісно відрізняє ЦКУ від ЦК РФ і від цивільних кодексів європейських країн. Сучасні російські автори наголошують на правильності такого формулювання, вказуючи, що спадкова маса — це у жодному разі не саме майно, а сукупність (комплекс) майнових прав та обтяжуючих їх обов'язків². Відображення у російському законодавстві спадщини як сукупності речей та іншого майна обумовлюється тим, що таке розуміння історично склалося на-

¹ Коментарій к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. — М. : Юристъ, 2002. — С. 51.

² Белов В. А. Гражданское право Т. III: Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы : учебник / В. А. Белов. — М. : Юрайт, 2012. — С. 983.

багато раніше. Втім не можна не навести досить вагомих аргументів, які коливають загальну позитивну оцінку визначення складу спадщини за ст. 1218 ЦКУ. Так, на думку І. В. Жилінкової підхід законодавця до визначення складу спадщини важко визнати вдалим, оскільки поняття «майно» є найбільш широким у цивільному праві, а права і обов'язки є лише складовими частинами майна (у контексті визначення майна за ч. 1 ст. 190 ЦК) і не вичерпують його змісту¹. Автору не можна відмовити у достатньому рівні обґрунтованості своїх суджень, оскільки іноді сам законодавець вказує на існування у спадкових правовідносинах певних правових утворень, які не будучи правами, тим не менш можуть переходити до спадкоємців. Наприклад, можливість спадкоємця при набутті права власності за набувальною давністю приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чийм спадкоємцем вона є (ч. 2 ст. 344 ЦКУ). Виходячи з цих міркувань, окремі дослідники пропонують закріпити на законодавчому рівні, що в порядку спадкування можуть переходити не тільки суб'єктивні права і обов'язки, а й правові утворення, які перебувають на шляху від правоздатності до суб'єктивного права². Однак нам видається, що реалізувати таку пропозицію виходячи із сучасного рівня законодавчої техніки буде досить складно.

По-друге, до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві за життя і не припинилися внаслідок його смерті. Охоплення спадщиною усіх прав і обов'язків спадкодавця зумовлює необхідність враховувати їх юридичну неоднорідність. При цьому не тільки у змісті цих прав і обов'язків, що диктує виокремлення у складі спадщини права власності, речових прав на чуже майно, зобов'язальних прав вимоги, майнових прав інтелектуальної власності, майнових прав щодо юридичних осіб, а й у процедурі переходу цих прав від спадкодавця до спадкоємців. Інакше кажучи, поряд із об'єктами, які спадкуються за єдиними правилами, існують і об'єкти (права і обов'язки), щодо яких встановлені особливі правила переходу в порядку спадкування. Причому ці правила містяться не тільки в ЦК, а й в інших законах. До таких прав, поряд із правами на земельні ділянки, правами на об'єкти, обмежені у цивільному обороті, правами вимоги, слід віднести права і обов'язки щодо юридичних осіб.

¹ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України / І. В. Жилінкова : Матеріали до семінару. – Х. : Ксилон, 2009. – С. 1–3.

² Кириллова Е. А. Основания наследования в гражданском праве Российской Федерации : монографія / Е. А. Кириллова. – М. : Инфра-М, 2012. – С. 44.

Проблематика спадкування прав і обов'язків щодо юридичних осіб є багатоаспектною. Перш за все підлягає дослідженню питання про зміст і види цих прав. Слід зазначити, що дане питання не можна віднести до кола широко розроблених у працях вітчизняних цивілістів. В основному автори обмежуються коротким посиланням на можливість спадкування частки у статутному капіталі господарського товариства¹ або вказують, що «об'єктом спадщини можуть виступати так звані корпоративні права»². Останнє твердження взагалі є концептуально помилковим, оскільки корпоративні права виступають не об'єктом, а змістом цивільних правовідносин, а тому включатись до складу спадщини не можуть. Більше того, оскільки корпоративне правовідношення визначається в літературі як врегульоване нормами цивільного права єдине, складне, внутрішньоорганізаційне суспільне відношення майнового характеру, що виникає між юридичними особами, заснованими на засадах участі (членства), — корпорацією та її учасниками (членами) у момент набуття останніми прав участі (членства), що опосередковують процес їх майнової та немайнової участі у діяльності корпорації³, то досягти правонаступництва повною мірою можливо лише у частині прав, що опосередковують майнову участь у діяльності юридичної особи.

Більш детальними є висновки, зроблені І. М. Кучеренко, яка, аналізуючи права щодо юридичних осіб у широкому розумінні, вказала на можливість спадкування права на одержання нарахованих грошових коштів (сум) прибутку (дивідендів), права на одержання грошових сум, нарахованих учаснику (спадкодавцю) у випадку виходу (виключення, вибуття) із товариства, а також у випадку ліквідації товариства, спадкування прав щодо приватного підприємства, спадкування єдиного майнового комплексу фермерського господарства, прав щодо майнових та земельних паїв колективних сільськогосподарських підприємств⁴. Із наведеного спектра майнових прав щодо юридичних осіб слід викремити (в аспекті спадкування) право на частку (пай) у статутному

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ; ЦУЛ, 2009. – С. 59.

² Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія / Ю. О. Заїка. – 2-ге вид. – К. : КНТ, 2007. – С. 59.

³ Ломакин Д. В. Теория корпоративных правоотношений: от мифа к реальности / Д. В. Ломакин // Хоз-во и право. – 2009. – № 7. – С. 50–72.

⁴ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Т. 12 : Спадкове право / за ред. проф. І. В. Спасиво-Фатеевої. – Х. : Страйд, 2009. – С. 29–52.

(складеному) капіталі підприємницького товариства, право на одержання грошових сум (майна) та деякі інші права. При цьому значення повноцінного об'єкта спадкування має право на частку, пай у статутному (складеному) капіталі підприємницького товариства. Проаналізуємо його на прикладі спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю.

Проблема спадкування права на частку у статутному капіталі ТОВ викликає складнощі у двох аспектах. По-перше, складною і неоднозначною вбачається відповідь на питання про предмет спадкового правонаступництва, тобто що саме спадкується і переходить до спадкоємців. А по-друге, реалізація спадкоємцями своїх прав щодо частки у статутному капіталі ТОВ та інших підприємницьких товариств є *стадійною* і не повною мірою вписується у класичні канони оформлення спадкових прав. Невипадково у цивільному праві європейських країн, наприклад Франції, спадкування прав учасників господарських товариств поряд зі спадкуванням зобов'язальних прав за окремими договорами, спадкуванням сімейних реліквій, авторських прав, місць поховання на цвинтарі розглядається як аномальне спадкування, із запровадженням винятків із загальних правил¹.

Передусім слід визначити, *що* в аспекті досліджуваного питання, входить до складу спадщини.

З одного боку, не викликає сумнівів, що до складу спадщини входить право на частку у статутному капіталі ТОВ, яке, будучи майновим правом, належало спадкодавцеві за життя. Причому, виходячи з буквального розуміння ст. 1218 ЦКУ, до складу спадщини включається не сама частка у статутному капіталі, а право на неї. Однак у судовій практиці, навіть на рівні вищих судових інстанцій ця теза не завжди сприймається. Так, скасовуючи ухвалу апеляційного суду і передаючи справу на новий апеляційний розгляд, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ вказав, що відповідно до ст. 12 Закону України «Про господарські товариства» товариство є власником майна, переданого йому учасниками у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу; продукції, виробленої товариством у результаті господарської діяльності; одержаних доходів; іншого майна, набутого на підставах, не заборонених законом. Тому, на думку касаційного суду, вклад до статутного фонду господарського

¹ Guevel D. Successions. Liberalites. – 2e ed. / D. Guevel. – Paris Armand Colin, 2004. – P. 59. Jubault Ch. Lea successions. Les liberalites. Montchrestien, EJA, 2005. – P. 262–264.

товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя та не може входити до складу спадщини¹. Така позиція є глибоко помилковою. По-перше, суд не відмежував понять вкладу до статутного капіталу товариства і частки у статутному капіталі, що є різними, оскільки вклад існує тільки у момент його внесення. А по-друге, суд не побачив різниці між майном, правами і обов'язками самого товариства і правами учасників щодо цього товариства як юридичної особи. До складу спадщини включається не майно товариства, про яке йдеться у ст. 12 Закону України «Про господарські товариства», а права його учасників на частку у статутному капіталі товариства.

Право на частку у статутному капіталі необхідно відмежовувати від права на участь у товаристві. Право на участь у товаристві (ст. 100 ЦКУ) як немайнове право до складу спадщини не включається, тоді як право на частку (пай), будучи правом майновим, переходить до спадкоємців. У зв'язку з цим слід звернути увагу на роз'яснення, викладені у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 30.05.2008 р. «Про судову практику у справах про спадкування», за якою, вирішуючи спір про спадкування частки учасника підприємницького товариства, необхідно враховувати, що це допускається статтями 130, 147, 166 ЦКУ, статтями 55, 69 Закону України «Про господарські товариства» і не підпадає під заборону п. 2 ч. 1 ст. 1219 ЦКУ. При цьому спадкується не право на участь, а право на частку у статутному (складеному) капіталі. Видається, що не зовсім точною є думка З. В. Ромовської, яка вважає, що принципово допускається можливість успадкування членства у господарському товаристві або, наприклад, у Товаристві аристократичних родин², оскільки авторкою допускається неправомірне отождолення права на участь і права на частку (пай).

Вірніше говорити, що право на частку включається до складу спадщини і переходить до спадкоємців, а право на участь до складу спадщини не включається, зі смертю спадкодавця припиняється і виникає у того, хто успадкував частку, але тільки з прийняттям останнього до товариства.

Слід сказати, що законодавець при визначенні специфіки спадкування окремих об'єктів (статті 1225–1232¹ ЦКУ) не визначив особли-

¹ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22.06.2011. Справа № 6-6662св10 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16772820>.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 49.

востей спадкування права на частку, які б враховували природу цього права, що, на нашу думку, не випадково. Аналіз норм ЦК, які регулюють перехід частки учасника ТОВ до інших осіб, наприклад ст. 147, свідчить, що законодавець застосовує не зовсім характерний для спадкування термін «перехід частки до спадкоємців», хоча вірніше було б казати «включення до складу спадщини». Очевидно, цим законодавець прагнув підкреслити специфіку спадкування права на частку, яка виявляється у тому, що, відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦКУ, частка переходить до спадкоємця фізичної особи, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства. Відповідно підлягає вирішенню питання про момент переходу до спадкоємців права на частку. Цей момент може бути пов'язаний з кількома обставинами: відкриття спадщини (ч. 1, ч. 2 ст. 1220 ЦКУ), прийняття спадщини спадкоємцем (ст. 1268 ЦК), видача спадкоємцю свідоцтва про право на спадщину (статті 1296, 1298 ЦКУ), внесення змін до складу учасників товариства та ін. Видається, що в цьому випадку необхідно застосовувати ч. 5 ст. 1268 ЦКУ, у якій, враховуючи особливості акта прийняття спадщини, міститься положення про належність спадщини спадкоємцеві з моменту її відкриття, незалежно від часу прийняття. Тому право на частку у статутному капіталі, перебуваючи у складі спадщини, виникає у спадкоємців з моменту її відкриття. Саме на цей момент визначається розмір частки, її вартість, інші показники. Частка як цінність, виражена у грошовій формі, входить до складу спадщини і переходить до спадкоємців відповідно до загальних правил, тобто з моменту відкриття спадщини¹. Некоректно пов'язувати момент переходу частки із моментом прийняття спадщини, ні тим більше з рішенням загальних зборів про зміну складу учасників, ні з внесенням змін до статуту товариства. Адже воля інших учасників товариства не може виключити переходу частки до спадкоємців².

Однак необхідно мати на увазі, що, хоча право на частку і виникає у спадкоємців із моменту відкриття спадщини, здійснити це право вони можуть лише у межах тих правомочностей, які мають спадкоємці щодо спадщини. Коло юридично значимих дій, зокрема, правочинів, які можуть бути вчинені щодо спадщини, має досить вузький характер

¹ Новоселова Л. А. Наследование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью / Л. Новоселова // Хоз-во и право. – 2010. – № 11. – С. 26–47.

² Там само.

і зумовлене природою спадщини. Так, цивільне законодавство України допускає такі дії зі спадщиною, як прийняття спадщини (ст. 1268 ЦКУ), відмова від прийняття спадщини (ст. 1273 ЦКУ), поділ спадщини (ст. 1278 ЦКУ), перерозподіл спадщини (ст. 1280 ЦКУ), управління спадщиною (ст. 1285 ЦКУ), оформлення, державна реєстрація прав на спадщину (статті 1296–1299 ЦКУ). Натомість у національній правовій системі не передбачається укладання зі спадщиною таких звичайних для інших об'єктів правочинів, як купівля-продаж, дарування, застава, найм тощо.

Право на частку у статутному капіталі, «вивільнене» зі складу спадщини, виникає у спадкоємців з того моменту, коли припиняються спадкові відносини, тобто з моменту отримання свідоцтва про право на спадщину. З цього часу у них виникає право набути (не набути) статус учасника товариства.

Існує позиція, що спадкоємець може стати учасником товариства і без отримання свідоцтва про право на спадщину щодо частки у статутному капіталі, наприклад, коли він є спадкоємцем за заповітом, відповідно до якого він успадковує частку у статутному капіталі. Видається такий підхід необґрунтованим, оскільки його реалізація може призвести до порушення прав спадкоємців, які мають право на спадщину незалежно від змісту заповіту (ст. 1241 ЦКУ) або ж вважаються такими, що прийняли спадщину, якщо ними не подано заяву про відмову від її прийняття (ч. 3, ч. 4 ст. 1268 ЦКУ).

Таким чином, спадкоємець реалізує свої спадкові права щодо частки у статутному капіталі шляхом отримання в нотаріальному порядку свідоцтва про право на спадщину, однак після цього повинен отримати згоду інших учасників товариства. Спадкоємці набувають права стосовно ТОВ (зокрема право на отримання вартості частки померлого у грошовому виразі), але не стають автоматично учасниками товариства з правами, що обумовлені часткою у статутному капіталі. Можливість набуття статусу учасника може відповідно до статуту ТОВ пов'язуватись із наявністю згоди інших учасників товариства, про що йдеться у ч. 5 ст. 147 ЦКУ. Оскільки ця норма не встановлює форми і порядку надання згоди іншими учасниками, практичне наповнення змісту норми може істотно відрізнятись. Виділимо три основних підходи до розуміння положень ч. 5 ст. 147 ЦКУ.

Перший. Окремого рішення про прийняття спадкоємців до кола учасників не вимагається.

Другий. Прийняття спадкоємців до складу учасників ТОВ здійснюється загальними зборами учасників.

Третій. Питання про прийняття спадкоємців розглядається і вирішується кожним учасником окремо.

Відповідно до роз'яснень судових органів (п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», Узагальнення практики вирішення корпоративних спорів), прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) учасника до ТОВ (ТДВ) належить до компетенції загальних зборів учасників. Таким чином, суди при застосуванні ч. 5 ст. 147 ЦКУ схилиються лише до одного варіанта вирішення проблеми.

Видається, що цей підхід є результатом занадто звуженого погляду на проблему і не вирішує усіх питань, які можуть виникнути.

По-перше, роз'яснення судових органів не узгоджуються з буквальним змістом норми ЦКУ, де йдеться *про згоду інших учасників*, а не про рішення загальних зборів.

По-друге, не враховується ситуація, коли загальні збори учасників товариства провести неможливо. Наприклад, помер єдиний учасник товариства. У цьому випадку наведені роз'яснення взагалі втрачають сенс.

По-третє, частка спадкодавця може бути настільки значною (наприклад 80 %), що унеможливилося скликання загальних зборів.

Отже, оформлення вступу спадкоємця до ТОВ шляхом прийняття рішення виключно загальними зборами учасників не може вважатися єдиним вірним підходом до вирішення проблеми, воно є лише однією з форм, в які втілюється згода інших учасників товариства. Така форма може бути і іншою (наприклад, заяви інших учасників товариства, опитування цих учасників), що буде відповідати змісту ч. 5 ст. 147 ЦКУ. Виходячи з цього, видається, що більш ґрунтовно підійшов до тлумачення зазначеної норми Вищий господарський суд України. Згода інших учасників товариства на вступ до товариства може бути виражена як одноголосно прийнятим рішенням загальних зборів учасників про прийняття спадкоємця або правонаступника до складу учасників товариства, так і в інший спосіб, який підтверджує волевиявлення кожного з учасників товариства. Якщо статутом перехід частки у статутному капіталі до спадкоємців або правонаступників не обмежений необхідністю одержання згоди інших учасників товариства, частка учасника товариства переходить до його спадкоємців або правонаступ-

ників на підставі документів, що посвідчують право на спадщину або правонаступництво (п. 3.2.4 Рекомендацій ВГСУ від 28.12.2007 р. № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»).

Необхідно наголосити, що питання надання згоди на вступ до товариства є компетенцією учасників і не може бути предметом судового розгляду. Відповідно, позови спадкоємців до товариства про зобов'язання останнього прийняти їх до товариства задоволенню не підлягають. Причому це стосується усіх видів товариств, а не тільки ТОВ. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, скасовуючи постановлені по справі судові рішення, зазначив наступне. Зобов'язуючи гаражно-будівельний кооператив «Відрадий-1» прийняти спадкоємця в члени кооперативу, суди не врахували, що порядок набуття членства у ГБК встановлено статутом кооперативу, а тому спосіб захисту права на участь у кооперативі, обраний позивачкою, шляхом зобов'язання в судовому порядку прийняти її до кооперативу не входить до компетенції суду¹.

Чинне законодавство не передбачає порядку і строків звернення спадкоємців із відповідною заявою до товариства, а так само чітко не регламентує і відповідних дій із боку товариства, що є певним недоліком законодавця, оскільки цим створюється стан невизначеності у корпоративних правовідносинах. Цю прогалину може бути усунено шляхом прийняття товариством відповідного власного локального акта.

За відсутності спадкоємців за заповітом і за законом усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття виникають умови для визнання спадщини відумерлою, а орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою (ч. 1 ст. 1277 ЦКУ). Слід сказати, що перелік умов відумерлості спадщини є вичерпним і розширювальному тлумаченню не підлягає. Тому якщо спадкоємець прийняв спадщину, але не звернувся до товариства із заявою про прийняття, відмовився від прийняття до складу товариства або товариством йому відмовлено, або ж є підстави для переходу частки у статутному капіталі до товариства

¹ Рішення суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29.02.2012 р. Справа № 6-3063св12 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21841140>.

(відповідно до статуту і локальних актів товариства), умови для визнання спадщини відумерлою відсутні. Оскільки перехід відумерлої спадщини до територіальної громади не є спадкуванням, у цьому випадку територіальною громадою набувається лише право на частку у статутному капіталі, відповідно вона не може розраховувати на прийняття до складу товариства, а лише на виплату вартості частки, право на яку перейшло до неї як відумерла спадщина.

Окремо слід зупинитись на питаннях захисту прав та інтересів окремих осіб при спадкуванні частки у статутному капіталі ТОВ, причому необхідно сказати, що в цій площині мають враховуватись права та інтереси як спадкоємців, так і самого товариства.

Досить типовою є ситуація, коли спадкоємці за певних причин не можуть отримати свідоцтво про право на спадщину, наприклад, вони позбавлені можливості документально підтвердити склад спадкового майна і належність його спадкодавцеві. Так, по одній зі справ нотаріус відмовив у видачі свідоцтва про право на спадщину, оскільки товариством на нотаріальний запит не було надано довідки про розмір у відсотковому вираженні частки у статутному капіталі.

У такому разі за відсутності у спадкоємця необхідних для видачі свідоцтва про право на спадщину документів нотаріус роз'яснює йому процедуру вирішення зазначеного питання в судовому порядку (підп. 4.18 п. 4 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства України від 22.02.2012 р. № 296/5). За відсутності можливості оформити спадкові права шляхом отримання свідоцтва про право на спадщину спадкоємець не позбавлений можливості звернутися до суду з позовом про визнання права на частку у статутному капіталі товариства. Відповідачем у справах з такими вимогами буде саме товариство, третіми особами повинні бути залучені інші спадкоємці. При розгляді позову підлягають встановленню такі обставини: факт відкриття спадщини і прийняття її позивачем, іншими спадкоємцями; вид спадкування; належність частки у статутному капіталі ТОВ спадкодавцеві, її розмір, сплата частки у статутному капіталі на момент відкриття спадщини. Рішення суду, яким задоволено позов, є підставою для звернення спадкоємця до товариства із заявою про прийняття до складу учасників. При цьому, розглядаючи питання про визнання права на частку, суд не може вирішувати питання про визнання спадкоємця учасником ТОВ, оскільки це є виключною компетенцією самого товариства.

Права та охоронювані інтереси спадкоємців потребують захисту у випадку, коли спадкоємець, отримавши свідоцтво про право на спадщину, звернувся із відповідною заявою до ТОВ, однак у прийнятті до складу учасників йому відмовлено. Оскільки дане питання вирішується товариством на власний розсуд, спадкоємець не вправі оскаржувати відмову у прийнятті до складу учасників товариства, незалежно від мотивів її винесення та способу оформлення (рішення загальних зборів чи інший спосіб). У разі пред'явлення спадкоємцем позовів про визнання відмови недійсною, такі вимоги задоволенню не підлягають. Спадкоємець може захищати свої права лише позовом про стягнення вартості успадкованої частки у статутному капіталі ТОВ. Відповідачем у цьому випадку також виступає саме товариство. Справи такої категорії хоча набувають ознак корпоративних спорів, однак, за суб'єктивним складом підвідомчі загальним, а не господарським судам, оскільки спадкоємці ще не набули статусу учасника товариства, як того вимагає п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України. Вищий господарський суд України роз'яснив із цього приводу, що ст. 12 ГПК не відносить до складу сторін корпоративного спору осіб, які мають право на набуття корпоративних прав шляхом вступу до господарського товариства або придбання акцій. Тому господарським судам слід виходити з того, що справи у спорах, вступом до господарських товариств спадкоємців, правонаступників, осіб, яким було відчужено частку у статутному капіталі господарських товариств тощо, розглядаються залежно від суб'єктного складу сторін спору загальними або господарськими судами (підп. 1.10 п. 1 Рекомендацій ВГСУ від 28.12.2007 р. № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»).

Складнішою є ситуація, коли у відповідь на заяву спадкоємця товариство не вчиняє жодних дій, не приймає рішень про прийняття його до складу товариства чи відмову у прийнятті. У такому разі при визначенні належного способу захисту прав спадкоємця у судовій практиці припускаються помилок. Так, А. звернувся до суду із позовом, в якому просив про виділення частки у майні товариства в натурі, тобто виділити йому в натуральній формі у власність частину будівлі ресторану загальною площею 258,3 кв. м, що становить 18,42/100 частини будівлі, вартістю 3161858,06 грн. Місцевий суд у позові відмовив. Рішенням апеляційного суду позов А. було задоволено, виділено у власність

позивача з майна ТОВ у будівлі ресторану певні приміщення. Суд касаційної інстанції дійшов висновку про необхідність скасування рішення апеляційного суду із залишенням у силі рішення суду першої інстанції. Колегія суддів суду касаційної інстанції зазначила, що суд першої інстанції, відмовляючи в задоволенні позовних вимог, дійшов вірного висновку про те, що права А. не порушені, оскільки він має можливість захистити свої права шляхом подання позову до суду про повернення йому частки в грошовій формі¹. Таким чином, спадкоємець має право подати позов про стягнення з товариства вартості частки у грошовій формі.

Законодавство ніяк не вирішує питання про захист прав самого товариства від недобросовісних спадкоємців, які, зокрема, зволікають тривалий час із прийняттям рішення про вступ або відмову у вступі до товариства. Тому при прийнятті Закону про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, який наразі опрацьовується, доцільно передбачити у цьому випадку, що, коли протягом певного строку (наприклад, три роки) із дати смерті учасника товариство не отримало від спадкоємця заяви щодо прийняття до товариства, загальні збори учасників залежно від розміру частки спадкодавця можуть прийняти рішення про ліквідацію товариства або про оплатне вилучення його частки на користь товариства.

Печений О. Некоторые аспекты наследования прав в отношении юридических лиц

В статье исследуются особенности перехода к наследникам прав в отношении юридических лиц, носителем которых был наследодатель. Выделяются и анализируются такие права в отношении юридических лиц, как право на получение денежных выплат при ликвидации, при выходе (исключении) участника, право на долю в уставном капитале хозяйственного общества.

На примере права на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью анализируются процедурные аспекты осуществления наследниками права на наследство, в составе которого находится право на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Ключевые слова: наследование, наследники, право на долю в уставном капитале; общество с ограниченной ответственностью.

¹ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.10.2011. Справа № 6-22079св11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19512458>.

Pechenyi O. Some aspects of inheritance of rights in regard to legal entities

The article analyzes features of the transition to heirs of right in regard to legal entities, the transmitter of which was the testator. Such rights in regard of legal entities as the right to receive cash payments upon liquidation, the output (exclusion) of the participant, the right on the share in the authorized capital of the business entity were isolated and analyzed.

Procedural aspects of realization by heirs of the right of inheritance, which included the right on share in the authorized capital of a limited liability company were analyzed on the example of the right on share in the authorized capital of a limited liability company.

Keywords: inheritance, heirs, the right on share in the authorized capital, a limited liability company.

УДК 346.1

В. Устименко, заступник директора з наукової роботи Інституту економіко-правових досліджень НАН України, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України;

Р. Джабраїлов, заступник завідувача відділу економіко-правових проблем публічної власності Інституту економіко-правових досліджень НАН України, доктор юридичних наук, доцент

Загальні та спеціальні ознаки публічної власності як предмет наукових досліджень

Одним з основних завдань суспільних наук є акумулювання інформації в тій або іншій сфері досліджень і створення на її базі з урахуванням сучасних проблем розвитку суспільства нових наукових знань. Таким чином зберігається спадкоємність наукових досліджень, вони отримують свіже змістовне наповнення. Зазначене повною мірою можна віднести до економіко-правових досліджень проблематики виникнення й розвитку відносин власності.

Трансформації, які відбулися у світовій економіці протягом ХХ і початку ХХІ ст., визначили вектор розвитку відносин власності. У більшості країн світу стався перегляд правових основ організації відносин власності з наданням важливого значення засобам забезпечення балансу публічних і приватних інтересів власників. Додатково послідувала і нова оцінка існуючих наукових висновків, отриманих раніше за підсумками розгляду системних зв'язків відносин власності в умовах домінування теорії ринкового фундаменталізму. Нові наукові підходи дозволили дійти висновку про появу раніше не вивчених або не досліджених досконало аспектів розвитку відносин власності в контексті формування відправних положень про пріоритетність цінностей змішаної соціально орієнтованої економіки.

Під впливом наведених вище уявлень про світогосподарські процеси та їх вплив на відносини власності стався якісно новий поштовх до розвитку вітчизняної науки у напрямі осмисленого вивчення специфіки побудови і взаємодії приватної і публічної власності. Свідченням тому служать проведені Інститутом економіко-правових досліджень НАН України (м. Донецьк) протягом останніх років знакові

наукові конференції, присвячені злободенним питанням розвитку економіки України в умовах конфронтації ідеологічних уявлень про співвідношення публічної та приватної власності і доцільності існування окремих форм власності¹.

У цілому, як показав аналіз наукових підходів до розуміння суті розвитку відносин власності, нині окрім заперечення існування колективної форми власності, за відсутності явних для таких тверджень підстав, допускаються необґрунтовані твердження про неефективність державної власності². На розвитку цієї тези позначається в цілому низька ефективність публічної власності, яку вважають за краще розуміти як арифметичну суму згаданих вище форм власності, переважно зупиняючись на поєднанні державної і комунальної власності. Зустрічаються і висновки про теоретичну надуманість категорії «публічна власність», практичне використання якої може бути здійснене лише з метою ідентифікації виняткової державної власності³.

Погодитися з подібними висловлюваннями принципово не можливо.

Передусім своїм історичним корінням доктринальні уявлення про публічну власність сягають вчень стародавніх мислителів і виявляються у працях Платона й Арістотеля. Перші згадки про приватну і публічну (суспільну) власність зводяться до визнання виняткової важливості за однією з цих форм організації в суспільстві майнових відносин⁴. Категоричність у судженнях мислителів Стародавнього світу, як видається, була обумовлена спробами визнати домінування або приватних, або публічних інтересів, закріплення яких відбувалося залежно від вибору форми державного устрою. Багато в чому від конфігурації

¹ Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины : материалы Междунар. науч.-практ. конф., 18 сентября 2012 г., г. Донецк ; НАН Украины, Ин-т экономико-правовых исследований; редкол.: В. К. Мамутов (науч. ред. и др.). – Донецк : Юго-Восток, 2012. – 224 с.; Кременовська І. Майбутнє публічної власності / І. Кременовська // Юрид. вісн. України. – 2012. – 6–12 жовт. (№ 40). – С. 3; Кременовская И. В. Информация об итогах работы Международной научно-практической конференции «Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины» [Электронный ресурс] / И. В. Кременовская. – Режим доступа: http://www.aprnu.kharkiv.org/news_18092012.html; а также <http://iepd.dn.ua>; http://www.hozpravo.com.ua/news/index.php?ELEMENT_ID=645

² Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории : монография / С. С. Алексеев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма ; ИНФРА-М, 2012. – С. 146.

³ Харьковская цивилистическая школа: право собственности : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2012. – С. 111–112.

⁴ Рыбаков В. А. Тип собственности в системе собственности / В. А. Рыбаков, В. Н. Соловьев, В. А. Тархов // Гражданское право. – 2008. – № 3. – С. 33–34.

останньої залежала вибудовувана класова стратифікація суспільства з виділенням заможних і незаможних груп людей.

Подальша історія розвитку відносин власності проходила під впливом перманентної класової боротьби і відповідно конфлікту публічних і приватних інтересів. Безперечно, таке протистояння справило вирішальний вплив на напрями розвитку наукової думки, центр якої переміщався від визнання панування державної соціалістичної власності на шкоду власності приватній до повної «девальвації» значення і ролі державної і комунальної власності, а також народу як власника, з ука-зівкою на приватну власність як істинно правильну і таку, що відпо-відає природі людських взаємовідносин.

Баланс наукових підходів до розуміння правової природи відносин власності, як видається, так і не дотриманий, що знаходить наразі про-яв у гіперболізації значення приватної власності для економіки Укра-їни. Під впливом таких переконань вживаються заходи щодо зміни правової бази України у напрямі зниження питомої ваги державного сектору і державної власності в економіці країни.

Показовою в цій частині є практика, коли приймається нормативний акт із закладеною в ньому «настановою» на перегляд у бік значного скорочення критеріїв віднесення об'єктів державної власності до тих, що не підлягають приватизації і мають загальнодержавне значення. Як наслідок, встановлюється прогностичний обсяг державного сектору в еко-номіці України, який повинен скласти 25–30 %¹. Отже, йдеться про збільшення і так чималої частки приватного сектору і приватної влас-ності, нарощування якої, у поєднанні зі спробами зберегти її доміну-вання, здійснюється засобами, що суперечать публічним інтересам. У зв'язку з цим не позбавленим актуальності є твердження Ф. Енгель-са про те, що «протягом двох з половиною тисяч років приватна влас-ність могла зберігатися тільки завдяки порушенням права власності»².

Таким чином, багаторазово збільшуються ризики для економічної безпеки країни, попередити практичне втілення яких може розробка і впровадження в правову систему України категорії «публічна власність».

Перша спроба легалізувати це поняття була зроблена на рівні кон-ституційно-правового регулювання відносин власності. У зв'язку з цим хотілося б нагадати, що в проекті Конституції України, винесеному

¹ Державна програма приватизації на 2012–2014 роки : затверджена Законом України від 13.01.2012 р. № 4335-VI // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 10. – Ст. 359.

² Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. В свя-зи с исследованиями Льюиса Г. Моргана / Ф. Энгельс. – М. : Политиздат, 1985. – 238 с.

Верховною Радою України на всенародне обговорення (01.07.1992 р.), була передбачена глава 8 під назвою «Власність», яка містила 8 статей (статті 66–73) і власність в Україні пропонувалося визнати публічною і приватною. При цьому до категорії публічної власності були віднесені державна і комунальна (муніципальна) власність. Уся інша власність проголошувалася приватною (ст. 66)¹.

Примітним є те, що надра, води, узбережжя, повітряний простір, ліси, тваринний світ, природні ресурси континентального шельфу і виключної (морської) економічної зони України були віднесені до об'єктів, які могли знаходитися виключно в публічній власності (ст. 67 проекту Конституції України). У свою чергу, земля могла перебувати в публічній і приватній власності (ст. 68).

Як видно, вітчизняна практика конституційно-правових трансформацій стикалася з категорією «публічна власність» і її реальному втіленню в конституційну матерію перешкодили певні обставини. Звичайно, останні не були озвучені, але, відштовхуючись від діючої редакції Конституції України, можна зрозуміти причини відходу від використання терміна «публічна власність». І ці причини зовсім не свідчать про його неповноцінність.

Передусім припустилися критичних помилок у визначенні кола *суб'єктів публічної власності*. У центрі уваги при первинному формуванні тексту Конституції України знаходилися держава і територіальна громада, виключивши із суб'єктного складу народ України. Саме останньому відведена ключова позиція щодо реалізації повноважень власника об'єктів, перерахованих у ст. 13 чинної Конституції України і віднесених у редакції ст. 67 проекту Конституції України до розряду виключної публічної власності.

Крім того, неприйнятним виявився і *об'єктний склад*, оскільки фраза про те, що вся інша власність, окрім публічної, є приватною, викликає, м'яко кажучи, незгоду. Адже подібне розмежування досить умовне і говорити, наприклад, про приватний характер колективної форми власності буде вкрай складно. Швидше можна стверджувати, що існують і з'являтимуться такі форми власності, як зовнішнє вираження організації економічних відносин, що склалися з приводу привласнення (відчуження) засобів виробництва та інших матеріальних благ у процесі їх виробництва, розподілу і споживання, яким не

¹ Про проект нової Конституції України : Постанова Верховної Ради України від 01.07.1992 р. № 2525-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 37. – Ст. 550.

уникнути суміжного правового режиму. Особливо, коли відносини власності збагачуються конструкціями державної і комунальної акціонерної власності, змішаної власності й іншими економіко-правовими елементами.

Указане дозволяє констатувати, що публічну власність слід розглядати не стільки з позицій поєднання існуючих форм власності з їх відповідним суб'єктно-об'єктним складом, скільки з позицій вичленення особливих ознак, які дозволяють стверджувати, що публічна власність — це особлива форма власності.

Існуючі нині дослідження проблематики публічної власності дозволяють відзначити досягнення певного рівня виконання завдання, пов'язаного з виділенням ознак такої власності. У цій справі досягли успіху російські вчені, характеризуючи публічну власність як категорію конституційного права.

Природно, уявлення про ознаки публічної власності були продиктовані близькістю їх авторів до науки конституційного права. Тією ж мірою навряд чи це можна віднести до недоліків класифікації ознак, що наводиться в науковій літературі. Просто наукові розробки у площині конституційно-правової науки можна визнати платформою для підготовки пропозицій у розрізі галузевих правових досліджень.

Як ознаки публічної власності В. Д. Мазаєв, автор книги *«Публічна власність в Росії: конституційні основи»*, виділяє такі:

- 1) мета — реалізація публічних інтересів;
- 2) територіальність здійснення — межі території держави, суб'єкта Федерації, муніципального утворення;
- 3) особливість суб'єктів — здійснення прав публічної власності такими суб'єктами, як народ, нація, народність, населення регіону, населення муніципального утворення, а також особливими суб'єктами, наділеними публічно-владними повноваженнями (державна, державні утворення, муніципальні утворення);
- 4) особливість об'єктів — найбільш значущі, унікальні ресурси з точки зору забезпечення влади народу, суверенності держави і самостійності влади державних утворень і муніципалітетів;
- 5) органічний взаємозв'язок із публічною владою, її публічно-владними утвореннями і окремими інструментами (референдум, вибори, опитування тощо)¹.

¹ Мазаєв В. Д. Публичная собственность в России: конституционные основы / В. Д. Мазаев. – М. : ОАО Изд. дом «Городец», 2004. – С. 64.

Публічна власність, у розумінні згаданого автора, — це вольові відносини панування над певними об'єктами з метою задоволення публічних інтересів суспільства, держави, населення окремих регіонів або муніципальних утворень, здійснювані народом або населенням безпосередньо, або за допомогою публічних утворень (держави, державних і муніципальних утворень)¹.

Визнаючи за вказаними ознаками публічної власності загальний характер, можна виділити *спеціальні ознаки*. При цьому останні можуть бути чітко позначені, якщо виходити із сутності принципу забезпечення балансу публічних і приватних інтересів.

Передусім стверджуючи про пріоритетність задоволення публічного інтересу як якісно важливої риси публічної власності, важливо пам'ятати і про те, що **публічний інтерес може вбачатися в діяльності суб'єкта господарювання непублічної форми власності** (приватної й інших форм власності).

Указана теза до певної міри кореспондується з правовими позиціями Конституційного Суду України, викладеними в рішенні від 08.04.1999 р. з акцентуванням уваги на тому, що держава може виявляти свої інтереси не лише в діяльності державних підприємств і організацій або господарських товариств із часткою державної власності у статутному капіталі, а й у діяльності приватних підприємств, товариств². У відзначеному рішенні також обґрунтовується позиція, згідно з якою публічний інтерес (інтерес народу, громади) не завжди збігається з інтересом органів державної влади або місцевого самоврядування та їх посадовців.

Подібне розуміння суті «публічного інтересу» як правової категорії виявляється додатково в наукових працях ряду дослідників. На думку В. Ф. Яковлева, публічні інтереси не можна змішувати з інтересами держави і його органів та посадовців. Публічні інтереси — це інтереси суспільства як сукупності громадян³.

¹ Мазаев В. Д. Публичная собственность в России: конституционные основы / В. Д. Мазаев. — М. : ОАО Изд. дом «Городец», 2004. — С. 64.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 08.04.1999 р. № 3-рп/99 // Офіц. вісн. України. — 1999. — № 15. — Ст. 614.

³ Яковлев В. Ф. О правовой системе современной России / В. Ф. Яковлев // Цивилистические записки. Вып. 3. Ин-т частного права. Екатеринбург. — М. : Статут, 2004. — С. 18.

Указана особливість важлива в тому сенсі, що в окремо взятих випадках приватна власність, яка має на меті виконання соціально важливих завдань, набуває рис власності публічної і, навпаки, відправлення органами влади повноважень власника від імені народу або територіальної громади у вузьковідомчих інтересах, інтересах окремих представників бізнес-еліти трансформує публічну власність у власність приватну (у найвужчому значенні, яке тільки можна їй надати).

Прагнучи задовольнити суспільно значущий інтерес, публічний власник прагне вдатися до різноманітних правових форм використання публічної власності. Нині особливу привабливість складають правові форми у рамках публічно-приватного партнерства, що набули широкого поширення в країнах Західної Європи і США. Відмітною особливістю публічно-приватного партнерства виступає залучення приватного капіталу до вирішення важливих завдань соціально-економічного розвитку держави (або окремих адміністративно-територіальних одиниць), а також поєднання публічних і приватних інтересів із перспективою приросту об'єктів публічної власності.

У такому разі приватний власник, по суті, набуває рис суб'єкта управління об'єктами публічної власності, а приватна власність певний час служить публічним інтересам. До речі, із цього виходить важлива соціальна функція власності, аналізу якої присвячена достатня кількість робіт, не кажучи вже про сталу в наукових колах однойменну теорію. До того ж під час публічно-приватного партнерства приватний власник отримує ряд преференцій, які наближають його до публічного власника. Зокрема, господарське використання державного або комунального майна на засадах концесії, як правової форми публічно-приватного партнерства, унеможлиблює прийняття публічним власником рішення про приватизацію такого майна. Додатково приватний партнер отримує можливість користуватися підтримкою публічного партнера в матеріальному й організаційному сенсах.

Згодом наведене вище дозволяє виявити ще одну ознаку публічної власності — **найбільш ефективне використання публічної власності може бути здійснене як публічним власником, так і приватним.** При цьому важливо ураховувати тонкощі, що полягають у *виключному збереженні об'єктів у публічній власності*. При цьому якщо для **приватної власності соціальна функція є лише факультативним проявом реалізації повноважень власником** у рамках концепції корпоративної соціальної відповідальності, що зароджується в Україні, то

режим публічної власності зобов'язує до соціально спрямованого відправлення повноважень як публічним власником і його уповноваженими особами, так і залученими на договірних засадах суб'єктами господарювання.

Говорячи про ефективне використання публічної власності, важливо відзначити, що в цю фразу вкладається реальний сенс, що полягає у свідомому виборі публічним власником таких методів і засобів, вплив яких забезпечує максимальний економічний ефект. Проте отриманий економічний ефект має бути узгоджений із соціальною користю або ефектом соціальним, що переважає його за ступенем важливості. Адже не випадковою можна визнати точку зору, згідно з якою діяльність суб'єктів державного і комунального секторів економіки переважно націлена на досягнення першочергових соціальних завдань, а не на отримання прибутку з об'єктів публічної власності.

Покладаючись на цей принцип господарювання на базі публічної власності, цілком обґрунтованими виглядають спроби поставити в обов'язок покупця державного або комунального майна, у вигляді цілісних майнових комплексів державних підприємств, реалізацію ряду соціально спрямованих заходів. Останні можуть полягати в дотриманні передбачених у договорі купівлі-продажу об'єктів публічної власності умов зі збереження певного розміру заробітної плати працівників підприємства, утримання об'єктів соціальної інфраструктури, цільового використання державного майна тощо.

Цікавим є і те, що покупці об'єктів публічної власності в рамках процедури приватизації на договірних засадах беруть на себе зобов'язання щодо модернізації виробничих фондів підприємства, вкладення інвестиційних коштів у збільшення промислових потужностей, реконструкції об'єктів виробничого і невиробничого призначення та ін. Тим самим суб'єкт господарювання — приватний власник спонукається до ефективного, високопродуктивного використання придбаного публічного активу. Використання об'єктів публічної власності, придбаних внаслідок їх приватизації, на умовах гірших, ніж це визначено договором, виступає основою для його дострокового розірвання.

Відзначене дає можливість виявити наступну важливу характеристику публічної власності, а саме: **зміна форми власності на об'єкти публічної власності обумовлює лише заміщення публічного власника приватним із збереженням публічних функцій, що реалізуються на базі таких об'єктів, і дотриманням критерію соціально-**

економічної ефективності використання публічного майна. Подібне розуміння суті процесів зміни власника на об'єкти публічної власності знаходить підтвердження як у наукових роботах¹, так і в правотворчій діяльності представницьких органів окремих зарубіжних країн. У будь-якому випадку, на прикладі Російської Федерації, де досить активно обговорюється проект Федерального Закону «Про управління власністю», можна перекоонатися, що здійснені кроки на шляху до створення єдиних основ управління об'єктами публічної і приватної власності.

Згаданий законопроект містить п'ять глав, особливу увагу привертають третя глава «Управління приватною власністю» і четверта глава — «Правові наслідки визнання власника неефективно управляючим об'єктом (майном)». Один із розробників цього законопроекту професор В. С. Білих підкреслює, що у разі визнання діяльності суб'єкта підприємницької діяльності неефективною уповноважені органи влади мають право, зокрема, підготувати пропозиції про деприватизацію майна². Така підстава припинення права приватної власності, на думку вченого, вимагає прийняття окремого Федерального Закону «Про націоналізацію і деприватизацію».

Таким чином, управляти придбаними об'єктами публічної власності суб'єкт господарювання зобов'язаний раціонально, керуючись не цивілістичними уявленнями про деспотизм і абсолютизм приватної власності, а конституційним принципом, який проголошує, що «власність зобов'язує». Утім Конституції більшості зарубіжних країн містять досить конкретний конституційний припис, який зводиться до того, що власність створює не якісь абстрактні обов'язки, а спонукає власника використовувати її в суспільно значущих цілях — служінню громадському благу. І в цьому сенсі досить показовою є Конституція Німеччини (ч. 2 ст. 14)³.

¹ Васильева А. Ф. Делегирование государственных функций субъектам частного права / А. Ф. Васильева // Изв. вузов. Правоведение. – 2008. – № 2. – С. 72–75; Рой О. М. Система государственного и муниципального управления / О. М. Рой. – 2-е изд. – СПб. : Питер, 2006. – С. 128.

² Белых В. С. О концепции проекта Федерального закона «Об управлении собственностью» [Электронный ресурс] / В. С. Белых. – Режим доступа : http://secandsafe.ru/pravovaya_baza/blogi/yuridicheskaya_bezопасnost/o_koncepcii_proekta_federalnogo_zakona_ob_upravlenii_sobstvennosti

³ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособие / сост., пер., авт. введ. и вступ. ст. В. В. Маклаков. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 598 с.

Серед запропонованих до розгляду особливостей публічної власності не слід забувати про **специфіку правового режиму її об'єктів**. Адже багато в чому розпорядження такими об'єктами припускає отримання користі для публічного власника. При цьому **відчуженню повинні підлягати ті об'єкти публічної власності, господарське використання яких не може бути забезпечене найбільш раціонально й економно самим їх власником, у тому числі на засадах публічно-приватного партнерства**. І в цьому, як бачиться, полягає одна з характеристик правового режиму публічної власності. Розпорядження об'єктами публічної власності повинне здійснюватися так, щоб це не призводило до послаблення економічних основ життєдіяльності народу і територіальних громад.

Цей висновок може здатися тривіальним, але його змістовна сторона набуває важливого сенсу, якщо виходити з того, що забезпечення *ефективного управління* об'єктами державної власності, впровадження *прозорого й ефективного механізму* реалізації державою своїх прав власника віднесені Законом України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 01.07.2010 р. до основних принципів внутрішньої політики в економічній сфері¹. Не менш значущими є положення чинного законодавства України, що визначають важливість врахування принципу економічної доцільності при розпорядженні об'єктами права комунальної власності. Як вказано в ч. 7 ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р., майнові операції, здійснювані органами місцевого самоврядування з об'єктами права комунальної власності, *не повинні ослаблювати економічних основ місцевого самоврядування, зменшувати обсяг і погіршувати умови надання послуг населенню*².

У проекції на наведені правоположення конституційно-правової норми, яка проголошує те, що органи державної влади і місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень і способом, передбаченими Конституцією і законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України), можна дійти важливого висновку. **Розпорядження й управління об'єктами державної і комунальної власності, що належать за своєю суттю до об'єктів**

¹ Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 01.07.2010 р. № 2411-VI // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 55. – Ст. 1840.

² Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

публічної власності, повинно здійснюватися в межах і способами, визначеними чинним законодавством України з урахуванням принципу економічної доцільності.

Відштовхуючись від цього твердження, не позбавленою логіки виглядатиме теза про те, що сфера публічної власності перебуває переважно під впливом *принципу обмежувального режиму правового регулювання*, що зводиться до можливості *«здійснювати лише те, що прямо дозволено законом»*. У цьому полягає, як можна вважати, відмінність правових режимів публічної і приватної власності. Адже для відносин приватної власності, додержуючись класичних уявлень про рівність сторін правовідносин і переважання диспозитивного методу правового регулювання, характерна структура правових зв'язків, побудована на основі *принципу «дозволено все, що прямо не заборонено законом»*.

Виявлена обставина не може не вплинути на уявлення про зміст прав різних власників. Існує переконаність, що класична «тріада» прав володіння, користування і розпорядження об'єктами власності ідеально підходить для характеристики відносин різних форм власності. За твердженням окремих дослідників, немає великої різниці в повноваженнях публічного і приватного власника відносно належного їм майна. І як приклад наводиться ситуація, коли відбувається зміна власника на майно, що приватизується, демонструючи тим самим тождність суб'єктивних прав публічного і приватного власників, перехід до приватного власника усього обсягу прав публічного власника відносно такого майна¹. Простіше кажучи, немає того (у плані прав), чого б не міг мати приватний власник.

Із подібними висловлюваннями можна погодитися, але лише частково. Звичайно, навряд чи є підстави ставити під сумнів сталі погляди на структуру прав у рамках права власності. Хоча в той же час існують уявлення про необхідність виділення четвертого права — права управління, а якщо слідувати науковим розробкам у рамках правової сім'ї загального права, то взагалі в структурі права власності зроблені спроби виділити 11 елементів (згідно з концепцією А. Оноре).

У цілому, приймаючи за основу «тріаду» прав володіння, користування і розпорядження, слід звернути увагу, що багатьма дослідниками **ігнорується різний обсяг цих прав у різних власників**. Різниця в об-

¹ Харьковская цивилистическая школа: право собственности : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2012. – С. 108–109.

сязі прав особливо яскраво виявляється при порівнянні публічного і приватного власників. Керуючись різними за обсягом прав, що надаються, принципами правового регулювання суспільних відносин, у тому числі відносин власності, публічний і приватний власники мають різний обсяг прав з володіння, користування й розпорядження тим або іншим майном. Це знаходить вияв як у можливості володіти певними видами майна (об'єкти, що забезпечують національну безпеку й економічний суверенітет), певним чином користуватися ними (концесія державного або комунального майна), так і у виборі специфічних форм і способів розпорядження об'єктами власності (приватизація).

Відмічаючи специфічність приватизації як правової форми відчуження об'єктів публічної власності, важливо вказати на додаткову її характеристику, яка в цілому зумовлює особливість залучення таких об'єктів у сферу приватного відання. Зокрема, чинне законодавство України створює прецедент виникнення **усіченого права приватної власності**, коли об'єктом такого права виступає приватизоване майно. Власник такого майна в результаті укладення договору купівлі-продажу, по суті, продовжує знаходитися у правовідносинах із публічним власником. Життєздатність цього правового зв'язку забезпечується не лише комплексом публічних зобов'язань покупця, але й обтяженням його прав власника рядом обмежень.

Досить згадати про те, що передача приватизованого об'єкта в заставу або внесення такого об'єкта до статутного капіталу господарського товариства в період дії умов договору купівлі-продажу здійснюється за згодою державного органу приватизації, який є стороною цього договору, у встановленому Фондом державного майна України порядку (ч. 6 ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна»). Така правова конструкція реалізації покупцем майна комплексу прав власника не характерна для цивілістичної концепції побудови відносин власності.

Появу таких винятків із загального правила швидше слід визнати закономірною особливістю розвитку відносин власності, ніж правовою аномалією. Подібного роду обмеження свободи дій нині рівною мірою стосуються й публічного власника.

Зокрема, у науковій літературі часто розглядається ситуація, що мала місце на території Австрії, коли власник був позбавлений своєї земельної ділянки у зв'язку з його вилученням для державних потреб (за попереднього відшкодування). Проте через три роки після вилу-

чення власник виявив, що земельна ділянка не використовується в тих публічних цілях, заради яких він був позбавлений права власності. Тоді власник звернувся до суду загальної юрисдикції з вимогою повернути йому земельну ділянку з умовою повернення суми грошової компенсації, але в задоволенні позову було відмовлено. У результаті власник вимушений був звернутися до Конституційного суду Австрії, який задовольнив заявлені вимоги в повному обсязі.

Цей випадок пояснюється тим, що момент припинення суб'єктивного конституційного права приватної власності (на відміну від суб'єктивного цивільного права) необхідно пов'язувати не з моментом фактичного вилучення земельної ділянки, а з реалізацією тієї мети, заради якої ця ділянка вилучалася¹.

Наведений вище приклад демонструє **неминучість звуження обсягу прав власника**, обумовлене підставами виникнення і припинення права власності, метою, що переслідується на етапі придбання (продажу) відповідного майна, сферою використання об'єкта власності, наявністю певних публічних зобов'язань за власником відчужуваного майна тощо.

Отже, твердження про рівність публічної і приватної власності за обсягом належних їх власникам прав та порядком їх відправлення, щонайменше, вимагає додаткового обґрунтування з приведенням прибічниками такого розуміння додаткових деталізованих аргументів. Ураховуючи, що поборниками такого підходу найчастіше в наукових колах виступають представники цивілістичної правової школи, із загального ряду вибивається інша думка вченого-цивіліста, яка зустрічається в літературі. Зокрема, контрверсією можна визнати думку І. В. Спасибо-Фатеевої, яка зводиться до того, що істотні відмінності в суб'єктному складі зумовлюють і досить значні відмінності в правовому режимі майна, що належить приватним і публічним власникам. Звідси, на думку дослідниці, проблема розподілу права власності на типи, форми, види².

У світлі сказаного, безсумнівно, не можна залишити без уваги, хоча б у найзагальніших рисах, **питання суб'єктно-об'єктного складу відносин публічної власності**.

¹ Гаджиев Г. А. Конституционные основы права собственности в России / Г. А. Гаджиев // Журн. рос. права. – 2006. – № 12. – С. 135–136.

² Спасибо-Фатеева І. Замітки цивіліста про тенденції пізнання права власності / І. Спасибо-Фатеева // Право України. – 2011. – № 5. – С. 32.

Зважаючи на те, що авторами цієї статті були викладені власні уявлення із цього важливого аспекту розвитку відносин публічної власності в раніше опублікованих роботах¹, доцільно зупинитися на наступних положеннях.

Передусім, коли заходить мова про публічну власність, у ряду дослідників виникає асоціація її суб'єктів з органами державної влади і місцевого самоврядування як органів, уповноважених відправляти повноваження власників. Тим самим створюється підґрунтя для отождолення публічної власності з власністю державною і комунальною в їх відповідній сумі².

Ураховуючи те, що в науковій літературі присутнє уявлення про публічну власність як форму власності або навіть тип власності³, то, звичайно ж, з'являється можливість віднести державну і комунальну власність до її різновидів. Проте зовнішнє вираження публічної власності здійснюється як у формі державної і комунальної власності, так і в тих формах власності, яким властиві виділені в цій роботі економіко-правові ознаки, особливі риси.

У зв'язку з цим можна говорити про близькість до публічної власності об'єктів права власності Українського народу. Додатковий інтерес також викликає власність Автономної Республіки Крим, правова природа якої досі залишається недостатньо висвітленою. Як зауважено в п. 3 ч. 1 ст. 138 Конституції України, до відання Автономної Республіки Крим відноситься управління майном, що належить Автономній Республіці Крим. Але і досі, як відзначається в юридичній періодиці, залишається нез'ясованою приналежність власності цього публічно-правового утворення до відомих форм власності, а також правовий режим його майна⁴. Перспективною для наукових досліджень слід визнати також точку зору І. В. Дойникова про можливість віднесення

¹ Устименко В. А. О роли публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития государства / В. А. Устименко, Р. А. Джабраилов // Роль публичной собственности в обеспечении социально-экономического развития Украины : материалы Междунар. науч.-практ. конф., 18 сентября 2012 г., г. Донецк ; НАН Украины, Ин-т экономико-правовых исследований ; редкол.: В. К. Мамутов (науч. ред. и др.). – Донецк : Юго-Восток, 2012. – С. 8–24.

² Актуальні проблеми господарського права : навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 280–293.

³ Спасибо-Фатеева І. Форми права власності / І. Спасибо-Фатеева // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 3. – С. 150–151.

⁴ Кондик П. Чиє майно Автономної Республіки Крим? / П. Кондик // Юрид. вісн. України. – 2010. – 25 верес. – 1 жовт. (№ 39). – С. 6–7.

до публічної власності, окрім державної і муніципальної, майна громадських, релігійних і благодійних організацій і об'єднань¹.

Положення, наведені вище, сприяють напрацюванню підходу, за якого суб'єктом публічної власності може розглядатися як народ у цілому, так і його певним чином легітимізована частина — територіальна громада села, селища, міста, населення Автономної Республіки Крим. Визнаючи за цими суб'єктами права статус публічного власника, державі або Автономній Республіці Крим має бути відведена роль суб'єктів, уповноважених на реалізацію власницьких повноважень. Звісно, таке розуміння суб'єктного складу відносин публічної власності потребуватиме внесення відповідних змін до законодавства України, передусім до Конституції України.

Звичайно, навряд чи розглянуті вище питання можуть претендувати на визнання за ними характеру таких, що вичерпують зміст проблематики формування наукових уявлень про публічну власність. У цілому проведене дослідження багато в чому має постановочний характер і багато викладених наукових положень можуть стати відправною точкою для поглиблення доктринальних досліджень права публічної власності. Тим паче, що відносини публічної власності знаходяться в предметній сфері досліджень науки господарського права, що відображено в паспорті спеціальності 12.00.04 — «господарське право; господарсько-процесуальне право». А це, у свою чергу, надає дослідникам можливість розробки окремих проблем розвитку відносин публічної власності на рівні дисертаційних робіт. Сподіваємося, що незабаром з'являться дисертаційні дослідження, присвячені цьому актуальному в теоретичній і практичній площинах питанню.

Устименко В., Джабраїлов Р. Общие и специальные признаки публичной собственности как предмет научных исследований

В статье рассмотрены современные проблемы развития отношений собственности, соотношения и взаимодействия публичной и частной собственности в условиях смешанной социально ориентированной экономики. Выделены общие и специальные признаки публичной собственности, способствующие углублению научных исследований природы публичной собственности.

Ключевые слова: публичная собственность, народ, территориальная громада, частная собственность, публичные обязательства, правовой режим.

¹ Дойников И. В. Публичная собственность – основа экономики страны / И. В. Дойников // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта : материалы Междунар. науч.-практ. конф. «Проблемы развития предприятий: Теория и практика», 10–12 октября 2002 г. – Ч. 3. – Самара : Изд-во Самар. гос. экон. акад., 2002. – С. 53.

Ustimenko V., Dzhabrailov R. General and special signs of public property as subject of scientific researches

The modern problems of development of relations of property, correlation and co-operation of public and private property in the conditions of the mixed socially oriented economy are considered in the article. The general and special signs of public property, assisting deepening of scientific researches of nature of public property, are distinguished.

Keywords: public property, people, territorial community, private property, public obligations, legal regime.

УДК 341.9

І. Діковська, доцент кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Вплив угоди сторін на вибір правових норм, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання

Дослідження обставин справи і вибір правової норми, що регулює даний випадок і відношення, є початковою стадією реалізації права¹.

В окремих випадках вибір норми ускладнюється тим, що перш ніж обрати конкретну правову норму, необхідно здійснити вибір правової системи, до якої належить така норма. Необхідність вибору правової системи виникає, зокрема, при регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом. При цьому може обиратися як правова система певної держави, так і міжнародна правова система, наприклад, правові норми міжнародного договору або іншого акта міжнародної уніфікації.

Метою цієї статті є дослідження одного із принципів вибору правових норм, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання, — необхідності врахування угоди сторін, якою сторони можуть відмінити застосування певних норм, відступити від них або змінити їх. В основу цієї статті покладений аналіз норм окремих міжнародних договорів, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання, Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 (далі — Принципи), Принципів європейського договірного права (далі — PECL), практики їх застосування та доктрини.

Перш за все варто відзначити, що вибір правової норми міжнародного договору залежить від того, чи охоплюється це питання сферою дії такого договору. Однак навіть при ствердній відповіді на це питання, необхідно враховувати те, що окремі міжнародні договори, які регулюють договірні зобов'язання, передбачають можливість сторін приватноправового договору виключити застосування міжнародного договору, або відступати від його положень, або змінювати їх.

Залежно від можливості виключення застосування, відступу від норм, зміни їх дії міжнародні договори можна класифікувати на такі групи.

¹ Теория государства и права : учебник / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 2004. – С. 349.

До **першої групи** міжнародних договорів слід віднести договори, які допускають виключення застосування їх норм сторонами відповідного приватноправового договору тільки щодо міжнародного договору в цілому¹.

Другу групу складають міжнародні договори, які дозволяють сторонам приватноправового договору як виключити застосування відповідної конвенції в цілому, так і відступати від її окремих положень чи змінювати їх². При цьому слід відзначити, що міжнародні договори, які віднесені до даної групи, як правило, встановлюють винятки, тобто визначають положення, від яких сторони приватноправового договору не можуть відступити. Так, наприклад, відповідно до п. 2 ст. 5 Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг «...сторони можуть у своїх відносинах одна з одною частково відмінити або змінювати дію будь-якого з положень Конвенції, крім положень пункту 3 статті 8, підпункту «b» пункту 3 і пункту 4 статті 13». Зі ст. 6 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (далі — Віденська конвенція) випливає, що сторони договору купівлі-продажу можуть виключати застосування Віденської конвенції в цілому, відступати від будь-якого з її положень або змінювати їх, крім положень ст. 12.

При цьому слід відзначити те, що досліджувані міжнародні договори не встановлюють конкретних вимог щодо того, яким чином сторони можуть виключати їх застосування, відступати від них або змінювати їх положення.

Звичайно, сторони приватноправового договору можуть прямо виключити застосування певного міжнародного договору. При цьому розрізняють виключення із вказівкою сторін на право, що застосовується до договору, і виключення без такої вказівки.³

Дискусійним є питання про те, чи можуть сторони приватноправового договору непрямо виключити застосування міжнародного договору. Підготовчі матеріали окремих міжнародних договорів свідчать про відсутність щодо цього єдності у розробників конвенцій.

¹ Див., наприклад, ст. 3 Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг від 28 травня 1988 р.

² Див., наприклад, ст. 6 Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р., ст. 5 Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг від 28 травня 1988 р.

³ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. United Nations. – New York, 2012. – P. 33.

Так, під час розробки Віденської конвенції окремі делегації пропонували чіткіше сформулювати положення щодо можливості сторін договору купівлі-продажу виключити застосування Конвенції. Наприклад, делегація від Сполученого Королівства пропонувала визначити в тексті Конвенції, що відмова, відступ від її положень, а також їх зміна можуть бути явними та неявними. Делегація від Бельгії пропонувала додати до тексту Віденської конвенції положення про те, що виключення, відступ або зміна від Конвенції повинні бути явно вираженими або явно впливати з обставин справи. Пропонувалося також включити положення про те, що застосування Віденської конвенції виключається, якщо сторони підпорядкували їх договір певному національному праву. Пропозиції щодо «явно виражених» відмови, відступу чи зміни у застосовуванні Конвенції висловлювалися й представниками інших країн, зокрема, Пакистану, Італії. Проте ці пропозиції були відхилені¹.

У Пояснювальній записці Секретаріату ЮНСІТРАЛ до Віденської конвенції зазначається, що виключенням застосування Конвенції є, наприклад, вибір сторонами як права, застосовуваного до договору, права якоїсь держави, яка не є договірною, чи внутрішнього матеріального права однієї із договірних держав. Відхід від положень Віденської конвенції матиме місце у всіх випадках, коли те чи інше положення договору буде передбачати іншу норму, ніж та, яка міститься у Конвенції².

Однак треба відзначити, що така точка зору не завжди підтримується у судовій практиці. Так, наприклад, Верховний суд Австрії в одному із рішень зазначив, що для виключення застосування Віденської конвенції сторони договору повинні ясно висловитися щодо цього. Наявність у договорі умови про вибір застосовуваного права сама по собі не свідчить про те, що сторони домовилися щодо виключення застосування Віденської конвенції до їх відносин³.

¹ United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees. – P. 85, 86.

² Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров // Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров / Организация Объединенных Наций. – Нью-Йорк, 2010. – С. 40.

³ Oberster Gerichtshof 1 Ob 292/99v. 28.04.2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=481>.

В іншій справі умова договору про те, «правом, яке регулює договір, є цивільне право і відповідні правові акти ЄС» стала підставою для направлення справи на новий розгляд Апеляційним судом м. Целе (Словенія), оскільки суд першої інстанції застосував норми Віденської конвенції, не з'ясувавши, чи мали сторони намір виключити застосування Конвенції відповідно до ст. 6. При цьому варто взяти до уваги те, що апелянт у заяві не оскаржував рішення суду першої інстанції в частині застосовуваного права. Апеляційний суд розглянув це питання з власної ініціативи¹.

На наш погляд, вибір права недоговорної держави як права, застосовуваного до договору, не дозволяє зробити однозначного висновку про те, що сторони мали на увазі виключити застосування Віденської конвенції до їх відносин. Можливо, такий вибір означає лише те, що сторони мали на увазі застосування національного права недоговорної держави лише до питань, не врегульованих Віденською конвенцією. Отже, вибір права недоговорної держави без чіткої вказівки на виключення застосування норм Віденської конвенції потребує з'ясування волі сторін щодо цього питання.

Вибір сторонами договору купівлі-продажу права договірної держави як права, застосовуваного до договору, часто є підставою для висновку про те, що сторони не виключали застосування Віденської конвенції, а також не домовлялися про відступ від неї чи зміну її положень. Аргументи для такого висновку є такими: Віденська конвенція є частиною права договірної держави, яке обрали сторони; норми національного права в даному випадку покликані врегулювати прогалини правового регулювання Віденської конвенції².

Водночас варто відзначити, що в окремих випадках вибір сторонами «законодавства, застосовуваного до договору» (замість «права, застосовуваного до договору») є підставою для висновку про неможливість застосування норм Віденської конвенції. Так, М. Г. Розенберг наводить приклад справи, що розглядалася МКАС при ТПП РФ, у якій арбітраж відмовився застосовувати положення Віденської конвенції,

¹ Case 1149: CISG 1(1)(a); 6 – Slovenia: Višje sodišče v Celju (Celje High Court): VSC sklep

Cpg 33/2011 (8 June 2011). In: Case law on UNCITRAL texts (CLOUT). A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/118. United Nations. General Assembly, 22 May 2012 – P. 4.

² UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. United Nations. – New York, 2012. – P. 34.

посилаючись на те, що контракт, укладений між сторонами, містив посилання на «російське законодавство». Автор стверджує, що якби у договорі містилася умова про застосування російського права, а не російського законодавства, то не виникало б сумнівів щодо застосування міжнародного договору «враховуючи, що міжнародні договори РФ, будучи складовою частиною правової системи РФ (ч. 4 ст. 15 Конституції) входять до права Росії»¹.

Точка зору про те, що міжнародні договори входять до сфери «право» і не входять до сфери законодавства заслуговує на підтримку. Втім, не можна не зазначити, що якби подібне питання вирішувалося на підставі аналізу законодавства України, то буквальне його тлумачення привело б до інших висновків. Підставою для такого твердження є ст. 9 Конституції України, відповідно до якої чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Аналогічна норма міститься і у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори». Отже, якщо «застосовуваним» буде українське законодавство, міжнародні договори, учасницею яких є Україна, будуть застосовуватися в силу зазначених норм Конституції України та Закону України «Про міжнародні договори». Однак, якщо застосуванню підлягатиме законодавство іншої держави, то можливість застосування норм міжнародних договорів, а також деяких інших джерел права залежатиме від того, як у даній державі розуміється поняття «законодавство».

Третю групу міжнародних договорів складають договори, які дозволяють сторонам приватноправового договору відступити лише від певних положень міжнародного договору. Зокрема, це характерно для міжнародних договорів, що регулюють договори міжнародних перевезень. Так, наприклад, відповідно до ст. 5 Єдиних правил до договору про міжнародне залізничне перевезення пасажирів (ЦІВ — Додаток А до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ): «Крім випадків, коли Єдині правила це ясно дозволяють, будь-яка умова договору, що безпосередньо або непрямо відхиляється від цих Єдиних правил, є недійсною і позбавленою будь-якої законної чинності».

¹ Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров / М. Г. Розенберг. – М. : Книж. мир, 2003. – С. 91.

Міжнародні договори цієї групи іноді вказують не лише на положення, щодо яких можна зробити відступ, а й напрям такого відступу. Наприклад, із змісту статей 25, 26 Монреальської конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень (далі — Монреальська конвенція) випливає, що договір міжнародного повітряного перевезення може містити відмінні від положень Конвенції умови щодо відповідальності перевізника, за якими розмір відповідальності перевищує розмір меж відповідальності, встановлених Монреальською конвенцією або такі, що встановлюють необмежену відповідальність перевізника. Натомість умови договору повітряного перевезення спрямовані на звільнення перевізника від відповідальності або на встановлення меж відповідальності, нижчої, ніж та, що встановлена цією Конвенцією, є недійсними.

Можливість виключення застосування, відступу від окремих положень або їх зміни за згодою сторін приватноправового договору передбачена не лише міжнародними договорами, а й іншими документами, що містять уніфіковані норми.

Так, зокрема, відповідно до ст. 1.5 Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 сторони можуть виключити застосування цих Принципів, відступати від них чи замінювати зміст будь-якого з їх положень, якщо інше не передбачено Принципами.

Як зазначається у коментарі до ст. 1.5 Принципів виключення застосування Принципів або зміна змісту їх положень може бути явним або неявним. Неявне виключення або зміна мають місце у тих випадках, коли сторони явно погодилися на договірні умови, що суперечать положенням Принципів. Причому в такому випадку не має значення, чи обговорювалися договірні умови окремо, чи являли собою частину стандартних умов, включених сторонами до їх договору. Крім того, якщо сторони явно домовилися про застосування лише окремих глав Принципів, передбачається, що вони погодилися застосовувати загальні положення Глави 1 Принципів¹.

Разом із тим окремі положення Принципів є настільки важливими, що сторони не можуть виключити їх чи відступити від їх застосування. Коментар зазначає, що це положення імперативного характеру. Звичайно питання про те, чи можуть іменуватися імперативними положення документа, який застосовується переважно, якщо сторони ді-

¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010. – P. 15.

йшли згоди про його застосування, є дискусійним. Проте не можна не погодитися із думкою стосовно того, що ці положення є імперативними також у більшості національних законодавств¹. Мова йде про положення ст. 1.7 («Добросовісність та чесна ділова практика»), гл. 3 «Дійсність», за винятком тих, що стосуються помилки та початкової неможливості виконання, ст. 5.1.7 (2)², ст. 7.4.13 (2)³, ст. 10.3 (2)⁴. У виняткових випадках імперативний характер положень є неявним і впливає зі змісту та цілі положення. Прикладами таких положень Коментар називає ст. 1.8⁵ та ст. 7.1.6⁶ Принципів⁷.

Таким чином, можливість сторін приватноправового договору виключити застосування, відступити від окремих положень Принципів, змінити їх обмежується імперативними нормами Принципів.

Аналогічну можливість для договірних сторін встановлює й PECL. Так, відповідно до ст. 1:102 (2) PECL сторони можуть виключити застосування будь-якого їх положення, відступити від них або змінити їх дію, якщо інше не встановлено PECL. Слід зауважити, що у PECL таке право сторін розглядається як прояв принципу свободи договору, зокрема, права визначати зміст договору та контрагента. Водночас, як зазначається у Коментарі до PECL, це право обмежується, по-перше, вимогами добросовісності та чесного ведення справ, а також імпера-

¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010. – P. 15.

² Ст. 5.1.7 (2) Принципів: «Якщо ціна повинна бути визначена стороною і таке визначення є явно нерозумним, то, незважаючи на будь-яку умову договору про інше, ціна повинна бути замінена розумною ціною.

³ Ст. 7.4.13 (2) Принципів: «Однак, незалежно від будь-якої угоди про інше, встановлена сума може бути зменшена до розумних меж, якщо вона є надзвичайно високою з урахуванням шкоди, яка виникає внаслідок невиконання, та інших обставин».

⁴ Ст. 10.3 (2) Принципів: «Сторони не можуть: (a) зменшити загальний строк позовної давності до тривалості менше одного року; (b) зменшити максимальний строк позовної давності до тривалості менше чотирьох років; (c) продовжити строк позовної давності понад п'ятнадцять років».

⁵ Ст. 1.8. Принципів: «Сторона не може поступити несумісно з розумінням, яке вона викликала у іншої сторони, і остання, покладаючись на це розуміння, діяла розумно на шкоду собі».

⁶ Ст. 7.1.6. Принципів: «Застереження, яке обмежує чи виключає відповідальність однієї сторони за невиконання чи допускає, щоб одна сторона здійснила виконання, що істотно відрізняється від того, що інша сторона розумно очікувала, не може бути використане, якщо його використання призвело б до явної несправедливості, беручи до уваги мету договору».

⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010. – P. 15.

тивними нормами PECL¹. Як приклади імперативних норм Коментар до PECL наводить ст. 4:118², ст. 6:105³ та ст. 8:109⁴.

Сторони не можуть уникнути застосування імперативних норм PECL, якщо вони обрали їх як право, що застосовується до договору. Якщо ж сторони вирішили включити до договору PECL, як окремі умови договору, а договір підпорядкувати національному праву, то застосовуватися до договору будуть імперативні норми національного права. Чи у цьому випадку сторони зможуть виключити імперативні норми PECL, залежить від обставин⁵.

Підсумовуючи, варто відзначити, що уніфіковані документи, які можуть застосовуватися для регулювання міжнародних договірних відносин, як правило, передбачають можливість сторін приватноправового договору виключити застосування, відступити від положень або змінити дію норм відповідного документа. Отже, визначаючи правові норми, що будуть застосовуватися до міжнародних приватних договірних відносин, необхідно проаналізувати, чи не виключили сторони договору застосування уніфікованого документа, який за інших умов підлягав би застосуванню, а також, чи не домовилися сторони про відступ від його окремих норм або зміну дії відповідних положень. При цьому слід мати на увазі те, що реалізація даного права сторін

¹ Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. – The Hague, 2000. – P. 99.

² Ст. 4:118 PECL: «Виключення чи обмеження засобів правового захисту. (1) Застосування засобів правового захисту у разі обману, погроз, а також отримання надмірної вигоди або несправедливої переваги, включаючи право на відмову від несправедливої умови договору, яке не було спеціально погоджено, не може бути виключене або обмежене. (2) Застосування засобів правового захисту в разі введення в оману або надання недостовірної інформації може бути виключене або обмежене, крім випадків, коли такий виняток або обмеження суперечить вимогам добросовісності та чесної ділової практики».

³ Ст. 6:105 PECL: «Одностороннє визначення умов стороною. Якщо ціна або будь-яка інша умова договору повинні бути визначені однією стороною і вони визначаються нею вкрай нерозумно, то, навіть якщо зазначено протилежне, замість визначеної стороною умови застосовується умова про розумну ціну або інша розумна умова».

⁴ Ст. 8:109 PECL: «Застереження про виключення або обмеження застосування засобів правового захисту. Застосування засобів правового захисту в разі невиконання може бути виключено або обмежено, якщо таке виключення або обмеження не буде суперечити принципам добросовісності і чесної ділової практики».

⁵ Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. – The Hague, 2000. – P. 102.

приватноправового договору має певні обмеження. Виключення, відступ від уніфікованого документа або зміна дії його положень можуть бути явно вираженими або впливати з умов договору.

Диковская И. Влияние соглашения сторон на выбор правовых норм, регулирующих международные договорные обязательства

Статья посвящена анализу влияния соглашений сторон об исключении применения норм международных унифицированных документов, отхода от их положений, изменения их действия. Осуществлена классификация международных договоров в зависимости от возможностей, предоставляемых ими сторонам частноправового договора, исключить применение норм международных договоров, отойти от их положений, изменить их действие. Сделан вывод о том, что исключение, отступ от унифицированного документа, регулирующего международные частные договорные обязательства, изменение действий его положений могут быть явно выражены или следовать из условий договора.

Ключевые слова: выбор права, международные частные договорные обязательства, применение международных унифицированных документов.

Dikovska I. The influence of the parties' agreement on the choice of law governing international contractual obligations

The article is devoted to the analysis of the impact of parties' agreements on exclusion of the application of international uniform documents, derogation from their provisions, variation of their effects. The classification of international treaties according to the opportunities they provide to contractual parties to exclude the application of international treaties, to derogate from their provisions, to vary their effects has been done. The conclusion that the exclusion of the application of international uniform document, governing international private contractual obligation, derogation from its provisions, variation of its effects governing international private contractual obligation may be expressed or follow from the terms of the contract.

Keywords: choice of law, private international contractual obligations, application of international uniform documents.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 346.14:33

Д. Задихайло, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Економічна система як органічний об'єкт законодавчого забезпечення

Соціум, що не викристалізував у собі властивості громадянського суспільства, цінності колективного самозбереження та солідарності навколо ключових суспільних інтересів, особливо потребує глибокої і детальної законодавчої врегульованості політичних, економічних, соціальних та інших суспільних відносин. Адже правові засоби їх впорядкування в цьому випадку не підкріплюються впливом інших типів соціальної регуляції з боку звичаїв, традицій, норм моралі, зміст яких поділявся б більшістю громадян та збігався б зі спрямованістю законодавчого регулювання. У цьому сенсі симптоматично було б спробувати в українських умовах знайти суспільний консенсус навколо змісту економічної справедливості, або суспільної солідарності в несенні тягот антикризових заходів держави в умовах існуючого рівня майнової нерівності громадян тощо. Таким чином, законодавче регулювання суспільних відносин в Україні призначено виконувати суттєво більш потужну роль-функцію, ніж це зазвичай має місце у країнах із розвинутим громадянським суспільством та високою громадянською солідарністю.

Отже вся система законодавчого нормування суспільних відносин, включаючи сегменти правової політики та безпосередньо нормотворчої діяльності, має отримати адекватну власному призначенню низку системних властивостей. Передусім це високий рівень глибини, деталізації, спеціалізованості та уніфікованості, диференційованості та

інтегративності, функціональності, адаптованості та інноваційності самого нормативного матеріалу. Як уявляється, усі названі властивості повною мірою також мають належати і правовому регулюванню відносин у сфері господарювання. Адже в ній сфокусовані комплекси майнових інтересів з великою мотиваційною напругою, у тому числі і конфліктогенного характеру. Це відповідно вимагає надзвичайних зусиль щодо спрямування таких інтересів по траєкторіях встановленого правового господарського порядку, який а ргіогі має визначати суспільно прийняті конфігурації компромісу між ними.

Як зафіксовано у ст. 5 Господарського кодексу України (далі — ГК України), правовий господарський порядок формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, що ґрунтується на конституційно-правових цінностях та конституційних засадах організації суспільно-економічного життя. Слід підкреслити, що згідно із п. 2 ст. 5 ГК України, конституційні основи правового порядку в сфері господарювання зачіпають обидва зазначених аспекти змісту правового господарського порядку, а не тільки компонент державного регулювання. Адже ринкове саморегулювання значною мірою є також результатом цілеспрямованих організаційних зусиль із боку суспільства та держави.

Однак необхідно визнати, що в наведеній дефінітивній нормі ГК України міститься визначення, що має на меті розкриття саме сутності, природи правового господарського порядку, залишаючи його онтологічний контекст на другому плані. Утім сучасний ступінь загострення основних суспільно-економічних суперечностей як в Україні, так і за її межами, ставлять у практичну, інструментальну, функціональну площину проблему встановлення змістовних співвідношень між базовими для організації економічного життя поняттями-категоріями. Такими передусім є «конституційний економічний порядок», «економічна та господарсько-правова політика держави», «правовий господарський порядок», «економічна влада та її види», «механізм та порядок розподілу економічної влади» «забезпечення економічного народовладдя в Україні» тощо. Адже саме ці мегакатегорії відбивають основні складові функціонування економічної системи як такої. Встановлення їх реальних змістовних ознак і тим більше характеру основних системоутворюючих зв'язків є принциповим завданням правової науки і в першу чергу — господарсько-правової.

Разом з тим слід констатувати, що ціла низка економічних за своєю природою відносин залишається за межами предмета господарсько-правового регулювання, виходячи з існуючого розподілу предметів між аграрним, екологічним, фінансовим, адміністративним, а також цивільним і трудовим правом та законодавством. Власне методологія такого розмежування відносин у сфері господарювання з іншими видами відносин міститься у нормах ст. 4 ГК України. Варто зауважити, що за допомогою регулятивного потенціалу названих галузей, кожної окремо, але взятих у сукупності, має складатися загальна картина правового забезпечення статичної та динамічної, мікро- та макrorівнів функціонування економічної системи суспільства — системи її економічних відносин.

Не зачіпаючи особливого призначення в цьому питанні норм саме конституційного права, слід зазначити, що одні з названих галузей створюють правовий режим власне господарської діяльності, але предметно автономізовані виходячи із специфіки сфери господарювання, зокрема аграрної, інші — створюють правові режими використання специфічних факторів виробництва, якими є природні та трудові ресурси, деякі — визначають зміст відносин між суб'єктами публічної влади та суб'єктами господарювання щодо оподаткування, окремі — створюють загальну правову базу забезпечення обігу майнових прав тощо.

Таким чином, якщо поставити в центр економічної системи суб'єкта господарювання та скласти картину всіх різновидів економічних відносин між ним та іншими їх учасниками, то зрозуміло, що врегулювати усі відносини, включаючи й ті, «що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин у сфері господарювання» відповідно до ст. 1 ГК України за допомогою тільки господарського права — неможливо. Тому формальне розмежування відносин економічної сфери між господарським та іншими галузями права, що викладено у ст. 4 ГК України, є не тільки логічним, а й прямо вказує на перелік суміжних галузей права, що разом із господарським правом взаємодіючи створюють сукупний правовий режим функціонування економічної системи як такої.

У цілому хотілося б зауважити, що властивостями розвитку права є не тільки процеси його уніфікації та спеціалізації, а також і процеси подальшої диференціації і в той же час — інтеграції, залежно від ефекту, на який розраховують і законодавець, і безпосередні учасники правовідносин. Так, диференціація, включаючи її предметний галузевий,

підгалузевий, інституційний рівні, призначена забезпечити більш точне, адресне кінець-кінцем диференційоване у мікрорівневому масштабі суспільних відносин правове їх регулювання. Тоді як інтеграція нормативного матеріалу, незважаючи навіть на предметно-галузеве його розмежування, призначена забезпечити системний, потенційно синергетичний характер правового регулювання, визначаючи параметри макрорівневого масштабу суспільних процесів. Такій інтеграції, інтегративній систематизації норм права має кореспондувати відповідний макрооб'єкт у системі суспільних відносин, яким власне і є, зокрема, економічна система. Адже її частини, складові, які мають власні «відповідальні» галузі права і законодавства, повністю або частково мають бути підпорядковані завданням забезпечення ефективного функціонування спільних для них системоутворюючих зв'язків, через які і здійснюється взаємодія між елементами такої суспільної системи.

До таких елементів слід віднести фактори виробництва, майнові права щодо них та їх суб'єктів стосовно використання та залучення названих факторів у господарську діяльність, виробничий процес. У цілому мова йде про природні ресурси, енергоносії, грошові кошти, об'єкти інтелектуальної власності у формі інноваційних продуктів, трудову спроможність громадян тощо. Елементом економічної системи є і сам підприємець — суб'єкт господарювання, що власне і компонує фактори виробництва в межах організованої ним підприємницької діяльності. Окремим елементом системи є безперечно споживачі, яким можуть бути властиві дезінтегрованість або організованість, вимогливість та схильність до проведення власної споживчої політики на ринку або пасивність тощо. Звичайно, окремий сегмент економічної системи утворює держава, інші суб'єкти публічної влади, що через систему владних (організаційно-господарських) відносин мають забезпечувати публічні інтереси в механізмі функціонування такої системи та забезпечувати правовий господарський порядок як такий.

Звісно, розробники Господарського кодексу України були свідомі щодо проблеми співвідношення категорій «економічні відносини» та «господарсько-правове їх регулювання». Не випадково визначення правового господарського порядку у ст. 5 ГК України підкріплено посиленням на конкретні конституційно-правові засадничі положення, а до змісту основних напрямів економічної політики держави, відповідно до ст. 10 ГК України, віднесено податкову, амортизаційну, валютну, також міститься вказівка на екологічну політику, що забезпечує

раціональне використання природних ресурсів та соціальну політику захисту прав споживачів, політику заробітної плати і доходів населення, політику зайнятості тощо. Разом з тим слід констатувати, що механізму змістовної і навіть дефінітивної конвергенції різногалузевого нормативного матеріалу в інтересах системного законодавчого забезпечення сфери економічних відносин як таких не створено.

Можливо, сьогодні названа проблема не набула необхідного рівня її свідомої актуалізації, для того, щоб хоча б у процесі організації законотворчих робіт створити комплексний міжгалузевий нормативний модуль «Економічне право». Як уявляється, найбільш актуальним міг би бути модуль саме «Макроекономічне право». Взагалі практичний сенс подібних або інших модулів інтеграції — систематизації різногалузевого нормативно-правового матеріалу полягає саме в досягненні цільової гармонізації регулювання складних, гетерогенних за природою, але цілісних та автономізованих суспільних відносин, об'єднаних межами окремого макрооб'єкта. Для цього передусім необхідно забезпечити системну взаємодію названих різногалузевих механізмів у напрямі визначених і спільних для них цілей правового впливу.

Особливої актуалізації така предметна інтеграція різногалузевого нормативного матеріалу набуває за умови наявної суспільно-політичної гостроти щодо відповідного комплексу суспільних відносин, що створює необхідність формування самостійної та виразної політики держави в цій сфері. У свою чергу, реалізація такої політики вимагає активізації управлінського впливу держави щодо відповідного об'єкта управління. Вказане є цілком справедливим стосовно проблеми «макроекономічного права» і власне — макроекономічних відносин, що актуалізують створення та функціонування комплексного й ефективного механізму державного регулювання економічних процесів.

Отже, міжгалузєва інтеграція може бути визначена як систематизація нормативно-правового масиву, що спрямована на забезпечення повноти та ефективності реалізації політики держави у визначеній сфері суспільних відносин шляхом необхідної для цього функціональної його структурованості, формування спільних цілей і такого, що відповідає їм, комплексу правових засобів. Процеси формування міжгалузевих нормативно-правових модулів мають сприяти процесам внутрішньосистемної правової уніфікації самих правових засобів, створенню нових механізмів їх взаємодії відповідно до завдань політики держави, а також створенню реальних комплексних міжгалузевих

інститутів, що можуть отримати форму відповідних міжгалузевих законодавчих актів.

У сфері функціонування економічних відносин можливим прикладом актуальності створення функціональних полігалузевих нормативно-правових модулів може виявитись, наприклад, проблема морегосподарського комплексу та відповідно — морської політики держави, які безперечно являють собою макрооб'єкти управлінського та правового впливу з боку держави. Адже в єдиному комплексі, узгоджено мають функціонувати правові інститути, підгалузі і навіть галузі законодавства, що регулюють діяльність у сфері морських та річкових перевезень вантажів та пасажирів, суднобудування та судноремонту, рибного господарства, видобування корисних копалин на морському шельфі, рекреаційної та туристичної діяльності, альтернативної енергетики, екологічної безпеки, транспортної портової інфраструктури тощо. І якщо регулювання суспільних відносин на мікрорівні за своєю галузевою приналежністю може залишатися достатньо автономізованим одне від одного, макроекономічне регулювання вимагає від нормативного забезпечення єдності, системності, адже його найвища мета за рахунок використання потенціалу узгодженості між його складовими — досягти загального синергетичного ефекту, наприклад, значної активізації господарської діяльності в усьому морегосподарському комплексі. Адже названий тип регулювання передбачає застосування і засобів стимулювання приватної ініціативи, приватних інвестицій і засобів державного регулювання, передбачених алгоритмами реалізації державної політики в цій сфері, залучення державних ресурсів шляхом реалізації цільових державних програм, реалізації потенціалу державно-приватного партнерства, а також програмування узгодженого розвитку усіх секторів визначеного господарського комплексу і багато іншого. Звичайно, можна покладатись на невидиму руку ринку і посилатись на екстраординарний досвід окремих компаній, таких як «Нібулон», що відроджує річковий флот зернових перевезень на Дніпрі, виступає замовником десятків і десятків суден на Миколаївському суднобудівному підприємстві «Океан», яке, до речі, змінивши цілу низку власників, зараз розбудовує річні термінали та елеватори для погрузки на експорт українського зерна тощо¹. Однак за прозорі та суспільно орієнтованої державної політики щодо питання розвитку

¹ Бироваш М. Аграрний № 1 / М. Бироваш // Кореспондент. – 2012. – 20 июля. – С. 26–29.

морегосподарського комплексу України можна тільки здогадуватись, якої результативності досягла б названа та інші компанії у своєму розвитку як і весь морегосподарський комплекс за таких умов.

Отже, створення модулів різногалузевого комплексного нормативно-правового регулювання макроекономічних об'єктів, на першому етапі могло б мати віртуальний характер, що було б особливо важливо для підвищення якісної ефективності самого законотворчого процесу. Однак на другому етапі можна було б ставити питання про окрему практичну форму реалізації віртуальної нормативної інтеграції, а саме, через прийняття цілої низки різногалузевих комплексних законів України, об'єктом регулювання яких могли б бути окремі сектори та окремі кластери в національній економіці, розвиток яких набуває значення мультиплікатора. (В результаті можна було б сподіватися, з огляду на сказане, на прийняття Закону України «Про розвиток морегосподарського комплексу України» тощо).

У цьому контексті макроекономічне право, як функціональний системний полігалузевий нормативно-правовий модуль у системі координат національного права, має своїм призначенням структурно об'єднати відповідні господарські, аграрні, фінансові, трудові, соціально-забезпечувальні правові інститути, що в єдиному макромеханізмі правового регулювання повинні забезпечити державі проведення ефективної макроекономічної політики, спрямованої на підтримання шляхом активного державного регулювання необхідних внутрішніх та зовнішніх балансів та інших макроекономічних властивостей функціонування національної економічної системи. (Симптоматичним є використання законодавцем у тексті ст. 5 ГК України словосполучення «державне регулювання макроекономічних процесів».)

Макроекономічна політика держави своєю діяльністю впливає на стан агрегатних показників функціонування економіки через корекцію різноманітних мікропроцесів, що, у свою чергу, визначають стан сукупного платоспроможного попиту, сукупних заощаджень та накопичень інвестиційних ресурсів, динаміки зростання конкурентоспроможності товарів та послуг, масштабів експортно-імпоротної діяльності, рівня безробіття та якості трудових ресурсів тощо. Така політика враховує також загальні властивості національного економічного організму, такі, як технологічний рівень виробництва, стан монополізації внутрішніх ринків, ступінь інтегрованості у світову економіку, особливості циклічних процесів у вітчизняній економіці тощо. Саме у сфері

макроекономічних відносин реалізується, хоча і не вся, але значна частина напрямів економічної політики, зокрема, грошово-кредитної, бюджетної, податкової, структурно-галузевої, інвестиційної, антиінфляційної, зайнятості, зростання внутрішнього ринку тощо, що власне і мають сукупно забезпечити макроекономічну рівновагу.

Слід зауважити, що і державне регулювання економічних процесів доцільно розподіляти на мікро- та макрорівневе, хоча такий розподіл є досить умовним. Так, мікрорівневе державне регулювання має індивідуальний характер та реалізується через механізм організаційно-господарських відносин, одним із суб'єктів якого і є безпосередній суб'єкт господарювання. Саме він має у процесі організації або здійснення власної господарської діяльності особисто забезпечити ті чи інші публічні інтереси. У той же час на макрорівні державне регулювання хоча також може мати у складі відповідних правовідносин суб'єктів господарювання, але кінцевою його метою є мультиплікаційні ефекти, що виявляють себе на макроекономічному рівні через активізацію чи гальмування господарської діяльності великої кількості інших суб'єктів господарювання, що не є безпосередніми учасниками названих відносин. Власне мова йде про систему активних відносин між державною та суспільною організацією економічного життя, у яких держава повною мірою використовує свої суверенні права, реалізує владний характер впливу на суспільні відносини. Таким чином, маємо всі підстави для максимально відповідального і водночас творчого конструювання системи правового забезпечення цих відносин.

Тому логічним етапом подібного розвитку правової політики держави могла б стати розробка та прийняття Кодексу макроекономічного регулювання в Україні. Слід визнати, що незважаючи на реальне існування Господарського кодексу України, Податкового кодексу України, Закону України «Про Кабінет Міністрів України», Закону України «Про Національний банк України», законодавства у сфері валютного регулювання, про захист економічної конкуренції, про розроблення програм економічного розвитку та багато інших, система макроекономічного регулювання залишається не тільки розподіленою між господарським, адміністративним, фінансовим (податковим) законодавством, але і значною мірою законодавчо не забезпеченою. Адже в цілому ряді випадків законодавець лише встановлює можливість застосування тих чи інших макроекономічних регуляторів та конкретні органи держави, до компетенції яких входить використання відповідних повноважень.

Так, Законом України «Про Національний банк України» тільки серед засобів грошово-кредитної політики у ст. 25, зокрема, передбачені такі інструменти макроекономічного регулювання, як:

- визначення та регулювання норм обов'язкових резервів для комерційних банків;
- процентна політика;
- рефінансування комерційних банків;
- управління золотовалютними резервами, включаючи здійснення валютних інтервенцій;
- регулювання імпорту та експорту капіталу;
- емісія власних боргових зобов'язань та операції з ними.

Макроекономічні інструменти, що реалізуються у сфері управління готівковим грошовим обігом згідно зі ст. 34 Закону України «Про Національний банк України», передбачають, зокрема, здійснення емісії гривні, а відповідно до ст. 36 цього Закону Національний банк України вживає заходів з регулювання курсу гривні щодо іноземних валют.

Разом з тим, виходячи із положень ст. 19 Конституції України, згідно з якою органи державної влади та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, слід констатувати наявність конституційно закріпленого алгоритму вимог до законодавчого наповнення правової регламентації діяльності держави. Законодавче забезпечення владної компетенції органів держави має включати нормативне наповнення усіх трьох основних елементів: правових підстав використання владних повноважень; встановлення меж використання таких повноважень, що зумовлені суспільним їх призначенням, та встановлення правових способів, включаючи механізми і процедури реалізації відповідних повноважень.

Отже, деталізація повноважень, зокрема НБУ, щодо використання засобів макроекономічного регулювання, що сама по собі, з огляду на суворість вимог ст. 19 Конституції України, є фрагментарною, крім цього, врегульована переважно на рівні підзаконних актів — постановами НБУ, що суперечить принципу конституційної законності.

Здійснення макроекономічного регулювання стану функціонування національної економічної системи зачіпає суспільні інтереси підприємців, споживачів, працівників, інвесторів, імпортерів, експортерів, громадян, що мають заощадження в банківських депозитах, суб'єктів господарювання, що планують власну діяльність на перспективу, тощо,

за яких необхідність детальної законодавчої урегульованості усіх аспектів такої діяльності держави є беззаперечною. Така визначеність може бути обґрунтована не тільки конституційно-правовими вимогами забезпечення елементарної законності діяльності держави, фактичними резонами такої постановки питання є також антикорупційні аспекти, вимоги унеможливлення прямого використання макроекономічного регулювання на користь тих чи інших олігархічних груп суб'єктів господарювання тощо. Усе це зрештою має сприяти відповідальному використанню владних повноважень держави у сфері економіки. Останнє зауваження особливо актуальне в умовах недозрілості громадянського суспільства та недосконалості демократичних форм функціонування держави.

За великим рахунком, провали правового регулювання економічних відносин незмінно тягнуть за собою «провали демократії» та держави щодо матеріальної основи життєдіяльності суспільства. Адже обрані на визначений термін посадові особи вищих органів державної влади в умовах ескізного і фрагментарного правового забезпечення державного макроекономічного регулювання використовують його інструменти в тимчасових політично вмотивованих інтересах. Віддалені наслідки якості макроекономічного регулювання, як і в цілому впливу держави на стан національної економіки, виявляють себе вже за інших поколінь політичних і державних діячів і власне Українського народу. Отже, достатньо безвідповідально, непрозоро і навіть втаємничено в названих умовах, використовуючи механізми макроекономічного регулювання процесів національної економіки, можна створити:

- зовнішні та внутрішні державні борги, що лягатимуть тягарем на наступні покоління громадян України;

- виснаження природних ресурсів, що є об'єктом права власності Українського народу, на користь кількох десятків конкретних бенефіціарів, що залишає не тільки сьогоденне, а й прийдешні покоління громадян України із спустошеними фондами національного багатства;

- накопичення економічних проблем, особливо у сфері оновлення технічної інфраструктури, екологічного забруднення продуктивних територій, що потребують державних інвестицій, але які відкладаються і перекладаються на посадових осіб наступних каденцій державної влади;

- відсутність реального правонаступництва щодо Державних програм, що були започатковані попереднім складом політичного керівництва з боку нових складів Уряду та парламентської більшості;

– потурання масовій трудовій міграції громадян України до інших країн, що дозволяє тимчасово знімати гостроту безробіття, але створює в майбутньому надзвичайні небезпеки масової трудової міграції в Україну з країн Азії тощо.

Саме для того, щоб державні керівництво, регулювання, вплив, партнерство та інші форми взаємодії з економічною сферою мали зрозумілий, відповідальний, збалансований, прозорий та суспільно прийнятний характер і знаходились в межах вимог ст. 3 Конституції України щодо відповідності держави перед людиною за свою діяльність, вкрай необхідно створити сучасне законодавче забезпечення цих відносин. Таке забезпечення повинно визначати підстави застосування заходів макроекономічного регулювання як для ординарного підтримання необхідних параметрів балансування економічних процесів, так і антикризового та екстраординарного, зокрема у випадках активізації позаекономічних загроз національній економічній безпеці. Особливого значення набуває чітке визначення меж застосування такого регулювання як у сфері управління інфляційними процесами, щоб переваги контрольованої незначної інфляції не перетворились в інфляцію конфіскаційну, таку, що фактично дозволяє державі відмовитись від узятих на себе грошових зобов'язань у визначених обсягах. Аналогічно слід підходити також і до оподаткування, що за окремих умов свою фіскальну та регулюючу функції може змінювати на характер конфіскаційного оподаткування тощо. Таким чином, межі застосування регулюючих засобів мають бути обов'язково встановленими. Названим законодавством мають бути чітко визначені також підстави для відповідальності посадових осіб за результати застосованих засобів макрорегулювання, а в окремих випадках, можливо, і підстави для відшкодування збитків, що спричинені некваліфікованим державним менеджментом. Важливого значення набувають також досконалість та стабільність законодавчого забезпечення відповідних процедур, якими опосередковуються прийняття та реалізація рішень посадовими особами у сфері макроекономічного регулювання.

Насамкінець слід зазначити, що суспільство має право поставити під свій контроль названу сферу діяльності держави, зробити публічну макроекономічну владу в її особі нарешті зрозумілою, прозорою, відповідальною, перетворити її на ефективного учасника функціонування національної економічної системи в інтересах Українського народу.

Задохайло Д. Экономическая система как органичный объект законодательного обеспечения

Статья посвящена анализу проблемы целостности экономической системы как объекта правового регулирования и отраслевой ее раздробленности между отдельными отраслями права и законодательства. В качестве компромиссного варианта обеспечения системности и согласованности законодательного регулирования экономических отношений автор предлагает в процессе правотворческой деятельности создать условный модуль нормативного материала, который во взаимодействии между своими частями обеспечивает гармоничное функционирование экономической системы.

Ключевые слова: правовой хозяйственный порядок, предмет хозяйственно-правового регулирования, экономическая система, макроэкономика.

Zadykhaylo D. Economic system as a united subject of legal regulation

This article is devoted to the problem of determination of correlation between economic systems as a united subject of regulation and different branches of law in field of economic relationship. In the article paid attention to necessity of creation special united modules of regulations.

Keywords: legal commercial order, subject of commercial regulation, economic system.

УДК 347.768

С. Глібко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Банківська гарантія як фінансова послуга

У банківській діяльності передбачаються окремі класифікація і регулювання кредитних операцій, до яких серед інших належить згідно зі ст. 1 ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність» надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі. Разом з тим за ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» № 2664-III від 12 липня 2001 р. (далі — Закон «Про фінансові послуги») надання гарантій та поручительств є фінансовою послугою, що, крім наявності особливостей публічного регулювання правочинів, пов'язаних з наданням цих послуг, тягне за собою вимоги уніфікації та усунення суперечностей у регулюванні порядку надання гарантій у законодавстві України.

Дослідження банківської гарантії як окремого правочину у праві здійснювали І. А. Безклубий, І. Й. Пучковська, К. Ю. Молодіко, російські науковці Л. Г. Єфімова, А. А. Рубанов, В. В. Вітрянський, Л. А. Бирюкова, Г. О. Аванесова, Н. Ю. Рассказова, інші дослідники. У сучасних умовах постає питання щодо визначення порядку регулювання банківської гарантії як банківської операції, яка є фінансовою послугою, що вимагає поширення загального підходу до регулювання фінансових послуг і одночасно врахування характеру кредитної операції при наданні гарантій.

Мета статті — визначити ознаки банківської гарантії як кредитної операції та вимоги до визначення відповідного банківського регулювання.

Гарантія згідно зі ст. 546 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) є видом забезпечення виконання зобов'язання і одночасно регулюється як фінансова послуга. Стаття 560 ЦК України передбачає, що гарантію може надавати банк, інша фінансова установа, страхова організація, що підтверджує її визначення як фінансової послуги у ст. 4 Закону «Про фінансові послуги». Утім крім визначення гарантії як фінансової послуги поняття банківської гарантії чітко закріплюється

ся в ч. 1 ст. 200 ГК України, що підкреслює запозичення в господарське законодавство регламентування гарантії як банківської операції. Додатково в спеціальному банківському регулюванні гарантія розглядається як кредитна операція, у зв'язку з чим видача гарантій банками зазнає відповідного нормування та обмежень.

Наведено перелік основних міжнародних актів та звичаїв, що відіграють істотну роль у регулюванні правовідносин з надання гарантії та гарантійних зобов'язань.

«Конвенція Організації Об'єднаних Націй про незалежні гарантії та резервні акредитиви» (Нью-Йорк, 1995 р.)¹ (далі — Конвенція ООН 1995 р.).

Уніфіковані правила по договірних гарантіях, публікація Міжнародної торгової палати (далі — МТП) № 325, видання 1978 р.² (далі — УПДГ 325), які поширюються на будь-яку гарантію, поруку або подібне зобов'язання і не регулюють гарантії за вимогою. Особливістю УПДГ 325 є пряма невизначеність суті гарантії (ст. 2) з віднесенням до волевиявлення сторін при наданні гарантії форми відповідальності гаранта, а також введення письмової форми вимоги бенефіціара до гаранта з доданням документів, що обґрунтовують вимогу.

Уніфіковані правила МТП для договірних порук, публікація МТП № 524, набули чинності з 1 січня 1994 р., видання 2000 р.³ (далі — УПДП 524). Основними ознаками цих банківських інструментів є наявність норми ст. 3 (b) і (d) про акцесорність відповідальності гаранта за порукою, яка настає при невиконанні основного зобов'язання, а також можливість у гаранта висувати заперечення як і у принципала проти вимог бенефіціара. Фактично УПДП 524 передбачають уніфікацію засобу забезпечення, що є тотожним поруці за законодавством України.

Міжнародна практика резервних акредитивів (The International Standby Practices ISP98 1998), публікація МТП № 590⁴ (далі — ISP98). Правило 1.06 (a) ISP98 «Природа Стендбай» вказує, що акредитив стендбай є безвідкличним, незалежним, документарним, що має обов'язкову силу з моменту виставлення зобов'язання. Незалежність визначається правилом 1.07 ISP98, а саме: на зобов'язання емітента по

¹ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН [Електронний ресурс].

² Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН [Електронний ресурс].

³ КонсультантПлюс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.consultant.ru

⁴ Режим доступу: <http://focus.dcpprofessional.com>

відношенню до бенефіціара не впливають права та зобов'язання емітента по відношенню до наказодавця згідно з будь-якими чинними угодами, практикою чи законодавством.

Уніфіковані правила для гарантій за вимогою, включно з типовими формами, редакція 2010, публікація МТП № 758¹ (далі — УПГВ 758). Статус УПГВ 758 відмічено в пункті (d) ст. 1, відповідно до якої якщо в гарантії за вимогою або в контргарантії, наданій після 1 липня 2010 р., вказано, що вона підпорядковується УПГВ, без зазначення, застосовується редакція 1992 чи 2010 р., або без зазначення номера публікації, то гарантія за вимогою або контргарантія підпорядковуються УПГВ у редакції 2010 р. Російські науковці зазначають, що в попередній редакції Уніфіковані правила для гарантій за вимогою, публікація МТП 1991 р.² (далі — УПГВ 458), стали орієнтиром для норм Цивільного кодексу Російської федерації (далі — ЦК РФ)³, і з точки зору відображення зв'язку банківської гарантії з основним договором ЦК РФ ближче за змістом до УПГВ 458, ніж до положень Конвенції ООН 1995 р.⁴

Щодо дії названих актів в Україні, то існують відмінності в поняттях та застосуванні їх порівняно з цивільним та господарським законодавством, законодавством про фінансові послуги в Україні. Українські та російські науковці (погляди останніх враховуються у зв'язку зі схожістю законодавства Російської Федерації із цих питань) звертають увагу на таке. Н. Ю. Єрпілева до банківських гарантій, які використовуються в банківській та міжнародній практиці відповідно до УПГВ 458, відносить гарантію належного технічного обслуговування, резервний акредитив, митну та судову гарантії⁵. А. Рубанов звертає увагу, що резервний акредитив, притаманний праву та практиці США, повинен регулюватися Уніфікованими звичаями та практикою для документарних акредитивів 1983 р., діючих на час дослідження науковцем у ре-

¹ Див.: Міжнародні комерційні трансакції / [пер. з англ. ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів ЗЕД»]. – К. : Асоціація «ЗЕД», 2012. – С. 403–434.

² Система інформаційно-правового забезпечення ЛПА:ЗАКОН [Електронний ресурс].

³ Див.: Ерпілева Н. Ю. Международное банковское право : учеб. пособие / Н. Ю. Ерпілева. – М. : Дело, 2004. – С. 431.

⁴ Див.: Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России / А. Рубанов // Хоз-во и право. – 2000. – № 5. – С. 64.

⁵ Див.: Ерпілева Н. Ю. Международное банковское право : учеб. пособие / Н. Ю. Ерпілева. – М. : Дело, 2004. – С. 445.

дакції 1994 р., публікація МТП № 500¹. Слід зауважити, що в нормативних актах Національного банку України (далі — НБУ) при банківському регулюванні безумовні і безвідкличні гарантії прирівнюються до безвідкличних резервних акредитивів, що виконують функції фінансової гарантії, при формуванні резервів відповідно до Положення про порядок формування та використання банками України резервів для відшкодування можливих втрат за активними банківськими операціями, затвердженого постановою Правління НБУ № 23 від 25.01.2012 р.² (далі — Положення НБУ № 23). Також відповідно до Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затвердженого постановою Правління НБУ № 514 від 3 грудня 2003 р.³ (далі — Положення № 514), при відкритті резервного акредитиву, який виконує гарантійні функції, у заяві на відкриття акредитиву необхідне посилання на УПДА, або ISP98, або інші міжнародні документи, затверджені МТП. Але недоліком такого відсилання в законодавстві України є фактична відсутність вітчизняної банківської та судової практики з відкриття резервних акредитивів, відмінності в регулюванні для резервних акредитивів при застосуванні до них або УПДА 600, або ISP98, з урахуванням одночасного виконання гарантійних функцій. Хоча при цьому ISP98 за своїм змістом не передбачають прямої вказівки на виплату за акредитивом при невиконанні основного зобов'язання, як у гарантіях на вимогу. На наш погляд, за такої ситуації регулювання міжнародними правовими джерелами необхідно видавати роз'яснення або рекомендації для застосування на рівні НБУ або, принаймні, банківських асоціацій, з метою розмежування на підставі змісту та характеру резервних акредитивів з гарантіями на вимогу при їх нормативному регулюванні та використанні в господарській діяльності.

Фактично істотним фактором для такого регулювання стає саме функціональне навантаження певної банківської операції. Необхідно

¹ Див.: Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России / А. Рубанов // Хоз-во и право. – 2000. – № 5. – С. 61. На сьогодні прийняті Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, редакція 2007 р. (ICC Uniform Customs and Practise for Documentary Credits (UCP 600) Publication No. 600), (далі – УПДА 600) // Міжнародні комерційні трансакції / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів ЗЕД»]. – К. : Асоціація «ЗЕД», 2012. – С. 371–402.

² Офіц. вісн. України. – 2012. – № 16. – Ст. 595.

³ Там само. – 2003. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 2831.

враховувати, що резервні акредитиви є інститутом законодавства, яке не діє в Україні і не притаманне національній правовій системі, тому такі фінансові інструменти можуть застосовуватися тільки у випадку їх підпорядкування нормам міжнародного приватного права та законодавства інших держав. УПДГ 325, УПДП 524, УПГВ 758, ISP98 застосовуються у випадку, якщо сторони підпорядкували регулювання гарантійних відносин вказаним міжнародно-правовим документам, шляхом прямої вказівки на це в гарантії. Але постійний вплив джерел міжнародного приватного права на регулювання господарської і банківської діяльності веде до запозичення уніфікованих норм, що надає можливість прискорити товарообіг, забезпечити надійність розрахунків, скоротити терміни погашення заборгованості та відшкодування збитків.

Правове регулювання та призначення такого інституту, як банківська гарантія, на наш погляд, визначається саме сукупністю функцій, юридичної техніки (або правового механізму застосування), майнової складової при реалізації відповідальності як виду забезпечення зобов'язань, заходів захисту та іншого впливу на учасників господарсько-майнових відносин при проведенні цієї фінансової послуги. Особливості та сукупність названих ознак дозволить визначити місце банківської гарантії серед правових фінансових послуг та засобів забезпечення, і саме для характеристики банківської гарантії та регулювання операцій з її надання насамперед основним є визначення її рис як засобу забезпечення.

Визначення банківської гарантії надається у ст. 200 ГК України (з наданням переліку гарантів: банк, кредитна установа, страхова організація), у Положенні про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженого постановою Правління НБУ № 639 від 15 грудня 2004 р. (далі — Положення НБУ № 639)¹ шляхом відображення зобов'язань гаранта, характеру та форми їх вираження (письмове підтвердження, повідомлення). ЦК України у ст. 560 не закріплює чіткого поняття гарантії як банківської, і, крім того, суб'єктний склад гарантії містить фінансові установи, а не кредитні, як у ст. 200 ГК України. І. А. Безклубий визначає банківську гарантію як кредитну операцію, що здійснюється на підставі одностороннього, абстрактного, відплатного правочину, за яким банк (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання

¹ Офіц. вісн. України – 2005. – № 3. – Ст. 156.

боржником (принципалом) свого обов'язку¹. К. Ю. Молодико пропонує визначати гарантію через ознаки правочину та порядок виконання зобов'язань сторонами: гарантія — це спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого гарант, на підставі вчиненого ним у письмовій формі одностороннього правочину (видачі гарантії), зобов'язаний сплатити зумовлену грошову винагороду бенефіціару, який протягом строку дії гарантії в належному місці та спосіб надав гарантові передбачені умовами гарантії документи, з яких припускається порушення забезпеченого обов'язку принципала перед бенефіціаром за відсутності явних доказів навмисного введення бенефіціаром в оману гаранта щодо факту настання гарантійного випадку². З урахуванням характеристики фінансової послуги Н. Ю. Єрпылева підкреслює незалежність банківської гарантії як самостійного цивільно-правового зобов'язання одностороннього характеру одного суб'єкта — гаранта перед бенефіціаром, яке необхідно відрізнити від гарантійної операції, тобто операції з надання банківської гарантії, і в такій операції³. Перелічені визначення банківської гарантії характеризують цей інститут з різних точок зору, що підкреслює неоднозначність сукупного регулювання банківської гарантії як правочину і кредитної операції.

Із приводу визначення переліку спеціальних суб'єктів — гарантів у порівняльному аспекті доречно звернутися до деяких поглядів російських науковців на регулювання цього питання у ст. 368 ГК РФ, яка визначає тільки поняття банківської гарантії. Л. А. Бірюкова, аналізуючи російське законодавство, відмічає, що гарантії, які видані іншими суб'єктами, ніж передбаченими ст. 368 ЦК РФ банком, кредитною установою та страховою організацією, необхідно розглядати як інший спосіб забезпечення, який не суперечить ЦК РФ, а відносини з приводу видачі такої гарантії будуть регулюватися загальними положеннями про способи забезпечення зобов'язань⁴. М. Рожкова визнає, що ГК РФ відступив від Уніфікованих правил для гарантій за вимогою (Публікація МТП № 458) саме в найменуванні гарантії як банківської

¹ Див.: Безклубий І. А. Банківські правочини : монографія / І. А. Безклубий. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 386.

² Див.: Молодико К. Ю. Банківські гарантії у міжнародному та внутрішньому обігу: питання теорії та практики застосування : монографія / К. Ю. Молодико. – К. ; Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. – С. 24.

³ Див.: Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право : учеб. пособие / Н. Ю. Ерпылева. – М. : Дело, 2004. – С. 434.

⁴ Див.: Бирюкова Л. А. Банковские гарантии. Теория и практика / Л. А. Бирюкова. – М. : Спарк, 2004. – С. 25, 26.

та встановленні обмеженого переліку суб'єктів банківської гарантії¹. Напроти, О. Садиков, на підставі ст. 2 Уніфікованих правил для договірних гарантій МТП, твердить, що відсутні підстави відмовляти у видачі гарантії іншим учасникам комерційного обігу, опираючись на свободу договору².

Законодавство України не містить таких категоричних обмежень за суб'єктивним складом при наданні гарантій як фінансових послуг. Серед фінансових установ гарантами в Україні відповідно до нормативних актів Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг (далі — Нацкомфінпослуг), є фінансові компанії. Фінансові компанії визначаються на підставі п. 1.2 Положення про внесення інформації щодо фінансових компаній до Державного реєстру фінансових установ та встановлення вимог до облікової та реєструючої системи фінансових компаній, затвердженого розпорядженням Держфінпослуг № 152 від 5 грудня 2003 р.³ (далі — Положення Держфінпослуг № 152). Відповідно до п. 1.4 Положення Держфінпослуг № 152 у додаток до Свідоцтва (яке підтверджує статус фінансової установи) про реєстрацію фінансової установи Нацфінпослуг серед інших видів послуг вносить і гарантії. Але обов'язкові критерії і нормативи, у тому числі щодо достатності капіталу та платоспроможності для фінансових компаній значною мірою відрізняються від відповідних для банків. Це призводить до нерівності законодавчих умов для здійснення однакової господарської діяльності та надання фінансових послуг. Крім того, результат визнання якості гарантій як фінансових активів простежується і в нормативних актах НБУ. Наприклад, відповідно до п. 4.2 гл. 4 розд. II Положення НБУ № 23, з урахуванням міжнародної практики надання гарантій, у тому числі небанківських, для врахування при визначенні резерву до прийнятного забезпечення 1-ї та 2-ї групи (із чотирьох передбачених) залежно від рівня ліквідності відносять безумовні та безвідкличні гарантії або безвідкличні резервні акредитиви, що виконують функції фінансової гарантії: Кабінету Міністрів України, урядів країн, банків, що мають кредитний рейтинг, не нижчий, ніж «А-» (для 1-ї групи), або не нижчий, ніж «BBB-» (для 2-ї групи) згідно з міжнародною шкалою, підтвер-

¹ Див.: Рожкова М. О видачі страховщиками банковской гарантии / М. Рожкова // Хоз-во и право. – 2009. – № 1. – С. 70.

² Садиков О. Гарантийные обязательства в гражданском праве / О. Садиков // Хоз-во и право. – 2004. – № 9. – С. 37.

³ Офіц. вісн. України. – 2004. – № 1. – Ст. 17.

джений у бюлетені агентства (компанії) Standard & Poor's, або аналогічний рейтинг інших провідних світових рейтингових агентств (компаній), міжнародних багатосторонніх банків (Міжнародний банк реконструкції та розвитку, Європейський банк реконструкції та розвитку, Міжнародна фінансова корпорація) (для 1-ї групи); банків України, що забезпечені грошовим покриттям, на строк, не менший, ніж строк користування активом (для 2-ї групи).

Таким чином, фактичне розмежування надійності гарантій підтверджує як відсутність належного системного регулювання надання відповідних фінансових послуг в Україні, так і необхідність здійснення першочергових заходів щодо законодавчого врегулювання надійності надання гарантій будь-якими суб'єктами ринків фінансових послуг з відповідним нормативним забезпеченням виконання ними обов'язків за наданими гарантіями.

З урахуванням поглядів науковців та норм законодавства України як основні ознаки банківської гарантії можливо відмітити такі:

1. Спеціальна класифікація і відповідні вимоги в законодавстві як виду забезпечення та одночасно як гарантії — фінансової послуги (ст. 200 ГК України, Закон «Про фінансові послуги»), яка в банківському законодавстві належить до кредитних операцій.

2. Спеціальний суб'єкт гарантії — банк, інша фінансова установа (кредитна установа за ст. 200 ГК України), страхова організація (гарант) згідно зі ст. 560 ЦК України. Але на цей час відповідно до законодавства України такими суб'єктами можуть бути тільки банки та фінансові установи, за винятком страхових компаній відповідно до ст. 2 Закону України «Про страхування».

3. Односторонній характер гарантії як правочину.

4. Гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредитором, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником (ст. 569 ЦК України).

5. Незалежність гарантії.

6. Особливий характер акцесорності гарантії, яка існує тільки на момент її видачі, бо відповідальність гаранта перед кредитором за порушення певних зобов'язань боржником, задля забезпечення яких надавалася гарантія, після надання стає незалежною від основного зобов'язання.

7. Обмеженість підстав для відхилення вимоги гарантом, припинення гарантії.

8. Трансферабельність гарантії як диспозитивна умова.

9. Сукупний вплив перелічених ознак на банківське регулювання гарантії як кредитної операції в основного суб'єкта з надання цієї послуги — банку.

Для практичного використання гарантії її учасниками важливі ознаки, які характеризують юридичну техніку реалізації гарантії, часові та операційні витрати учасниками цієї фінансової послуги. Так, ці питання К. Трофимов визначає через функції банківських гарантії: забезпечення виконання зобов'язань шляхом надання компенсації кредиту; розподіл ризиків між сторонами, що підписали основний контракт; стимулювання боржника у виконанні своїх зобов'язань під загрозою пред'явлення вимоги по гарантії; захист імпортера від ризиків при авансових та часткових платежах експортеру; сигнальна функція, що підтверджує фінансовий стан принципала при відмові у виданні гарантії по його зобов'язанням¹. Останню функцію науковці також характеризують як легітимацію, при якій банківська гарантія є свідченням спроможності принципала виконати зобов'язання². Так, А. В. Рубанов визначає завдання гарантії — мінімізація часу, який проходить між моментом виникнення шкоди в учасників майнових відносин та строком, за який вона стає покритою³, що є, як ми вважаємо, найбільш привабливою ознакою серед засобів забезпечення. З точки зору мети використання банківської гарантії, то зазначається, що гарантія є додатковим забезпеченням фінансових інтересів сторін у зовнішньоекономічних операціях, і при спрощенні розрахункових операцій використання банківської гарантії при банківських переказах та документарних інкасо дозволяє усунути недоліки останніх форм розрахунків⁴.

На наш погляд, при зверненні за гарантією до банків віднесення її до кредитної операції додатково призводить до необхідності аналізу і врахування таких особливостей цієї послуги, як розмір та порядок оплати, забезпечення принципалом оплати регресної вимоги гаранта, надійність можливих контргарантів, оперативність платежів, порядок передачі гарантії (прав вимоги) та інші.

¹ Див.: Трофимов К. Использование банковских гарантий в международных и отечественных контрактах / К. Трофимов // Хоз-во и право. – 1999. – № 11. – С. 44.

² Див.: Михайлов Д. М. Международные расчеты и гарантии / Д. М. Михайлов. – М.: ФБК-ПРЕСС, 1998. – С. 205.

³ Див.: Рубанов А. В. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России / А. В. Рубанов // Хоз-во и право. – 2000. – № 5. – С. 56.

⁴ Див.: Руденко Л. В. Організація міжнародних кредитно-розрахункових операцій в банках : посібник / Л. В. Руденко. – К.: Вид. центр «Академія», 2002. – С. 309, 310.

ЦК України не врегульовані правовідносини до видачі банківської гарантії майбутніх гаранта і принципала. Наявність зверненого до гаранта прохання принципала та у ст. 379 ЦК РФ угоди між гарантом та принципалом щодо регресної вимоги гаранта, чим підтверджується укладання в практиці банківських установ окремої угоди щодо видачі гарантії. Фактично в банківській практиці в Україні зміст цих правовідносин з питань встановлення плати та забезпечення виконання зобов'язання принципала за регресною вимогою гаранта регулюється локальними внутрішніми нормативними актами банків, які повинні відповідати вимогам, передбаченим гл. 1 розд. 2 Положення НБУ № 639. При такому регулюванні договір про надання гарантії або погоджена заява повинні відповідати змісту договору про надання фінансових послуг згідно зі ст. 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Хоча, як відмічається, угода про надання банківської гарантії може і не укладатися і її наявність не впливає на дійсність самої банківської гарантії¹. Л. Г. Єфімова такий договір визначає за російським законодавством як взаємний, оплатний, каузальний правочин². Для порівняння, у п. 1.5 Положення НБУ № 514 фактично аналогічна процедура щодо відкриття акредитиву стендбай гарантійного характеру: у разі відкриття (надання) непокритого резервного акредитива має бути укладений договір про відкриття (надання) резервного акредитива між наказодавцем акредитива та уповноваженим банком-емітентом, у якому має бути передбачено всі умови, за якими відкривається (надається) резервний акредитив, у тому числі умови його забезпечення. Таким чином, за відсутності законодавчого закріплення процедури надання гарантійного зобов'язання шляхом відкриття резервного акредитиву, банківське законодавство логічно підкреслює необхідність укладання відповідної угоди між клієнтом та банком, що підтверджує характер такого зобов'язання як кредитного і відповідно надання гарантії як активна операція належить до кредитної операції відповідно до п. 1.10 розд. I гл. 1 Положення НБУ № 23. Разом з тим як загальна норма є те, що банк на звітну дату розраховує розмір резерву за наданою гарантією як різницю між сумою коштів,

¹ Див.: Аванесова Г. Соглашение о предоставлении банковской гарантии / Г. Аванесова // Хоз-во и право. – 1999. – № 3. – С. 64.

² Див.: Ефимова Л. Г. Банковские сделки. Комментарии законодательства и арбитражной практики / Л. Г. Ефимова. – М. : Юрид. фирма «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2000. – С. 273.

необхідних для її виконання банком, та сумою отриманої винагороди і вартості забезпечення згідно з п. 2.1 гл. 2 Положення НБУ № 23.

Таким чином, відповідне регулювання надання гарантій серед кредитних операцій свідчить про необхідність обов'язкового забезпечення зобов'язань банків за гарантіями іншими видами забезпечення, і в цьому випадку поняття самої гарантії як виду забезпечення трансформується в зобов'язання, виконання якого забезпечується іншими видами забезпечення, у тому числі наданням гарантій банків.

Як висновок необхідно відмітити, що послідовне регулювання банківської гарантії потребує прийняття закону, який визначить порядок здійснення визначеним колом фінансових установ фінансових послуг з надання гарантій, встановлення рівних умов та вимог щодо платоспроможності та забезпечення виконання обов'язків гарантами. Крім того, обов'язковим є відображення регулювання гарантій як кредитних операцій, порядку їх здійснення з метою забезпечення платоспроможності гаранта і одночасно захисту його інтересів при виконанні зобов'язань принципалом. Установлення порядку регулювання та механізму розподілу повноважень спеціально уповноважених державних органів на ринках фінансових послуг при наданні гарантій потребує подальшого дослідження.

Глибко С. Банковская гарантия как финансовая услуга

В статье рассмотрены проблемы хозяйственно-правового регулирования банковской гарантии как финансовой услуги и кредитной операции банков.

Ключевые слова: банковская гарантия, кредитная операция, финансовая услуга.

Glibko S. Bank guarantee as a financial service

In article problems of economic and legal regulation of bank guarantee as financial services and credit operations of banks are considered.

Keywords: bank guarantee, credit operations, financial service.

УДК 349.2:331.2

В. Божко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри державного управління і права Полтавського національного технічного університету імені Юрія Кондратюка

Принцип рівності в оплаті праці

Постановка проблеми. Окресливши поняття¹, систему принципів оплати праці² та розкривши зміст справедливості в оплаті праці³, вважаємо за необхідне дослідити втілення ідеї рівності в інституті оплати праці. Адже Р. Ієринг наголошував: «Справедливість ґрунтується на принципі рівності»⁴. Конституційний Суд України уточнює: «*Справедливе застосування норм права — це передусім недискримінаційний підхід*» (абз. 4 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення від 2 листопада 2004 р. №15-рп/2004)⁵. Проте лише між рівними суб'єктами права можливий справедливий розподіл, бо, як стверджував Арістотель, «справедливість — це те, що стосується особистості, а тому рівні мають мати рівне»⁶. Але працівник і роботодавець не є рівними. Із цим погоджувався К. Маркс: «У своїх виключно економічних діях капіталіст є більш сильною стороною, ніж працівник»⁷. Конституційний суд РФ в абз. 1 підп. 2.1 п. 2 мотивувальної частини Постанови від

¹ Божко В. М. Поняття принципів оплати праці / В. М. Божко // Вісн. Запоріз. нац. ун-ту : зб. наук. ст. Юридичні науки. – 2011. – № 2 (ч. II). – С. 27–35.

² Божко В. М. Система принципів оплати праці / В. М. Божко // Наук. вісн. Львів. держ. ун-ту внут. справ. Серія юридична. – 2011. – № 3. – С. 3–13.

³ Божко В. М. Справедливість в оплаті праці / В. М. Божко // Вісн. Запоріз. нац. ун-ту : зб. наук. ст. Юридичні науки. – 2011. – № 3. – С. 56–62; Божко В. М. Дослідження обсягу права на справедливу заробітну плату / В. М. Божко // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. – 2011. – № 88. – С. 70–74.

⁴ Рудольф фонь Ієринг. Цѣль вѣ правѣ / фонь Ієринг Рудольф ; пер. В. Р. Лицкого, Н. В. Муравьева, Н. Ф. Дерюжинского. – Первый томъ. – СПб. : Изданіе Н. В. Муравьева, 1881. – С. 165.

⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України від 2 листопада 2004 р. №15-рп/2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

⁶ Арістотель. Філософське насліддя : в 4 т. – АН СРСР, Інститут філософії. – М. : Мысль, 1983. – Т. 1. – С. 371.

⁷ Маркс К. Зароботная плата, цена и прибыль / К. Маркс // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. – изд. 2-е. – Т. 16. – М. : Госполитиздат, 1960. – С. 152.

25 травня 2010 р. № 11-П також наголошує: «...працівник у трудових відносинах є економічно більш слабкою стороною»¹.

Усе це спричиняє необхідність не лише державного втручання для встановлення справедливих пропорцій розподілу доданої вартості між суб'єктами трудових відносин, а й формування механізму правового регулювання оплати праці для пошуку справедливої рівноваги між інтересами працівника та роботодавця.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичною основою статті стали праці О. Р. Дашковської, Т. А. Занфірової, С. П. Погребняка, С. М. Припипка, О. І. Процевського, Н. М. Хуторян, О. М. Ярошенка та багатьох інших учених.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується ця стаття. Віддаючи належне науковому добору названих дослідників, втілення рівності в оплаті праці для них не було об'єктом спеціального дослідження.

Формулювання цілей статті. Мета статті — аналіз змісту права працівників на рівну плату за працю рівної цінності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Рівність — один із загальноправових принципів, який повинен пронизувати усю правову систему, систему права, а отже, й норми інституту оплати праці. Тому й у п. 2 ст. 23 Загальної декларації прав людини проголошено: кожна людина без будь-якої дискримінації має право на *рівну плату за рівну працю*. Згідно з підп. 1 п. «а» ст. 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права, держави-учасниці «визнають право кожного на ... винагороду, що забезпечувала б як мінімум усім працівникам ... *рівну винагороду за рівноцінну працю без будь-якої різниці*, причому жінкам повинні гарантуватись умови праці, не гірші від умов, створених чоловікам, з *рівною платою за рівну працю*».

У преамбулі Статуту МОП проголошується прагнення реалізувати *принцип рівної заробітної плати за рівну працю*. Важливість утілення рівності в оплату праці навіть спонукала МОП ухвалити 29 червня 1951 р. Конвенцію № 100 «Про рівну винагороду чоловіків та жінок за рівноцінну працю», ратифіковану Україною 10 серпня 1956 р. Відповідно до її ст. 2, «кожен член Організації ... забезпечує застосування

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности абзаца десятого статьи 2 Закона Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Н. И. Гущина от 25 мая 2010 года № 11-П // Собр. законодательства РФ. – 2010. – № 23. – Ст. 2934.

щодо всіх працівників принципу *рівної винагороди чоловіків і жінок за рівноцінну працю*».

Рада Європи теж прагне впровадити у правозастосовну практику принцип рівності в оплаті праці. Адже відповідно до п. 3 ст. 4 ч. II Європейської соціальної хартії, «зادля сприяння ефективній реалізації права на справедливу винагороду Сторони зобов'язуються ... визнати право працівників — чоловіків та жінок — *на рівну винагороду за працю рівної цінності*».

Вимога щодо обов'язковості дотримання принципу рівності в оплаті праці міститься не лише в первинному, а й у вторинному законодавстві та у прецедентній практиці Суду Європейського Союзу (Суду Європейських Співтовариств) (далі — Суд ЄС). Зокрема, у ст. 119 Римського Договору про заснування Європейського економічного співтовариства (далі — ЄЕС) від 25 березня 1957 р. держави-учасниці зобов'язалися дотримуватися «принципу *рівної плати чоловіків та жінок за рівну працю*».

2 жовтня 1997 р. 15 країн — учасниць ЄЕС підписали Амстердамський Договір про Європейський Союз, відповідно до ст. 141 якого «кожна держава-учасниця забезпечує застосування принципу *рівної плати працівникам чоловічої та жіночої статі за однакову або рівноцінну роботу*». Цей же припис відтворено і в ст. 157 Ніщцького договору «Про функціонування Європейського Союзу».

Окрім первинного законодавства, принцип рівної плати за рівноцінну працю чоловіків та жінок закріплено в актах так званого «вторинного» законодавства ЄС — директивах Ради ЄС, котрі, згідно з правовою позицією Суду ЄС, сформульованою у справі «Publelico Minislero v. Ratti», є джерелом права ЄС, мають «прямий» характер дії й загальнообов'язкову силу для всіх держав — учасниць ЄС.

5 липня 2006 р. Європейський парламент та Рада ЄС ухвалили Директиву 2006/54/ЄС «Про реалізацію принципів рівних можливостей і рівноправного поводження щодо чоловіків та жінок у питаннях працевлаштування й зайнятості», спрямовану на протидію прямій та непрямій дискримінації в оплаті праці (підп. б) ч. 2 ст. 1). Згідно з підп. е) п. 1 ст. 2 Директиви «*плата за працю*» — звичайна базова або мінімальна заробітна плата або оклад та будь-яка інша винагорода, яку отримує працівник безпосередньо або опосередковано, у зв'язку із його трудовими відносинами, від роботодавця. У випадку виконання *однакової або рівноцінної роботи* має бути усунута пряма або непряма

дискримінація стосовно всіх умов винагороди у державному або приватному секторах економіки. Тому, якщо для визначення розміру плати за працю використовується система класифікації посад, вона має ґрунтуватися на однаковому критерії для чоловіків і жінок й виключати можливість будь-якої дискримінації за статевою ознакою (ст. 4). Держави-учасниці можуть передбачити диференціацію правового регулювання оплати праці за умови, що різниця у ставленні буде зумовлена характером професійної діяльності або середовищем, у якому вона здійснюється, кваліфікаційними вимогами до працівників.

Суд ЄС неодноразово інтерпретував зміст терміна «плата за працю», вжитого в законодавстві ЄС, у результаті з часом він набув широкого змісту й охоплює такі виплати: внески роботодавця до системи пенсійного страхування працівників понад їх заробітну плату (справа 69/80, Worringham); пенсійні виплати, які здійснюються на виконання трудового договору (справа C-262/88, Barber); соціальна допомога, котра виплачується роботодавцем працівникам у випадках, передбачених законодавством (справа C-262/88, Barber); допомогу з тимчасової непрацездатності (справа 171/88, Rinner-Kühn); допомога в разі втрати годувальника (справа C-109/91, Ten Over); компенсаційні виплати (справа C-147/95, Plektrismou); гарантійні виплати за період перебування на курсах підвищення кваліфікації (справа C-457/93, Lewark); щомісячні доплати та надбавки до основної заробітної плати (справа C-381/99, Brunnhofeg); різдвяні бонуси (справа C-333/97 Aboulaye) тощо.

У справі C-127/92 (Enderby) Суд ЄС наголосив, що в разі порівняння двох різних робіт, одна з яких виконується переважно жінками, роботодавець повинен довести, що відмінність у їх оплаті зумовлена об'єктивними факторами, не пов'язаними з дискримінацією за ознакою статі. Той факт, що розміри заробітної плати були узгоджені під час колективних переговорів, не є достатньою підставою для обґрунтування об'єктивної відмінності в оплаті праці та не виправдовує існуючу різницю в платі за працю. У справі C-17/05 (Cadman) Суд ЄС постановив, що, оскільки, як правило, при визначенні розміру заробітної плати роботодавці враховують стаж роботи, вони не повинні доводити обґрунтованість встановлення доплати за стаж виконання конкретної роботи, крім тих випадків, коли працівник надасть достатні докази протилежного.

Досліджуваний принцип утілено і в національному законодавстві країн — учасниць ЄС. Так, дискримінацію в оплаті праці заборонено

у конституціях дев'ятьох європейських країн — Голландії, Греції, Іспанії, Італії, Німеччини, Польщі, Португалії, Фінляндії та Франції. «Статева рівність у сфері зайнятості забезпечується особливо щодо заробітної плати та інших умов праці», — проголошено у ст. 6 Конституції Фінляндії. Згідно зі ст. 22 Конституції Греції, всі працівники, незалежно від статі, мають право на рівну плату за рівноцінну працю. Відповідно до ст. 37 Конституції Італійської Республіки, жінка-працівниця має право отримувати за однакову працю однакову винагороду з чоловіком-працівником. «Жінка та чоловік мають право... на однакову винагороду за рівноцінну працю» (ч. 2 ст. 33 Конституції Республіки Польща).

У пошуках способів боротьби з дискримінацією в оплаті праці більшість країн світу ухвалює спеціальні закони, у яких не лише заборонена дискримінація в оплаті праці, а й передбачена вимога рівної плати за рівноцінну працю¹. Крім того, у законодавстві окремих країн утілено вимогу до роботодавців щорічно аналізувати оплату праці для профілактики дискримінації. Так, згідно зі шведським Законом «Про рівноправність чоловіків та жінок» 1980 р., зі змінами 2001 р., роботодавець зобов'язаний скласти щорічний звіт та подавати його раді підприємства на затвердження, а в разі її відсутності — представнику трудового колективу, для порівняння загальних умов оплати праці жінок і чоловіків. Подібні норми містить данський Закон «Про рівну оплату праці чоловіків і жінок» 1976 р., у редакції 2002 р.; норвезький Закон «Про гендерну рівність» 1978 р. з урахуванням змін 2002 р.; австрійський Закон «Про рівне ставлення до чоловіків і жінок» 1993 р. тощо.

Незважаючи на постійне вдосконалення трудового законодавства, в усіх країнах світу досі існує дискримінація в оплаті праці. Останні дані Євростату свідчать, що розрив в оплаті праці чоловіків та жінок у середньому по ЄС-27 у 2011 р. становив 17,1 % (включаючи оплату надурочних робіт), а у 2008 р. — 17,6 %. Натомість зберігаються істотні відмінності у платі за працю в окремих державах — учасницях ЄС: від 2 % — на Мальті, 4 % — у Данії, до 25 % — в Естонії, Австрії та Чехії,

¹ Наприклад, у США – Закон «Про рівну плату» 1963 р., розд. VII Закону «Про громадянські права» 1964 р., Закон «Про дискримінацію при працевлаштуванні за віком» 1967 р., а також Закон «Про інвалідів» 1990 р.; у Великій Британії – закони «Про рівну плату» 1970 р., «Про однакове поводження» 1983 р. та «Про статева дискримінацію» 1976 р.

30 % — на Кіпрі¹. Гендерні відмінності в оплаті праці здебільшого зумовлені тим, що, з одного боку, чоловіки й жінки працюють за різними професіями, зайняті у різних секторах економіки (горизонтальна сегрегація), а з другого — вони нерівномірно розподілені на керівних посадах (вертикальна сегрегація), та тим, яким чином класифікується й оцінюється робота, яка система оплати праці використовується².

У Комюніке Європейської Комісії від 18 липня 2007 р. «Подолання розриву в оплаті праці чоловіків та жінок» наголошується, що відмінність в оплаті праці чоловіків і жінок і надалі зумовлена не об'єктивними, а дискримінаційними чинниками. Зокрема, традиційно недооцінюється та робота, котру переважно виконують жінки: фізична праця оцінюється вище, аніж праця, що потребує міжособистісного спілкування, або вищеоплачуваною є праця, котра передбачає фінансову відповідальність, аніж відповідальність за людей. За оцінками експертів, дискримінація в оплаті праці зумовлює приблизно 25–50 % відмінностей у розмірі заробітної плати чоловіків та жінок.

Дієвим засобом захисту від дискримінації в оплаті праці є звернення до суду. Щоправда, незважаючи на таку можливість, кількість поданих скарг у більшості країн є мізерною. Основна причина — тривалий розгляд таких справ у судах. Наприклад, у Великій Британії середня тривалість провадження щодо порушення права на рівну плату *за рівну працю* становить від 11 до 28 місяців, а при порушенні права на рівну плату *за рівноцінну працю* — від 5 до 48 місяців³.

Задля спрощення процедури та полегшення порівняння різної праці 17 липня 1996 р. Комісія ЄС ухвалила Звід практики щодо здійснення рівної плати за рівноцінну працю жінок і чоловіків, у якому містяться практичні поради роботодавцям, як уникнути дискримінації в оплаті праці. 20 вересня 2001 р. Європейський парламент створив спеціальний Європейський гендерний інститут, який має здійснювати експертизу рівної плати за рівноцінну працю⁴.

¹ Глобальный доклад Генерального Директора Международного бюро труда на 100-й сессии Международной конференции труда // Равенство в сфере труда: вызов сохраняется. – Женева: МБТ, 2011. – С. 26.

² Rune Holm. Gender pay differences still widespread in the labor market [Електронний ресурс] / Rune Holm. – Режим доступу: <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/2010/08/DK1008019I.htm>.

³ Kristine Nergaard. Gender pay equity in Europe [Електронний ресурс] / Kristine Nergaard. – Режим доступу: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/01/study/t0201101s.htm>.

⁴ Official Journal of the European Communities. – 2002. – С 77. – Р. 134.

У Конституції України проголошено, що «всі люди є вільні й рівні у своїй гідності та правах» (ст. 21), «рівність прав жінки й чоловіка забезпечується наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей ... у праці та винагороді за неї» (ст. 24). До того ж, з метою досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства, 8 вересня 2005 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків». На виконання припису його 17 статті «роботодавець зобов'язаний здійснювати *рівну оплату праці* жінок і чоловіків при однаковій кваліфікації та однакових умовах праці».

Отже, право на рівну плату за рівноцінну працю має не лише міжнародне визнання, а й проголошене у вітчизняному законодавстві. Щоправда, Г. А. Капліна наголошує на необхідності законодавчого закріплення «принципу *рівної оплати за рівну працю*»¹. Н. Б. Болотіна висловлює жаль з того приводу, що «трудове законодавство України фактично не закріплює права *працівників*, чоловіків та жінок, на *рівну плату за працю рівної цінності*. Саме в такій редакції ... ця норма повинна бути сформульована в національному законодавстві»². Однак, формулюючи авторське бачення змісту нової редакції ч. 3 ст. 21 Закону України «Про оплату праці», вона переконує у доцільності викладу її в такій редакції: «Кожна людина без будь-якої дискримінації має право на *рівну оплату за рівну працю*»³.

Як свідчить аналіз міжнародної правозастосовної практики, досить часто перед судами постає питання: яку працю потрібно вважати «рівноцінною», аби реалізувати це право, бо термін «рівноцінна» — оціночний. Як стверджував славнозвісний суддя Верховного Суду США Олівер Венделл Холмс (Oliver Wendell Holmes), «слово — не кристал прозорий і незмінний, а лише втілення живої думки, зміст якої може змінюватися відповідно до обставин та часу, за яких його використовують»⁴. Конституційний Суд України теж неодноразово

¹ Капліна Г. А. Проблеми правового регулювання оплати праці в ринкових умовах України і шляхи їх вдосконалення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Г. А. Капліна. – Х., 2009. – С. 7, 10, 12, 16.

² Болотіна Н. Б. Право на рівні права та можливості: сучасні стандарти Ради Європи і юридична практика в Україні / Н. Б. Болотіна, М. М. Феськов // Проблеми пенітенціарної теорії і практики : щоріч. бюл. Київ. ін-ту внутр. справ / редкол. О. Ф. Штанько (гол. ред.) та ін. – К. : КІВС, 2004. – № 9. – С. 252.

³ Там само. – С. 253.

⁴ Towne v. Eisner, 245 U.S. 418. 425 (1918).

наголошував: «Із принципу рівності випливає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці та неминуче призводить до сваволі» (абз. 2 підп. 5.4 п. 5 мотивувальної частини Рішення від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005)¹.

Справді, «рівна плата за рівноцінну працю» — не просте право, як здається на перший погляд. Керуючись ним, можна виокремити принаймні п'ять рівнів виявлення рівноцінності праці: 1) міжнародний рівень; 2) національний або регіональний рівень; 3) галузевий рівень; 4) виробничий рівень; 5) індивідуальний рівень. Наприклад, якщо керуватися міжнародним рівнем порівняння, то заробітна плата працівників транснаціональних корпорацій, що виконують рівноцінну працю, повинна бути рівною, незалежно від того, де вони працюють — у США, Європі чи у країнах, які розвиваються. Саме таку вимогу містить Тристороння декларація принципів, котрі стосуються транснаціональних корпорацій та соціальної політики, прийнята Адміністративною радою МБП у 1977 р., зі змінами від 17 листопада 2000 р.: «Заробітна плата, котра виплачується працівникам транснаціональних корпорацій, має бути не нижчою, ніж та, що виплачується на аналогічних підприємствах у іншій країні» (п. 33).

Натомість відповідно до Федерального закону США «Про рівну плату» вимога рівної оплати праці обмежена рамками одного підприємства. Подібна норма передбачена і в норвезькому Законі «Про гендерну рівність». Щоправда, Комітет експертів із застосування конвенцій та рекомендацій МОП у своєму Висновку щодо виконання Україною Конвенції № 100 МОП наголошує: «“Рівноцінна робота” є значно ширшим поняттям, аніж рівна винагорода за „рівну”, „таку ж саму” або „однакову” роботу та охоплює зовсім іншу роботу, яка, тим не менше, є рівноцінною. Крім того, використання цієї Конвенції не обмежується порівнянням роботи жінок і чоловіків у одного роботодавця. Вона забезпечує можливість зіставлення різноманітних видів робіт, які виконуються чоловіками і жінками у різних роботодавців»

¹ Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. №5-рп/2005 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

(п. 3 Висновків)¹. Комітет експертів навіть наводить приклади, коли порівнювалася винагорода чоловіків та жінок, що працювали за різними професіями у різних роботодавців, але їх праця була визнана рівноцінною: наглядчак у притулку для людей похилого віку (в основному жінки) та охоронець в офісному приміщенні (в основному чоловіки); інспектор у шкільній їдальні (в основному жінки) та інспектор у садах та парках (в основному чоловіки). У наведених випадках працівники мали різні професії, різний рівень кваліфікації та навичок, виконували різні трудові обов'язки та працювали в різних умовах, але їх праця визнана рівноцінною².

Суд ЄС також прийшов до висновку, що за певних обставин право на «рівну плату за рівноцінну працю» не обмежується випадками, коли чоловіки і жінки працюють в одного роботодавця (абз. 10 преамбули Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС 2006/54/ЄС від 5 липня 2006 р.). Ось чому Суд ЄС виявив порушення названого права через виплату заробітної плати різного розміру суддям та прокурорам Румунії (справа C-310/10, *Curtea de Apel Bacău*)³ та бортпровідникам двох тірольських авіакомпаній (справа C-132/11, *Oberlandesgericht Innsbruck*)⁴.

Крім того, дуже важливою для реалізації зазначеного права є та обставина, що в разі виконання рівноцінної роботи в одного й того ж роботодавця не має значення, чи такі роботи виконувались одночасно. Зокрема, під час розгляду справи C-129/79 «Маккартис проти Сміт» (*Macarthys v. Smit*) Суд ЄС постановив: «Жінка може порівнювати оплату своєї праці не лише з оплатою праці чоловіка, котрий виконує таку саму роботу, а й з оплатою праці свого попередника». До того ж, відповідно до правової позиції Суду ЄС, строк, який минув між призначенням працівниці та її попередника, не обмежує можливість застосування досліджуваного принципу.

Цим прецедентом скористалася наша співвітчизниця Оксана Денисенко, звернувшись до Лондонського суду із позовом до інвестиційного банку *Credit Suisse*. Із 2004 р. вона працювала в банку на різних посадах, та незадовго до вагітності її призначили віце-президентом українського представництва. На час її відпустки по догляду за дити-

¹ Матеріали «круглого столу» у Верховній Раді України «Про реалізацію в Україні конвенції МОП № 100 „Про рівну винагороду чоловіків та жінок за рівноцінну працю” та № 111 „Про дискримінацію в галузі праці та занять”». – К., 2010. – С. 3.

² Там само. – С. 4–5.

³ Official Journal of the European Union. – 2011. – C269. – P. 17.

⁴ Official Journal of the European Union. – 2011. – C186. – P. 11.

ною до досягнення нею трирічного віку на місце О. Денисенко взяли працівника чоловічої статі із вищою заробітною платою. Як повідомляє журналіст британської газети The Daily Mail, О. Денисенко виграла судовий процес у свого роботодавця та очікує виплати компенсації в сумі 13,5 мільйонів фунтів стерлінгів¹.

Отже, визнання того, яка ж насправді праця є рівноцінною, — важлива передумова викорінення дискримінації в її оплаті, котра спричинена неспроможністю без будь-яких гендерних упереджень визначити цінність різної праці, що виконується чоловіками та жінками.

Розкриваючи зміст права на «рівну заробітну плату для чоловіків та жінок за рівну працю чи за роботу однакової цінності», І. Бурта переконує, що «можна порівнювати різні роботи, незалежно від того, чи ми маємо справу з працею робітника, інженера чи техника, службовця чи керівника. У кожній роботі наявні елементи, котрі можна порівняти: *фізичні та психічні зусилля, кваліфікація, професійний досвід*»². Справді, як свідчить аналіз прецедентного права Суду ЄС, щоб довести, що працівники виконують однакову або рівноцінну роботу, необхідно врахувати *рівень їх кваліфікації, характер роботи та умови праці, зусилля, які вони докладають і рівень їх відповідальності* (абз. 9 преамбули Директиви Європейського парламенту й Ради ЄС 2006/54/ЄС від 5 липня 2006 р.). У Федеральному законі США «Про рівну плату» проголошено: «За рівну або рівноцінну працю, тобто ту, котра потребує однакових *навичок, зусиль, відповідальності* та котра виконується за аналогічних *виробничих умов* здійснюється рівна плата» (29 USC § 206 (d) EPA).

Комітет експертів МОП наголошує, що для пошуку рівноцінної праці необхідно порівнювати роботу працівників на основі цілком об'єктивних та недискримінаційних критеріїв. І хоча у тексті самої Конвенції № 100 МОП їх не названо, саме аналітичні методи оцінювання праці для забезпечення гендерної рівності ними визнано найефективнішими. Такі методи передбачають класифікацію робіт на основі таких факторів, як *навички, зусилля, права, обов'язки й умови праці* (п. 5 Висновків)³.

¹ Дискримінація жінок в Україні: факти є, закони є, наслідків – жодних. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dw-world.de/dw/article/05917140,00.html>.

² Бурта І. Трудове право ЄС: навч. посіб. / І. Бурта. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. – С. 31.

³ Матеріали «круглого столу» у Верховній Раді України «Про реалізацію в Україні конвенцій МОП № 100 „Про рівну винагороду чоловіків та жінок за рівноцінну працю” та № 111 „Про дискримінацію в галузі праці та занять”. – К., 2010. – С. 5.

МОП опублікувала вказівки для забезпечення рівної оплати праці, відповідно до котрих рекомендується керуватися чотирма основними факторами: *рівнями кваліфікації, відповідальності, зусиль та умовами праці*. Далі кожен із цих факторів необхідно розбити на кілька субфакторів, кожному з яких присвоїти певний рівень¹. Фактор «кваліфікація» відображає сукупність знань і навичок, необхідних для роботи, наприклад, рівень освіти, досвід роботи, професійні навички. Прикладами субфакторів для категорії «зусилля» можуть бути емоційні, розумові й фізичні зусилля. Фактор «відповідальність» деталізується такими субфакторами, як відповідальність за життя, здоров'я й безпеку людей, за фінансові та матеріальні ресурси роботодавця. «Умови праці» охоплюють фізичну і психологічну характеристику робочого місця. При цьому вони не охоплюють час доби або зміну, коли виконується робота. Тому, якщо чоловіки вночі виконують роботи, подібні до тих, що жінки вдень, то всі вони працюють у «подібних» умовах.

Для оцінювання рівноцінної роботи мають бути наявні усі чотири елементи порівняння. Адже вони не компенсують одне одного та не врівноважують їх між собою. Тому, наприклад, праця, що вимагає більших навичок, не може бути «рівноцінною» з працею, котра вимагає менших навичок, але більших зусиль. Рівноцінна праця має бути «якісно рівною». Тобто праця не є «рівноцінною», навіть якщо доведено існування «кількісно» однакових чотирьох елементів, наприклад: одна робота з прибирання вимагає витирання пилу та протирання шваброю великої площі, у той час як інша — ретельного миття менших площ. Обидві роботи вимагають однакових рівня кваліфікації, відповідальності й однакових зусиль. Проте оскільки якісний характер витрачених зусиль є різним, роботи не є «рівноцінними».

Відповідно до норвезького Закону «Про гендерну рівність», при визначенні «рівноцінної праці» порівнюються *рівень компетенції, зусилля, котрі необхідні для виконання роботи, рівень відповідальності та умови праці*. Згідно з § 3 ст. 183с Кодексу праці Республіки Польща, «рівноцінною є така праця, котра вимагає від працівників однакової *кваліфікації, професійного досвіду, а також рівної відповідальності й зусиль*».

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», роботодавець зобов'язаний здій-

¹ Chicha Marie-Therese Promoting equity: Gender neutral job evaluation for equal pay. A step by step guide ILO, Geneva, 2008. – P. 35–72.

снювати рівну оплату праці жінок і чоловіків при однаковій кваліфікації та однакових умовах праці. Згідно ж зі ст. 94 КЗпП України та ст. 1 Закону України «Про оплату праці», розмір заробітної плати залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та господарської діяльності підприємства. Тобто з-поміж усіх можливих критеріїв диференціації оплати праці законодавець вимагає дотримуватися рівності лише щодо кваліфікації та умов праці. Але ж, по-перше, якщо чоловік і жінка мають однаковий рівень кваліфікації й працюють в однакових умовах, вони можуть отримувати різну заробітну плату, виконуючи роботу різної складності та отримуючи відмінні результати своєї праці. З іншого боку, законодавець не поширює вимоги рівності й на інші підстави диференціації оплати праці, котрі окреслено у законодавстві. По-друге, чинна редакція ст. 17 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» істотно звужує зміст принципу «рівної плати за рівноцінну працю». Це викликає занепокоєння Комітету експертів із застосування конвенцій та рекомендацій МОП, який у своєму Висновку щодо виконання Україною Конвенції № 100 МОП наголошує: «Обмежуючи право на рівну винагороду чоловіків і жінок лише двома показниками (кваліфікацією та умовами праці), законодавець унеможливує об'єктивне порівняння різних робіт, що необхідно для усунення дискримінації в оплаті праці»¹.

Отже, підстави диференціації оплати праці мають бути «об'єктивно виправданими, обґрунтованими² та соціально справедливими»³, а також урахувувати «*рід* (вид) та *умови* праці працівників»⁴, їх «*професію*, виконувані *функції*, кваліфікаційні *вимоги*, рівень *відповідальності*, *умови та результати праці*»⁵. Інакше, якщо кожен роботодавець буде

¹ Матеріали «круглого столу» у Верховній Раді України «Про реалізацію в Україні конвенцій МОП №100 „Про рівну винагороду чоловіків та жінок за рівноцінну працю” та № 111 „Про дискримінацію в галузі праці та занять”». – К., 2010. – С. 36–37.

² Згідно з абз. 7 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 та відповідно до абз. 1 підп. 4.2 п. 4 мотивувальної частини Постанови Конституційного Суду РФ від 28 травня 2010 р. №12-П.

³ Згідно з абз. 10 мотивувальної частини Висновку Комітету конституційного нагляду РСРП від 4 квітня 1991 р. № 20.

⁴ Відповідно до абз. 5 підп. 3.3 п. 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 16 жовтня 2007 р. № 8-рп/2007.

⁵ Згідно з абзацами 3, 5 п. 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005.

самостійно їх визначати, це унеможливить реалізацію принципу «рівної плати за рівноцінну працю».

Але чи має бути заробітна плата однаковою в різних працівників? Переконані, що рівною має бути оплата праці. А якщо внаслідок недискримінаційної оплати праці виявиться, що працівник тієї чи іншої статі отримує вищу заробітну плату, то це означає, що в оплаті праці втілено не тільки принцип рівності, а й свободи та справедливості.

Висновки. Підсумовуючи наведене, констатуємо: формуючи в Україні ринкову економіку, держава лібералізувала трудове законодавство, істотно звуживши сферу централізованого регулювання оплати праці. Проте виявляється, що цивілізоване світове співтовариство послідовно рухається у зворотному напрямі: воно не лише прагне, щоб працівник отримував за свою працю заробітну плату, а й того, щоб вона була справедливою, забезпечувала гідний рівень життя самому працівнику та членам його сім'ї, була би рівною за виконання рівноцінної праці. А це потребує розширення сфери державного втручання у відносини оплати праці, централізованого визначення вичерпного переліку підстав для диференціації оплати праці, а отже, обмеження свободи працівника та роботодавця. Тобто розмір заробітної плати працівників, незалежно від того, у якого роботодавця вони працюють, яку посаду обіймають або яку роботу виконують, має залежати від посади та рівня їх кваліфікації, результатів та умов праці, затрачених зусиль та рівня відповідальності. Лише таким чином в умовах ринкової економіки держава зможе втілити у національне трудове законодавство та практику оплати праці європейські цінності, забезпечити реалізацію загально визнаних принципів права — справедливості, свободи та рівності, врешті-решт — верховенства права.

Божко В. Принцип рівності в оплаті праці

Исследуется воплощение принципа равенства в оплате труда, в частности объема права работников — мужчин и женщин — на равную плату за труд равной ценности.

Ключевые слова: равная плата за равноценный труд, оплата труда, заработная плата, равенство.

Bozhko V. The implementation of equal labor remuneration principle

The implementation of equal labor remuneration principle, particularly the content of male and female equal remuneration for work of equal value right is considered.

Keywords: equal pay for work of equal value, labor remuneration, wage, equality.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

УДК 349,3; 342

Н. Нижник, завідувач відділу моніторингу ефективності законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор;

І. Гуменюк, головний консультант Інституту законодавства Верховної Ради України, кандидат юридичних наук

Питання вдосконалення адміністративно-правового регулювання соціальної сфери

Соціальна сфера являє собою сукупність різновидних відносин та зв'язків, які виникають під час створення сприятливих умов і засобів для існування індивідів, реалізації життєво важливих потреб і інтересів людей та соціальних спільнот. Її можна охарактеризувати як складну та багаторівневу систему, якій не властива ознака постійності. Більше того, динамічний розвиток соціальної сфери прямо або опосередковано впливає на процес формування, розвитку та удосконалення різних галузей законодавства, норми яких регламентують суспільні відносини, що в ній виникають та функціонують. Така багатоаспектність викликає суттєві організаційно-правові проблеми, серед яких варто зазначити: обґрунтування можливості здійснення правового регулювання в межах однієї комплексної галузі (соціального права); встановлення пріоритетних напрямів розвитку законодавства; поглиблення модернізаційних процесів системи соціального захисту; формування нових інститутів, організаційних структур й інструментів державного управління соціальної сфери; оновлення та формування специфічних методів і механізмів здійснення державного управління не тільки в організації системи соціального захисту, а й у механізмі забезпечення реалізації особами права на соціальний захист та ін.

Зацікавленість щодо правового регулювання відносин у соціальній сфері виявляють фахівці різних галузей юридичної науки. Більшість досліджень присвячено з'ясуванню природи соціальних прав, гарантій та механізмів їх забезпечення. Фундаментальними є наукові роботи фахівців теорії та історії держави і права, зокрема щодо встановлення сутності соціальної держави, її функцій. Значний внесок у розвиток правового регулювання відносин, що виникають у соціальній сфері, належить представникам трудового права та права соціального забезпечення, конституційного й адміністративного права.

Конституція України, як і більшість основних законів, не містить визначення соціальної держави, але її положення встановлюють зміст однієї з головних функцій держави — соціальної. Базовими передумовами формування соціальної сфери в Україні були нова природа української держави та залишки радянської системи. Входження України до світової правової системи, складна соціально-економічна ситуація, нерозвиненість державних інститутів, недостатнє застосування наукових підходів і результатів наукових досліджень з питань правового регулювання соціальної сфери фактично визначили зміст соціальної функції держави.

Сучасна європейська модель соціальної держави базується на теорії «держави загального добробуту». В її основі лежить концепція «природних прав» людини. Основні постулати теорії «держави загального добробуту» — це приблизно однакові можливості для реалізації життєвих планів, забезпечення гідного рівня життя, прагнення до зростання соціальної рівності та справедливості. На думку провідних учених, соціальна держава — це характеристика (принцип), що належить до конституційно-правового статусу держави, який припускає конституційне гарантування економічних і соціальних прав і свобод людини та громадянина й відповідні обов'язки держави. Ця характеристика означає, що держава служить суспільству та прагне виключити або звести до мінімуму невинуваті соціальні розбіжності. Існують інші визначення, відповідно до яких, «соціальною називається держава, яка бере на себе обов'язок піклуватися про соціальну справедливість, благополуччя своїх громадян, їх соціальну захищеність»; «держава, що бере на себе відповідальність за стан справ у соціальній сфері, а також розглядає політику соціального регулювання як одну з найважливіших своїх функцій».

Слід погодитись, що соціальна держава асоціюється насамперед із соціальною справедливістю (без вживання такого словосполучення) і забезпеченням певного рівня соціального захисту¹. Зміна економічної моделі нашої країни мала стати основним чинником, який визначив би напрям правового регулювання соціальної сфери з акцентуванням основної уваги на соціальному захисті. На жаль, держава, звільняючись від патерналістських функцій, забула про свій обов'язок щодо створення дієздатних функцій соціальної держави. Більше того, послабила адміністративні засоби, що чітко мали б знайти своє відображення в адміністративному законодавстві. У результаті — хаос, нестабільність у суспільно-економічних процесах держави створили підстави для поляризації суспільства за рівнем матеріального достатку та породили маргінальність, яка призводить до втрати цілісності системи «суспільство-держава». Тому модернізаційні процеси в соціальній сфері почались із реформування системи соціального захисту. Правовий моніторинг останнього дозволяє зробити висновок про певну віддаленість держави на початку процесу формування нової системи соціального захисту і, як наслідок — неефективне виконання соціальних функцій. Щодо останнього поняття, то його сучасне обґрунтування здебільшого здійснювалось в рамках права соціального забезпечення². Велика частина законів, президентських указів, постанов Кабінету Міністрів і Конституційного Суду України та інших нормативних актів дають у загальному вигляді уявлення про зміст соціальних функцій держави. Їх формулювання не може охопити (передбачити) всі конкретні правові ситуації. Тому багато державних установ змушені давати власне тлумачення норм і процедур їх застосування, розпоряджень, інструкцій, правил. Для цього вони виробляють власні норми, а службовці цих державних установ стають учасниками реалізації державної соціальної політики в Україні.

Превальювання норм права соціального забезпечення у регулюванні соціальної сфери має свій позитивний та негативний бік. Система соціального захисту становить ядро соціальної сфери, тому законодавче забезпечення її функціонування є ознакою соціальності держави. Утім численність нормативно-правових актів з питань соціального захисту підтвердив факт, що рівень урегульованості суспільних від-

¹ Шаповал В. Конституційна категорія соціальної держави / В. Шаповал // Право України. – 2004. – № 5. – С. 14–19.

² Арістова В. І. Соціальна функція держави як визначальна категорія права соціального забезпечення / В. І. Арістова // Форум права. – 2006. – № 2. – С. 18–21.

носин не перебуває у прямому зв'язку з кількістю законодавчих актів. Вони не створюють конструктивної системи законодавства. Є лише її фрагменти¹. Множинність актів із питань соціального захисту опосередковано обумовлює недостатність законодавчої уваги до інших соціальних прав або їх правову регламентацію за «залишковим» принципом у зв'язку з відсутністю фінансової бази.

Вважаємо, що одним із чинників неефективності системи законодавства, норми якого регламентують соціальну сферу, є відсутність дійсного комплексного правового регулювання. Так, аналіз чинних нормативно-правових актів свідчить про недостатність «несистемних» статей в окремих законах, які фрагментарно визначають повноваження органів виконавчої влади, у компетенції яких реалізація соціальної політики, а іноді — права, обов'язки посадових осіб і ще рідше — їх відповідальність. Навіть у сучасний період здебільшого норми права соціального забезпечення відображають основні засади соціальної політики держави і це незважаючи на те, що навіть у системі соціального захисту виникає значна група державно-управлінських відносин. негайного вирішення потребують проблеми соціальних суперечностей та соціальної солідарності. Особливо ці питання загострюються під час криз, реформ, надзвичайних ситуацій, тобто становлення та розвиток соціальної держави буде результатом правової діяльності в соціальній сфері.

Ураховуючи відсутність базового закону про державну соціальну політику, характер правового регулювання соціальної сфери можна визначити як вузький (одногалузевий), що є неефективним, особливо з огляду на масштабність здійснюваних в Україні новітніх реформ, у тому числі й адміністративної. Зауважимо, що вузький підхід не означає малий за обсягом нормативний матеріал. Не торкаючись питання доцільності формування нової самостійної галузі — соціального права, саме інтегрування проблематики вказує на доцільність комплексного підходу щодо нормативно-правового забезпечення функціонування та розвитку соціальної сфери.

Що стосується інших напрямів соціальної сфери, то методи здійснення державного управління потребують поповнення суттєвим новим змістом. Яскравим проявом є неефективність адміністративно-правового регулювання системою освіти, охорони здоров'я (яка відо-

¹ Шемшученко Ю. Правові чинники формування соціально-економічної моделі України / Ю. Шемшученко // Вісн. НАН України. – 2001. – № 3. – С. 7–11.

кремлена на законодавчому рівні від системи соціального захисту), що відіграло не останню роль у процесі їх поступової руйнації. Особливий правовий інтерес має становити група суспільних відносин, які виникають у зв'язку зі здійсненням державно-управлінських функцій та делегованих повноважень виконавчої влади в соціальній сфері іншими суб'єктами.

Таким чином, поняття належного законодавчого забезпечення має базуватися на принципах комплексності та всебічності правового регулювання не тільки всіх галузей соціальної сфери, а й усіх різновидів правових зв'язків, які в ній виникають. Яким би важливим не було питання змісту того чи іншого суб'єктивного права, проблема механізму його забезпечення та реалізації не поступається значимістю, тому удосконалення адміністративно-правового регулювання соціальної сфери стає найактуальнішим, як і посилення та поглиблення ролі держави у регулюванні соціально-економічних відносин. Використання терміна «соціально-економічні» має об'єктивні підстави: визнання будь-яких соціальних прав повинно підтримуватись економічними ресурсами, а здійснення всіх напрямів соціальної політики вимагає створення та забезпечення діяльності відповідної інфраструктури. Невиконання зазначених умов обумовлює негативні правові наслідки — декларативність соціальних прав, що фактично нівелює їх цінність. Адаже можливості, що надаються правом, мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненими¹.

Докорінність зміни соціальної сфери вимагає поглиблення та удосконалення державного управління, зміни в мотиваціях та методах його здійснення. Відмова від прямого управління соціальної сфери та економіки на основі принципу «влада — підкорення» мала руйнівні наслідки, а спроби на законодавчому рівні активізувати діяльність всіх соціальних партнерів, громадянських інститутів не отримали належного правового ефекту. Склалася ситуація, коли застосування лише жорстких варіантів управління суспільними процесами в соціальній сфері та економіці суперечить заданій моделі розвитку держави, а процес розроблення заходів на стимулювання самостійності інших соціальних партнерів лише частково задовольняє сучасні потреби соціальної сфери. Важливим, на наш погляд, є продовження законодавчого

¹ Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) / П. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 5.

забезпечення процесу модернізації системи соціального захисту (з метою надання цій реформі ознак завершеності), з одночасним розвитком правового регулювання інших галузей соціальної сфери у тісному поєднанні з адміністративним реформуванням.

Вузький підхід до правового регулювання соціальної сфери негативно впливає на загальний процес створення нової системи державного управління, на формування нових інститутів і створення умов для належної реалізації та захисту прав, у тому числі й соціальних. Під час здійснення виконавчої влади відбувається реальне втілення в життя законів та інших нормативно-правових актів, за допомогою яких держава активно впливає на суспільні процеси. Тому в системі адміністративно-правового регулювання соціальної сфери основне місце має належати: охороні й забезпеченню соціальних прав громадянина та людини; розробці та реалізації загальнодержавних програм соціально-економічного розвитку; управлінню об'єктами державної власності, що надають соціальні послуги; координації та спрямуванню роботи органів виконавчої влади, які реалізують соціальну політику; забезпеченню розвитку соціального діалогу; забезпеченню функціонування в межах закону об'єктів недержавної власності, зокрема недержавних пенсійних фондів, та ін. Не слід забувати, що в світі існують численні соціальні установи та організації. З часом відбувається розрив соціальних кордонів, вноситься щось нове у вже звичне. Соціальні організми при тоталітарно-авторитарних системах значно відрізняються від соціальних організацій, які діють у демократичних, ліберальних, правових державах. Ураховуючи інституційну пам'ять, практику, доцільно змоделювати природно-історичну, інноваційну модель адміністративно-правового регулювання соціальної сфери.

Слід вказати на недостатність наукової уваги до наявності взаємозв'язку адміністративної реформи з реформами в соціальній сфері. З огляду на мету адміністративної реформи — поліпшення стану організації виконавчої влади як одного із чинників прискорення соціальних державно-правових перетворень, виникає необхідність переосмислення організаційних і правових засад соціальної політики. Спроба здійснення соціальних реформ самостійно, у відриві від адміністративної, сприяла утворенню ситуації, коли незрозумілим стає, що саме трансформується в соціальній сфері?

Слід погодитись, що найбільш доступним об'єктом реформаторської діяльності є інститути. До їх числа відносять: інститути влади,

власності, громадянського суспільства, прав і свобод людини. Прямо-му реформуванню піддається тільки адміністративно-правова частина інститутів¹. Таким чином, поглиблення наукових досліджень потребують не тільки питання сутності соціальних прав, а й механізмів забезпечення їх реалізації, захисту, гарантій, охорони, де значна вирішальна роль належить нормам адміністративного права.

Підсумовуючи, вважаємо за потрібне зазначити, що проблема правового регулювання соціальної сфери має багато аспектів, тому адміністративне право повинно виступати найважливішим інструментом управління суспільних відносин, що виникають у соціальній сфері. Межі адміністративно-правового регулювання та методи його здійснення в сучасних умовах в соціальній сфері стають перспективними напрямками наукових пошуків. Про це свідчать тенденції, які мають місце у законодавстві. Мова йде про нові підходи до організаційно-правових засад діяльності Пенсійного фонду та інших фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, визначення повноважень та функцій центральних органів виконавчої влади, в компетенції яких здійснення соціальної політики.

Втілення в життя України державної політики у соціальній сфері прямо залежить від правового та, особливо, адміністративно-правового регулювання.

Нижник Н., Гуменюк И. Вопросы усовершенствования административно-правового регулирования социальной сферы

В статье раскрывается содержание социальной функции государства, исследуются проблемы правового регулирования отношений, возникающих в социальной сфере.

Ключевые слова: социальная сфера, социальное государство, социальная политика, социальная защита, государственно-управленческие отношения.

Nyzhnyk N., Gumeniuk I. Issues of improvement of the social sphere administrative and legal regulation

The article reveals content of the social function of the state, studies issues of the legal regulation of relations that emerge in the social sphere.

Keywords: social sphere, social state, social policy, social protection, state and administrative relations.

¹ Заславская Т. И. Социальные механизмы трансформации российского общества / Т. И. Заславская // Социологический журнал. – 1995. – № 3. – С. 5–21.

УДК 347.73

О. Дмитрик, доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри фінансового права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Стабільність як ознака фінансового закону

Наразі з огляду на положення ст. 92 Конституції України закон у системі джерел фінансового права посідає особливе місце. У той же час сьогодні недостатньо уваги приділяється дослідженню ознак фінансового закону. Така ситуація багато в чому обумовлена відсутністю єдиних підходів до визначення поняття «фінансовий закон». Як вбачається, фінансовий закон має загальні характеристики, притаманні будь-яким законодавчим актам. Крім походження від вищого представницького органу, він має такі властивості: нормативність, особливий порядок прийняття, внесення змін та скасування, безпосереднє вираження державної волі, первинний характер норм, що містяться в ньому, тощо. Окрім того, такий акт має особливості, що відрізняють його від інших законів.

Грунтовний аналіз наукових здобутків вітчизняних і закордонних вчених-фінансистів щодо характеристики фінансового закону та його різновидів, чинних у нашій державі фінансово-правових актів, а також практики фінансово-правового регулювання інших країн дозволяє виокремити такі його характерні особливості¹: 1) регулює відносини у сфері публічної фінансової діяльності; 2) має верховенство щодо інших правових актів; 3) є нормативним вираженням інтересів держави у сфері публічної фінансової діяльності; 4) має особливий порядок прийняття; 5) має особливий порядок розроблення; 6) наявна специфічна процедура набуття чинності; 7) поєднання стабільності та гнучкості приписів, що він містить; 8) чіткість і визначеність його фінансово-правових норм. Не зупиняючись на характеристиці всіх ознак, вважаємо за необхідне акцентувати увагу на одній із них — стабіль-

¹ Див.: Білінський Д. О. Проблеми кодифікації податкового законодавства : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Д. О. Білінський. – Х., 2009. – С. 42–44; Гаврилюк Р. О. Фінансовий закон: проблеми теорії та практики / Р. О. Гаврилюк // Право України. – 2005. – № 7. – С. 40–41; Козырин А. Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества / А. Н. Козырин. – М. : Статут, 2002. – 37 с.; Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – [Т. 2: Введение в теорию налогового права]. – Харьков : Легас, 2004. – С. 563; Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права : монографія / П. С. Пацурківський. – Чернівці : Рута, 1998. – С. 61–62.

ності. Отже, метою статті є розгляд такої властивості фінансового закону, як стабільність.

Річ у тім, що від того, наскільки фінансовий закон буде стабільним, багато в чому залежить ефективність фінансово-правового регулювання, результативність його дії, вдала реалізація завдань, на виконання яких був створений такий нормативно-правовий акт. Особливо значущою проблема стабільності фінансового закону є у зв'язку з необхідністю визначеності податкового обов'язку, посиленням тенденцій залучення інвесторів для реалізації найважливіших проектів та програм розвитку виробництва. Не випадково вченими підкреслюється, що надходження як зовнішніх, так і внутрішніх інвестицій, що сприяють розвитку інфраструктури, комунального господарства, енергетики, підвищенню конкурентоспроможності приватного сектору економіки та вдосконаленню інформаційно-комунікаційних технологій і т. д., у країну з ринковою економікою можливо тільки за наявності сприятливого інвестиційного клімату, одним з істотних компонентів якого саме і є стабільне фінансове законодавство¹. Окрім того, тут доречно навести міркування С. Г. Пепеляєва, який посилається на позицію Конституційного суду Російської Федерації, що лише закон в силу його визначеності, стабільності, особливого порядку прийняття може надати платнику податків достовірні дані для виконання ним податкового обов'язку². Стабільність фінансового закону передбачає дію норм протягом тривалого періоду часу, відсутність у його змісті суттєвих змін. «Це сприяє підвищенню ефективності управління, оскільки відповідний орган встигає глибоко вивчити завдання, які стоять перед ним, та спеціалізуватись на їх практичному виконанні»³.

Показово, що на існуванні проблеми, пов'язаної зі стабільністю закону, науковці акцентували увагу ще у дореволюційні часи, оскільки вважалось, що часта зміна законів підриває повагу до них⁴. При цьому вчені наголошували, що засобами забезпечення стабільності може виступати: проходження законом визначеної процедури прийняття; встановлення особливих, ускладнених правил для прийняття та зміни

¹ Козырин А. Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества / А. Н. Козырин. – М. : Статут, 2002. – С. 7.

² Налоговое право : учебник / под ред. С. Г. Пепеляева. – М. : Юристъ, 2005. – С. 219.

³ Законность, правопорядок и правовая культура : материалы 3-й межвуз. науч.-практ. конф. адъюнктов и аспирантов (Москва, 20–22 мая 1974 г.). – М. : Акад. МВД СССР, 1974. – С. 39.

⁴ Капустин М. Н. Теория права. Общая догматика / М. Н. Капустин. – М. : Тип. Моск. ун-та, 1868. – Т. 1. – С. 155.

найважливіших законів (наприклад, Основних Законів); розвиток теорії «вільного правознавства», сутністю якого є всебічний розвиток судового розсуду та прецедентного права¹.

У науковій літературі зазначається, що стабільність закону — це характеристика нормативного правового акта, прийнятого вищим представницьким органом держави або народом у особливому законодавчому порядку, який має вищу юридичну силу і регулює найбільш важливі суспільні відносини. Відповідно до цього правовий акт характеризується соціальною обумовленістю; стійкою ефективністю регулювання відносин, що виявляється в достатньому або задовільному вирішенні завдань, що стоять при розробці закону; відсутністю суперечностей, які можуть призвести до скасування або часткової зміни акта; сукупністю суттєвих характеристик, які відбивають достатні якості закону і які зумовлюють його здатність задовольняти потреби суспільства, завдяки високій якості, рівню техніки розробки та мови закону². Якщо виходити із таких посилань, то з певною умовністю можуть характеризуватися стабільністю рішення та висновки Конституційного Суду України як джерела фінансового права, та й тому, що чинне законодавство не передбачає процедури зміни раніше прийнятих таких актів. Аналіз чинних нормативно-правових актів, що упорядковують публічну фінансову діяльність, зокрема, фінансових законів, свідчить про наявність численних, безсистемних змін, що вносяться до їх змісту. Наприклад, до Податкового кодексу України (який було прийнято 2 грудня 2010 р. і введено в дію з 1 січня 2011 р., а значить — з порушенням принципу стабільності) з грудня 2010 р. по червень 2012 р. були внесені зміни двадцяти двома законами. При цьому через двадцять один день після його затвердження, тобто ще до введення у дію Кодексу, його положення вже було змінено. Протягом 2011 р. вносилися корективи шістнадцятьма законами, а за перше півріччя 2012 — п'ятьма законами³.

Можна навести й іншу, доволі сумну статистику. Так, за десять років свого існування в Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фонда-

¹ Энциклопедический словарь русского библиографического института Гранат : в 58 т. / [ред. Ю. С. Гамбаров и др.]. – М., 1907. – Т. 30. – С. 467; Гредескул Н. А. Общая теория права / Н. А. Гредескул. – СПб. : Типолит. И. Трофимова, 1909. – С. 223.

² Концепция стабильности закона (серия «Конфликт закона и общества») / отв. ред. В. П. Казимирчук. – М. : Проспект, 2000. – С. 59, 60.

³ Податковий кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

ми», що був прийнятий 21 грудня 2000 р., вносилися зміни майже тридцятьма законами. На початок 2010 р. до Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», який прийнято 22 травня 2003 р., внесені зміни більш як тридцятьма законами. Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» станом на 2010 р. змінювався більш ніж ста десятьма законами, а Закон України «Про податок на додану вартість» — майже ста п'ятдесятьма законами¹. Такі факти свідчать про те, що фінансове законодавство розвивається в нашій державі не плановірно і системно, а, скоріше, спонтанно: виникає необхідність у врегулюванні певних відносин — і тоді з'являється, часто поспішно, з безліччю недоліків, відповідний фінансовий нормативно-правовий акт. Зважаючи на це, нормотворчість у фінансовій сфері важко назвати ефективною: адже ні належної підготовки, ні відстеження системного зв'язку як у змісті таких актів, так і з іншими фінансово-правовими актами, а також актами інших галузей законодавства не відбувається.

Як вбачається, таке положення є вкрай небажаним не тільки з юридичної, а й особливо з економічної точки зору. Загальновідомо, що сталого розвитку економічних відносин у державі можна досягти тоді, коли платники чітко можуть визначити податковий тиск, підприємства можуть реально отримувати певні трансферти з бюджетів на забезпечення розвитку виробництва тощо. За інших обставин чітко обрахувати розмір надходжень від податків і зборів неможливо, навіть здійснюючи науково обгрунтоване планування; підприємства, які потребують підтримки з боку держави, не зможуть належним чином функціонувати. Отже, відсутність стабільного фінансового закону стає на заваді не тільки економічному розвитку країни. До цього додамо, що дуже часто наявна і протилежна тенденція: зміст нормативно-правових актів, які містять фінансово-правові норми, не відповідає сутності та розвитку регульованих ними фінансових відносин. Це означає, що там, де потрібно, зміни не вносяться до фінансових законів. Втім очевидно, що від того, наскільки зміст нормативно-правових актів буде відповідати сутності регульованих відносин, певною мірою залежить виконання доходної та видаткової частин публічних фондів.

Зрозуміло, така практика має негативний вплив. Усе це в остаточному підсумку перешкоджає досягненню цілей і вирішенню завдань фінансової діяльності нашої держави, а також порушує права суб'єктів фінансових правовідносин. Безумовно, в нинішній ситуації можна

¹ Офіц. сайт Верхов. Ради України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

апелювати до того, що закони, які регулюють фінансові відносини, в умовах перехідного до ринку періоду не можуть існувати довго. Справедливою з цього приводу є думка Л. К. Воронової, яка стверджує, що, як правило, закон відзначається стабільним характером і тривалим існуванням, але закони, які регулюють фінансові відносини в умовах перехідного до ринку періоду, не можуть існувати довго. Виражаючи у концентрованому вигляді економічні й соціальні інтереси, фінансові закони змінюються дуже часто¹. Про постійний динамічний розвиток фінансового законодавства, який дає змогу державі своєчасно реагувати на швидкі економічні зміни, говорить і О. П. Орлюк². Дійсно, фінансове законодавство має змінюватися під впливом складної економічної ситуації, а іноді і може стимулювати її розвиток. Ці положення свідчать про те, що зміст фінансового закону повинен бути гнучким, здатним адаптуватися до конкретних фінансових потреб держави і реагувати на зміну ситуації шляхом коригування відповідних фінансово-правових норм, що дозволить збалансувати публічні інтереси з приватними. І саме тут необхідно вести мову про поєднання таких якостей фінансового закону, як стабільність і гнучкість, динамізм. У цьому контексті доречно зробити посилання на слова І. В. Воронкової: закон «...має бути стабільним, продуманим та адекватно відображати дійсність. Але стабільність не самоціль, вона не означає незмінності закону, його закостенілості, недоторканності. При зміні обстановки, появі прогалин виникає потреба у пристосуванні закону до нових умов»³. Іншими словами, фінансовий закон нерозривно пов'язаний із тими суспільними відносинами, які він регулює. Але його зміна не має відбуватися після найменших змін у фінансових відносинах. Якщо це відбувається, то це свідчить передусім про недоліки самого закону, а вже потім про динаміку суспільних відносин. На наше переконання, законодавець має низку заходів, у тому числі й законодавчої техніки, для того щоб при прийнятті будь-якого закону, у тому числі й фінансового, був урахований розвиток суспільних відносин.

З огляду на викладене конструктивним є міркування Д. А. Монастирського, який констатує існування двох напрямів у розумінні ста-

¹ Воронова Л. К. Фінансове право : підручник / Л. К. Воронова. – К. : Прецедент ; Моя книга, 2006. – С. 52.

² Орлюк О. П. Фінансове право: академічний курс : [підручник] / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 113.

³ Воронкова І. В. Закон как приоритетная форма советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / И. В. Воронкова. – Саратов, 1989. – С. 17.

більності закону: по-перше, як незмінність закону (незмінний закон — стабільний закон) і по-друге, як сталість підходу до регулювання суспільних відносин із можливістю системної, еволюційної зміни законодавства (закон може змінюватись, залишаючись при цьому стабільним). При цьому вчений слушно вказує, що більш обґрунтованим є другий варіант розуміння стабільності закону¹. Показово, що далі правник справедливо ставить питання: які зміни закону будуть укріпляти стабільність, іти «у фарватері» стабільності, а які зміни будуть шкодити стабільності? Для визначення цього, очевидно, потрібно визначити критерій, за яким буде проходити розмежування. Тобто потрібно визначити, стосовно чого одні зміни закону будуть сприяти стабільності, а інші — руйнувати її.

На наш погляд, відповідь на поставлене запитання міститься у самому фінансовому законодавстві. Його аналіз дозволяє говорити про два досить сформованих підходи до визначення змісту стабільності фінансового закону. По-перше, у ст. 4 Податкового кодексу України встановлено, що податкове законодавство базується в тому числі на принципі стабільності. Він означає, що зміни будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки і збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року². По-друге, у ст. 27 Бюджетного кодексу України закріплено, що закони України або їх окремі положення, які впливають на показники бюджету (зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету) і приймаються після 15 липня року, що передує плановому, вводяться в дію не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим³. Отже, незважаючи на об'єктивну необхідність щорічно приймати закон про Державний бюджет, а також, за певних обставин, перегляду правового механізму податку, що дозволяє краще реагувати на зміни в ході реалізації соціально-економічної та фінансової політики, основи правового регулювання публічних фінансів повинні бути стабільними, утім не незмінними. Розуміння стабільності фінансового закону як його незмінність суперечить самій сутності фі-

¹ Монастирський Д. А. Стабільність закону: поняття, сутність та фактори забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Д. А. Монастирський. – К., 2009. – С. 5.

² Податковий кодекс України від 2 груд. 2010 р. // Голос України. – 2010. – № 229–230.

³ Бюджетний кодекс України від 8 лип. 2010 р. // Голос України. – 2010. – № 143.

нансових відносин, які і покликаний врегульовувати такий закон, адже позначені суспільні зв'язки знаходяться у постійному розвитку. Динамізм фінансового закону можна розглядати як «його здатність бути адекватним суспільним відносинам. Адекватність виражається у можливості оперативно реагувати на зміни суспільних умов і наявність справжньої потреби в змінах»¹. Однак змінювати фінансовий закон необхідно з обов'язковим дотриманням положень ст. 4 Податкового кодексу України і ст. 27 Бюджетного кодексу України.

Слід зауважити, що в багатьох країнах, як і в Україні, внесення змін до податкових законів та інших актів фінансового законодавства прив'язується до часу прийняття бюджету на поточний рік. Наприклад, питання обслуговування державного боргу не можна розглядати окремо від бюджетного процесу, адже суми, передбачені на обслуговування та погашення державного боргу, позначаються на виконанні державного бюджету поточного року, а також їх потрібно враховувати у процесі виконання бюджетів майбутніх років. Такий підхід надає можливість оцінити всі заплановані в поточному році зміни норм фінансового права з точки зору збалансованості публічних доходів і видатків. Приміром, у Франції встановлений податок повинен щороку підтверджуватися поточним фінансовим законом (бюджетом). Аналогічна норма міститься і в законодавчих актах у Данії, Люксембурзі та інших державах. У Норвегії, окрім щорічного підтвердження справляння кожного податку, передбачається обов'язкова процедура перегляду податкового законодавства після закінчення терміну повноважень парламенту². Не випадково і в українському законодавстві знайшло відбиття положення, відповідно до якого будь-який закон, що впливає на зменшення доходів та/або збільшення видатків бюджетів поточного року, не може бути прийнятий у цілому Верховною Радою, якщо одночасно з його прийняттям не будуть внесені відповідні зміни до закону про Держбюджет України на відповідний рік³. Отже, зміст фінансового закону має бути гнучким, здатним адаптуватися до конкретних фінансових потреб держави і реагувати на зміну ситуації шляхом корек-

¹ Баскова И. В. Стабильность и динамизм советского уголовного закона : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / И. В. Баскова. – М., 1989. – С. 8.

² Козырин А. Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества / А. Н. Козырин. – М. : Статут, 2002. – 37 с.

³ Ст. 160 Регламенту Верховної Ради України (див.: Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10 лют. 2010 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 14–17. – Ст. 133).

ції відповідних фінансово-правових норм, що дозволить збалансувати публічні інтереси з приватними. Приміром, говорячи про податкову систему, однозначним вбачається те, що стабільний, незмінний податок призведе до диспропорції¹.

Як вбачається, для забезпечення стабільності фінансового закону в нашій державі наявні реальні можливості, які «не є винаходом чогось нового в теоретичних положеннях про нормотворчість»². Йдеться передусім про забезпечення в правотворенні високої якості професійної діяльності відповідного нормотворчого органу. Зрозуміло, що мова йде про підвищення якості роботи як парламенту, так і інших органів, наділених повноваженнями щодо видання відповідних нормативно-правових актів, що регулюють здійснення публічної фінансової діяльності. Втім, досягнення цього — не просте завдання. Особливо це стосується українського парламенту, який формується на демократичних принципах. До того ж, як справедливо вказує Д. А. Монастирський, серед неправових факторів впливу на законодавчий процес в Україні найбільшу роль відіграє політичний чинник, який виражається у формі нецивілізованого («тіньового») лобізму, проявом якого, зокрема, є: недотримання процедури подачі законопроекту; невиправдане пришвидшення процедури розгляду законопроекту; ігнорування висновків Головного науково-експертного та юридичного управлінь Апарату Верховної Ради України, Інституту законодавства Верховної Ради України; скороченій процедурі розгляду законопроекту — що призводить до появи нестабільних законів³.

Показово, що ряд країн для подолання цієї проблеми обирає шлях, на якому максимально залучають професіоналів до правотворчої діяльності. Маємо на увазі практику, коли з усього складу парламентаріїв відбирається для конкретної законопроектної роботи окрема особистість, яка має глибокі знання і найбільший досвід у тій сфері, на регуляцію якої спрямований конкретний нормативно-правовий акт. Наприклад, у Великій Британії спеціально створюються комітети, в яких ретельно розглядаються окремі проекти. При цьому такі комі-

¹ Башняк О. С. Принципи оподаткування та їх реалізація у податковому законодавстві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. С. Башняк. – К., 2004. – С. 73.

² Богатова О. В. Нормативно-правовий акт як источник права (теоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О. В. Богатова. – М., 2004. – С. 86.

³ Монастирський Д. А. Стабільність закону: поняття, сутність та фактори забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Д. А. Монастирський. – К., 2009. – С. 7.

тети створюються кожен раз для розгляду конкретного білля і після виконання свого завдання розпускаються¹.

Це ж завдання може бути вирішено і за допомогою інших засобів, наприклад, підвищення професіоналізму робочого апарату українського парламенту. Так, під час підготовки певного проекту аналізуються не тільки юридичні, а й економічні, соціальні, політичні фактори, які впливають на необхідність його прийняття, і наслідки впровадження нормативно-правового акта. При цьому у разі необхідності залучаються профільні фахівці та науковці. Дуже правильно, що висновки, зроблені такими фахівцями, повинні бути обов'язково обговорені в законодавчому органі². На превеликий жаль, в Україні рекомендації, пропозиції та зауваження науковців майже не беруться до уваги законотворючим органом при розробці фінансових законів³. Проте є очевидним, що будь-яке законодавство має спиратися на міцну наукову базу і тоді можна буде вести мову про реальне втілення в життя гасла: «закон повинен бути прийнятий не тоді, коли його можна прийняти, а тоді, коли його не можна не прийняти».

Ще раз підкреслимо, що будь-які зміни фінансового законодавства повинні бути зваженими і належним чином обґрунтовані. Отже, гнучкості, динамізму фінансового законодавства й кореспондує така характеристика, як стабільність. Можна констатувати, що стабільний фінансовий закон передбачає: 1) ефективність регулювання фінансових відносин; 2) вирішення поставлених завдань саме на стадії законотворючого процесу; 3) відсутність суперечностей і розбіжностей як у логіці побудови самого законодавчого акта, так і у співвідношенні його з іншими фінансовими нормативно-правовими актами, і в тому числі з підзаконними; 4) забезпечення високої якості, юридичної техніки і мови закону⁴.

¹ Див.: Муромцев Г. И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Г. И. Муромцев. – М. : Изд-во УДН, 1987. – С. 83–86.

² Сравнительное конституционное право / под ред. В. Е. Чиркина. – М. : Манускрипт, 1996. – С. 547.

³ Див.: Воротина Н. В. Проблемы использования результатов научных исследований в процессе усовершенствования бюджетного законодательства Украины / Н. В. Воротина // Системообразующие категории в финансовом праве: состояние и перспективы трансформации : материалы междунар. науч.-практ. конф., г. Харьков, 15–16 апр. 2010 г. / редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Л. К. Воронова и др. – Х. : НИИ гос. стр-ва и местн. самоуправления, 2010. – С. 34–35.

⁴ Концепция стабильности закона (серия «Конфликт закона и общества») / отв. ред. В. П. Казимирчук. – М. : Проспект, 2000. – С. 61, 62.

Узагальнюючи наведені міркування, стабільність фінансового закону можна визначити як його здатність протягом тривалого часу ефективно та раціонально врегулювати широке коло фінансових відносин, не потребуючи суттєвих змін норм, що він містить¹. При цьому однією з головних засад, на яких ґрунтується стабільність фінансового закону, є саме система інтересів, яка не лише узгоджується на рівні такого законодавчого акта, а й зумовлює його положення як акта вищої юридичної сили, за якого дієвість закону має визначатися головним чином тим, як він сприймається суб'єктами фінансового права, наскільки він віддзеркалює їх вимоги та потреби. Авторитет фінансового закону вимірюється перш за все тим, наскільки точно він відображає життєво важливі проблеми кожного громадянина і всього суспільства в цілому, наскільки дієво захищає їх інтереси². До цього додамо, що означена у пропонованій статті проблема є досить актуальною і тому потребує подальших наукових дискусій щодо її розуміння та теоретичного і практичного обґрунтування. Ми згодні з тим, що проблема стабільності фінансового закону є досить складною для вирішення, але, безумовно, її необхідно вирішити, оскільки від цього залежать ефективність і раціональність правового регулювання відносин у сфері публічної діяльності в цілому.

Дмитрик О. Стабильность как признак финансового закона

В статье исследована такая характеристика финансового закона, как стабильность. Указано, что стабильность финансового закона необходимо рассматривать как его способность в течение длительного времени эффективно и рационально регулировать широкий круг финансовых отношений без существенных изменений содержащихся в нем норм.

Ключевые слова: финансовый закон, стабильность финансового закона, динамизм финансового закона.

Dmytryk O. Stability as a feature of financial legislation

Such description of financial legislation — as stability is investigated in the article. It is established that stability of financial legislation must be examined as its ability to regulate the wide range of financial relations effectively and rationally for a long time, without substantial changes of the contained norms.

Keywords: financial legislation, stability of financial legislation, dynamism of financial legislation.

¹ Див.: Монастирський Д. А. Поняття та природа стабільності закону / Д. А. Монастирський // Унів. наук. зап. – 2005. – № 1–2 (13–14). – С. 65.

² Концепция стабильности закона (серия «Конфликт закона и общества») / отв. ред. В. П. Казимирчук. – М.: Проспект, 2000. – С. 62.

УДК 342.56

С. Косінов, кандидат юридичних наук,
доцент, начальник Державної фінансової
інспекції в Харківській області

Адміністративна юстиція як основний юрисдикційний механізм контролю за публічною владою

Умовою якісного функціонування публічної влади є її визнання і підтримка населенням країни, що забезпечує легітимність цієї влади. Соціальна сутність і призначення держави зумовлюють її активну роль у процесі забезпечення прав людини, створенні необхідних і достатніх умов для вільного розвитку й гідного існування кожного члена суспільства, що забезпечується побудовою і функціонуванням відповідних організаційно-правових інститутів¹.

Традиційною функцією судів є функція відправлення правосуддя, що втілюється у вирішенні соціальних конфліктів, пов'язаних із дійсним або уявним порушенням прав їх учасників. Із розвитком концепцій правової держави і поділу влади за судами почали закріплювати повноваження з перевірки законності актів органів виконавчої влади. Тобто на судові інстанції покладалася додаткова контрольна функція, пов'язана з участю судів у механізмі «стримувань і противаг», який становить собою сукупність правових обмежень щодо кожної з гілок влади².

Однією з найбільш важливих гарантій прав людини в умовах правової держави є судовий контроль за законністю адміністративної діяльності. Організаційні та функціональні відмінності в системах здійснення судочинства не виключають їх єдиної мети — забезпечення правомірності актів органів публічної влади щодо осіб, які владних повноважень не мають³.

Адміністративній юстиції притаманні всі ознаки судового контролю і контролю у сфері державного управління одночасно, що наділяє

¹ Мегрелидзе М. Р. Становление института разрешения административно-правовых споров / М. Р. Мегрелидзе. – М., 2008. – С. 3.

² Фиалковская И. Д. Судебный контроль в сфере исполнительной власти: понятие, признаки, место в системе административного права / И. Д. Фиалковская, О. А. Тоненкова // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. – 2008. – № 3. – С. 211.

³ Колесов П. П. Формы административного судопроизводства / П. П. Колесов // Административное право Российской Федерации : Сб. Великий Новгород. – 1999. – С. 186.

її такими особливостями: він здійснюється судовою гілкою влади; є самостійною, особливою формою здійснення правосуддя в судах загальної юрисдикції; провадиться не систематично, не повсякденно, як, наприклад, контроль з боку спеціалізованих контролюючих органів або прокурорський нагляд, а одноразово при розгляді конкретних справ у судах¹.

Відповідно до видів правових актів, що стають результатом здійснення органом виконавчої влади своїх повноважень, може бути виділено два види судового контролю в розглядуваній сфері: контроль за законністю нормативних підзаконних актів; контроль за законністю індивідуальних правових актів.

Залежно від форми виділяють такі види судового контролю за законністю правових актів управління: *безпосередній (абстрактний, цільовий) і опосередкований*². *Перший являє собою діяльність уповноважених судових органів з перевірки відповідності правових актів нормативним актам більшої юридичної сили на підставі відповідного звернення уповноваженої особи. У результаті зазначеної перевірки приймається судові рішення, відповідно до якого нормативний правовий акт зберігає свою юридичну силу або втрачає її повністю чи в певній частині*³. *У свою чергу опосередкований (індивідуальний) контроль реалізується при вирішенні юридичного спору, що виник поза зв'язком з перевіркою даного нормативного правового акта*⁴. При ви-

¹ Гаращук В. М. Проблеми судового контролю / В. М. Гаращук // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України : тези доп. та наук. повідомл. учасн. міжнар. наук.-практ. конф. (25–26 січня 2007 р.) ; за заг. ред. проф. В. В. Комарова. – Х., 2007. – С. 34; Шмалій О. В. Проблеми судового контролю за осуществленням исполнительної влади / О. В. Шмалій // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2011. – № 3. – С. 40; Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном процессе: понятие, виды, сущность и содержание / Н. Н. Ковтун // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. Серия : Право. – 2001. – № 2. – С. 119.

² Боннер А. Т. Судебный контроль в области государственного управления / А. Т. Боннер, В. Т. Квиткин. – М., 1973. – С. 86; Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном процессе: понятие, виды, сущность и содержание / Н. Н. Ковтун. – С. 118; Жуйков В. М. Проблемы гражданского процессуального права / В. М. Жуйков. – М., 2001. – С. 173.

³ Никитин С. В. Понятие и формы судебного нормоконтроля / С. В. Никитин // Антология научной мысли: К 10-летию Российской академии правосудия : сб. ст. ; отв. ред. В. В. Ершов, Н. А. Тузов. – М., 2008. – С. 57.

⁴ Паршина Т. Понятие и виды судебного контроля за законностью правовых актов (общеправовой аспект) / Т. Паршина // Рос. судья. – 2006. – № 3. – С. 24; Савчин М. Сучасний стан конституціоналізму: проблеми співвідношення демократії та державного суверенітету / М. Савчин // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – № 3. – С. 32.

несенні рішення у такій справі суд відмовляється від застосування правового акта, якщо дійде висновку щодо його незаконності. У результаті визнаний незаконним акт втрачає юридичну силу тільки щодо конкретних спірних правовідносин.

Наявність адміністративного судочинства є показником відповідності національної судової системи міжнародно-правовим стандартам забезпечення прав людини, а також утвердження принципу законності у сфері реалізації виконавчої влади¹. Саме адміністративним судам відводиться важлива роль у справі захисту прав, свобод та законних інтересів осіб у сфері державного управління та місцевого самоврядування, оскільки саме на них покладаються розгляд і вирішення правових (адміністративно-правових) спорів, де однією стороною виступає особа (фізична або юридична), а другою — суб'єкт владних повноважень.

Забезпечення гарантій прав громадян у відносинах з адміністративними органами є обов'язком правової держави, що й обумовило необхідність створення адміністративної юстиції в Україні, яка, з одного боку, має захищати індивідуальні права, а з другого — за допомогою єдиної судової практики забезпечувати законність діяльності органів публічної влади і, таким чином, сприяти зміцненню правопорядку в державі.

Призначення адміністративної юстиції полягає у здійсненні тільки правового контролю, а не контролю за доцільністю управлінської діяльності. Адміністративно-правовий захист повинен бути судовим правовим захистом, адже саме суди найбільше відповідають вимогам незалежності та неупередженості, що ставляться перед правозахисними органами. Завдяки створенню адміністративної юстиції має бути гарантоване не тільки зміцнення правопорядку в сфері управлінської діяльності, а й надано можливість окремому громадянину реалізувати свої права щодо органів публічної влади шляхом оскарження їх неправомірних рішень, дій чи бездіяльності. Отже, запровадження в Україні адміністративного судочинства й утворення адміністративних судів своєю метою має гарантування права кожного оскаржувати в суді рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, що, в свою чергу, повинно забезпечити реалізацію конституційного принципу відповідальності держави

¹ Мельник І. Етапи становлення адміністративного судочинства в Україні / І. Мельник // Вісн. Вищ. адмін. суду України. – 2009. – № 3. – С. 79.

за свою діяльність перед людиною. Досвід багатьох європейських країн доводить, що адміністративні суди є доступним і ефективним інструментом захисту прав, свобод і інтересів людини від порушень з боку органів державної влади та місцевого самоврядування¹.

На сьогодні в зарубіжних країнах склалися *дві основні моделі адміністративної юстиції*. Перша з них, відома як *континентальна*, є моделлю, відповідно до якої функціонує система спеціалізованих судів, досить чітко відмежованих від судів загальної юрисдикції. Її перевагою вважається спеціалізація. Друга відома як *англо-американська*. Для неї є характерною відсутність спеціалізованих судів і досить широка компетенція судів загальної юрисдикції щодо розгляду адміністративних конфліктів.

На сучасному етапі державотворення важливо правильно та чітко визначити суть та завдання адміністративної юстиції. Запровадження адміністративного судочинства як окремої юрисдикційної діяльності спеціалізованих судів стало не просто напрямом удосконалення судової системи України та засобом розвантаження загальних і господарських судів. Цей захід спрямований на реалізацію об'єктивної потреби в існуванні спеціального судового механізму вирішення правових спорів у сфері публічно-правових відносин².

В юридичній науці доволі давно висловлюється ідея щодо необхідності поділу судочинства з адміністративних справ на окремі форми³. Так, пропонується виокремити адміністративно-судяжницьку юрисдикцію (*адміністративну юстицію*) і *адміністративно-деліктну*, або адміністративно-каральну, юрисдикцію⁴. У межах такого підходу адміністративно-судяжницьке судочинство є формою захисту прав громадян та юридичних осіб у сфері виконавчої влади, тоді як адміністра-

¹ Хворостянкін А. Європейські стандарти адміністративного процесу / А. Хворостянкін // Юрид. журн. – 2005. – № 11. – С. 101.

² Жушман М. В. Спори, що виникають з виборчих правовідносин, у контексті юрисдикції адміністративних судів / М. В. Жушман // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України : тези доп. та наук. повідомл. учасн. міжнар. наук.-практ. конф. (25–26 січня 2007 р.) ; за заг. ред. проф. В. В. Комарова. – Х., 2007. – С. 78; Старілов Ю. Н. Административная юстиция. Теория, история, перспективы / Ю. Н. Старілов. – М., 2001. – С. 213.

³ Бахрах Д. Н. Административная юстиция: развитие и проблема совершенствования / Д. Н. Бахрах, А. Т. Боннер // Сов. государство и право. – 1975. – № 8. – С. 13–14.

⁴ Якимов А. Суды в системе органов административной юрисдикции / А. Якимов // Рос. юстиция. – 1996. – № 1. – С. 40.

тивно-деліктна юрисдикція є формою реалізації адміністративної відповідальності. При цьому наголошується, що в теоретичному плані виділення двох форм адміністративного судочинства та їх відповідних предметів — адміністративного спору та адміністративного правопорушення — ставить питання про необхідність використання певної більш загальної категорії для визначення предмета адміністративного судочинства в цілому. Такою категорією може виступати *адміністративно-правовий конфлікт*¹.

Слід зазначити, що в юридичній науці сформувались *три основних підходи до розуміння адміністративної юстиції*:

– як особливого порядку вирішення адміністративно-правових спорів судами та уповноваженими на те державними органами (відповідно до цього підходу до поняття адміністративної юстиції включається розгляд публічно-правових спорів не тільки судами, а й іншими державними органами);

– як самостійної галузі правосуддя, ціллі якої є вирішення судами спорів між громадянами та органами управління (адміністрацією) або між самими органами управління — тобто адміністративне судочинство. Такий підхід є більш вузьким: до поняття адміністративної юстиції віднесено тільки судовий порядок вирішення публічно-правових спорів, тобто адміністративна юстиція є виключно судовою діяльністю;

– не тільки як особливого виду судочинства, а й системи спеціалізованих судів або спеціальних судових підрозділів, які здійснюють адміністративне судочинство. Згідно з цим підходом адміністративною юстицією є не будь-яке вирішення публічно-правових спорів, а тільки те, що здійснюється спеціально утвореними для цього судовими органами — окремими судами чи спеціалізованими структурними підрозділами загальних судів. Тобто обов'язковою ознакою адміністративної юстиції є наявність у судовій системі адміністративних судів або адміністративних палат у структурі судів загальної юрисдикції.

Зазначені три підходи до тлумачення терміна «адміністративна юстиція» відповідають трьом критеріям, що використовуються вченими-адміністративістами для розкриття сутності цього правового інституту:

¹ Зеленцов А. Б. Административно-правовой спор: теоретико-методологические подходы к исследованию / А. Б. Зеленцов // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 70.

– *матеріальному*, пов'язаному з природою спору (такий критерій дозволяє виявити особливий публічно-правовий характер спорів у сфері державного управління і відокремити їх від спорів у приватноправовій сфері);

– *організаційному*, обумовленому наявністю спеціальних органів, що здійснюють розгляд спорів;

– *формальному*, що відповідає особливому порядку розгляду спорів.

Важливе значення має розмежування судової юрисдикції, а також визначення предмета адміністративної юрисдикції.

Основною відмінною рисою адміністративних правовідносин є владне підпорядкування однієї сторони цих відносин іншій стороні. Сторони в адміністративному спорі ще до його виникнення повинні перебувати у відносинах вертикального підпорядкування¹. На нашу думку, найбільш обґрунтованим є визначення *адміністративного судочинства* як форми позовного здійснення правосуддя, що полягає у всебічному, повному, об'єктивному розгляді та вирішенні адміністративними судами в стадійному порядку, визначеному нормами процесуального права, адміністративно-правових спорів, що виникають між фізичними та юридичними особами, з одного боку, та суб'єктом владних повноважень (органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами) — з другого, з метою захисту прав та свобод фізичних осіб, прав і законних інтересів юридичних осіб, здійснення контролю у сфері публічно-правових відносин².

Одна з проблем, що стає предметом наукових дискусій: можливість вирішення в межах адміністративної юстиції справ «суб'єкт владних повноважень проти особи». Окремі вчені дотримуються точки зору, що це «суперечить самій ідеології адміністративної юс-

¹ Стефанюк В. С. Правова обумовленість запровадження адміністративної юстиції в Україні / В. С. Стефанюк : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. – К., 2000. – С. 9.

² Руденко А. В. Адміністративне судочинство: становлення та здійснення / А. В. Руденко : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. – Х., 2006. – С. 22; Рябченко О. Категорія «публічно-правовий спір»: розмежування конституційної та адміністративної юрисдикцій / О. Рябченко // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – № 4–5. – С. 174; Шмідт Г. Співвідношення та взаємозв'язок управління, адміністративного права та адміністративно-правового захисту / Г. Шмідт // Адмін. юстиція: європ. досвід і пропозиції для України ; авт.-упоряд. І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда. – К., 2003. – С. 525–526.

тиції, яка не повинна вирішувати будь-які справи проти людини»¹. Можна погодитися з думкою, що коло таких справ має бути якнайменшим, і засудити практику законотворення, коли компетенція судів не виправдано розширюється за рахунок таких справ. Уважаємо, що більш оптимальною є модель, коли орган приймає рішення, а особі надається певний час для його оскарження; лише після закінчення терміну оскарження, якщо скарги (позову) не подано, рішення можна виконувати примусово.

Специфіка публічно-правових спорів полягає в тому, що публічно-правові відносини припускають первинно юридично нерівне положення сторін, одна з яких має владні повноваження, а друга є об'єктом публічно-владного впливу².

Таким чином, справи адміністративної юрисдикції виокремлюються саме *специфікою публічно-правового спору*, який характеризується тим, що:

1) він є спором про права та обов'язки суб'єктів публічно-правових відносин у сферах державного управління або місцевого самоврядування, який виникає у зв'язку із реалізацією владних управлінських функцій відповідними органами, а отже, обов'язковою стороною такого спору повинен бути суб'єкт владних повноважень; сторонами можуть виступати і два таких суб'єкти (наприклад, у спорах із питань компетенції);

2) його виникнення обумовлено наявністю публічно-правового конфлікту, а підставою для його ініціювання є факт подання юридично значимої позовної заяви, яка оформлює правову претензію одного із суб'єктів відповідного публічно-правового відношення;

3) він може мати як законну основу право на оскарження неправомірних дій, що включає три правомочності: право на захист суб'єктивних прав від будь-якого незаконного зазіхання чи обмеження; право вимагати від держави, її органів дотримуватися й охороняти гарантовані законом права, свободи та інтереси; право звернутися до примусової сили

¹ Авер'янов В. Кодекс адміністративного судочинства України: необхідність і шляхи усунення концептуально-понятійних вад / В. Авер'янов, Д. Лук'янець, Ю. Педько // Право України. – 2006. – № 3. – С. 10–11.

² Педько Ю. С. Публічно-правовий спір – предмет юрисдикції адміністративних судів України / Ю. С. Педько // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України : тези доп. та наук. повідомл. учасн. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 25–26 січ. 2007 р.) ; за заг. ред. проф. В. В. Комарова. – Х., 2007. – С. 249.

держави для захисту прав і законних інтересів від неправомірних дій (бездіяльності) суб'єктів публічно-правових відносин;

4) він вирішується в рамках певних правових процедур компетентним юрисдикційним органом шляхом визнання (не)правомірним нормативно-правового чи індивідуального адміністративного акта і у разі необхідності відновлення порушеного права.

Аналіз чинного законодавства та юридичної літератури¹ дозволяє сформулювати *основні специфічні ознаки судового контролю у сфері публічної влади*:

– він здійснюється судовим органом, організаційно і функціонально незалежним від підконтрольного суб'єкта;

– завдяки йому реалізується функція суду як самостійної гілки влади, яка є гарантом законності та усунення зловживань владою з боку органів державної влади або місцевого самоврядування;

– він здійснюється в межах судового процесу в порядку, установленому процесуальними нормами;

– він характеризується особливим колом суб'єктів, обов'язковими учасниками яких є суд і суб'єкт владних повноважень;

– він здійснюється у зв'язку із наявністю публічно-правового спору;

– він виконує подвійне завдання: з одного боку — це забезпечення охорони прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, тобто приватного інтересу, з другого — недопущення свавілля з боку органів державної влади та місцевого самоврядування, тобто захист публічно-громадського інтересу;

– він здійснюється з такими особливостями: його підставою може служити лише відповідна заява зацікавленої особи, тобто такий контроль є опосередкованим, або пасивним; його об'єктом виступає виключно дотримання суб'єктами вимог законності, але не доцільності; передбачає наділення суду досить вузьким набором засобів і методів контрольної діяльності; відсутня можливість самостійного примусового виконання прийнятих рішень.

¹ Козлова Л. С. Институт административной юстиции в структуре административного права / Л. С. Козлова // Административное право и процесс. – 2006. – № 1. – С. 39; Колесов П. П. Формы административного судопроизводства. – С. 104; Четев Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы) / Д. М. Четев. – Л., 1973. – С. 31; Фиалковская И. Д. Судебный контроль в сфере исполнительной власти: понятие, признаки, место в системе административного права / И. Д. Фиалковская, О. А. Тоненкова // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. – 2008. – № 3. – С. 208–212; Бахрах Д. Н. Административное судопроизводство и административная юстиция / Д. Н. Бахрах // Современное право. – 2005. – № 5. – С. 39.

Косинов С. Административная юстиция как основной юрисдикционный механизм контроля за публичной властью

В статье определены сущность и задания административной юстиции, рассмотрены основные подходы к пониманию данного института и ее типичные модели. Сделан вывод о том, что административная юрисдикция определяется спецификой публично-правового спора. Сформулированы основные признаки судебного контроля в сфере публичной власти.

Ключевые слова: контроль, административная юстиция, публичная власть, публично-правовой спор.

Kosinov S. Administrative justice as a basic judicial control mechanism for public government

In the article the nature and tasks of administrative justice are defined, the basic approaches to the institution meaning and its typical models are considered. It is concluded that specific public legal dispute determinates the administrative jurisdiction. The basic features of judicial review in the field of public administration are identified.

Keywords: control, administrative justice, public government, public legal dispute.

УДК 342.9:5.08

Л. Коваленко, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Проблеми правового регулювання інформаційних відносин

Сучасний період розвитку суспільства та держави характеризується значним зростанням ролі інформації та інформаційних технологій, що приводить до активізації інформаційної діяльності з приводу одержання, використання, поширення та зберігання інформації. У зв'язку з цим актуалізується проблема правового регулювання інформаційних відносин та наукових досліджень у цьому напрямі.

Про необхідність наукового аналізу інформаційно-правових відносин свідчить також інтерес багатьох учених до цієї проблеми. Такі науковці, як М. Я. Швець, Р. А. Калюжний, В. О. Шамрай, В. Д. Гавловський, В. М. Брижко, А. Ю. Савицький, В. С. Цимбалюк, у своїх працях дослідили ряд ключових аспектів правового регулювання суспільних інформаційних відносин та розробили базові теоретичні положення інформаційного права¹.

У процесі дослідження складних суспільних явищ, зокрема таких, як інформаційно-правові відносини, характерним є виникнення різнопланових підходів та неоднозначних трактувань. Як наслідок, у сучасній юридичній науці немає єдиного визначення поняття інформаційно-правових відносин. Так, М. Я. Швець, Р. А. Калюжний, В. Д. Гавловський, В. С. Цимбалюк визначають їх суспільні відносини щодо інформації, які є основним об'єктом регулювання інформаційного права. В. М. Брижко, О. М. Кальченко та інші кваліфікують їх як відносини, що виникають у всіх сферах життя і діяльності людини, суспільства та держави при одержанні, використанні, поширенні та збе-

¹ Див.: Брижко В. М. Інформаційне суспільство. Дефініції / В. М. Брижко, О. М. Кальченко, В. С. Цимбалюк ; за ред. Р. А. Калюжного, М. Я. Швеця. – К. : Інтеграл, 2002. – 357 с.; Швець, М. Я. Вступ до інформаційної культури та інформаційного права / М. Я. Швець, Р. А. Калюжний, В. М. Брижко ; за заг. ред. М. Я. Швеця та Р. А. Калюжного. – Ужгород : ІВА, 2003. – 240 с.; Правова інформатика / М. Я. Швець, Р. А. Калюжний, В. А. Саницький та ін. ; за заг. ред. М. Я. Швеця та Р. А. Калюжного. – Ужгород : ІВА, 2003. – С. 20.

ріганні інформації¹. І. Л. Бачило під інформаційно-правовими відносинами розуміє суспільні відносини, які виникають у процесі інформаційної діяльності². Л. В. Туманова та А. А. Снитников трактують інформаційні відносини як суспільні відносини, які виникають відповідно до норм права і юридичних фактів при формуванні й використанні інформаційних ресурсів на основі створення, збору, обробки, накопичення, зберігання, пошуку, поширення і надання споживачу документованої інформації; створенні й використанні інформаційних технологій і засобів забезпечення; захисту інформації, прав суб'єктів, які беруть участь в інформаційних процесах та інформатизації³. М. М. Рассолов визначає інформаційні правовідносини як відносини з приводу збору, обробки і використання правової та іншої інформації в суспільстві⁴. В. А. Копилов пропонує кілька визначень інформаційно-правових відносин. В одному випадку він характеризує їх як комплекс суспільних відносин, що виникають при реалізації інформаційних процесів, тобто при створенні, отриманні, обробці, накопиченні, зберіганні, пошуку, розповсюдженні та споживанні інформації, а також процесів створення і застосування інформаційних систем, інформаційних технологій і засобів інформаційної безпеки⁵; в іншому — як відокремлену однорідну групу суспільних відносин, які виникають у процесі обороту інформації в інформаційній сфері, у результаті здійснення інформаційних процесів у порядку реалізації кожним інформаційних прав та свобод, а також у порядку виконання обов'язків органами державної влади і місцевого самоврядування щодо забезпечення гарантій інформаційних прав та свобод⁶.

Легітимне визначення терміна «інформаційні відносини» містить у ст. 3 Закону України «Про інформацію», згідно з якою інформа-

¹ Брижко В. М. Інформаційне суспільство. Дефініції / В. М. Брижко, О. М. Кальченко, В. С. Цимбалюк ; за ред. Р. А. Калужного, М. Я. Швеця. – К. : Інтеграл, 2002. – С. 86.

² Бачило І. Л. Информационное право: основы практической информатики : учеб. пособие / И. Л. Бачило. – М., 2001. – С. 22.

³ Снитников А. А. Обеспечение и защита права на информацию / А. А. Снитников, Л. В. Туманова. – М. : Городец-издат, 2001. – С. 101.

⁴ Рассолов М. М. Информационное право : учеб. пособие / М. М. Рассолов. – М. : Юрист, 1999. – С. 42.

⁵ Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. – М. : Юрист, 2002. – С. 68.

⁶ Копылов В. А. О структуре и составе информационного законодательства / В. А. Копылов // Государство и право. – 1996. – № 6. – С. 99.

ційні відносини — це відносини, які виникають у всіх сферах життя і діяльності суспільства й держави при одержанні, використанні, поширенні та зберіганні інформації. В основу цієї норми-дефініції покладено принцип ототожнення інформаційних відносин з інформаційною діяльністю, оскільки одержання, використання, поширення та зберігання інформації, згідно зі ст. 14 цього Закону, є основними видами інформаційної діяльності. Проте це визначення є неповним, оскільки не включає в систему інформаційних відносин такі види діяльності, як обробка та захист інформації.

Обробка інформації, тобто сукупність операцій щодо її збирання, введення, записування, перетворення, зчитування, зберігання, знищення, реєстрації за допомогою технічних і програмних засобів чи поза ними, набуває все більшого значення у зв'язку зі зростанням кількості інформації, що циркулює в суспільстві, а також із розвитком інформаційних технологій.

Не менш важливе значення має і діяльність щодо захисту інформації — сукупність заходів і правових норм для запобігання заподіянню шкоди інтересам власника інформації чи осіб, які користуються інформацією.

На нашу думку, інформаційно-правові відносини можна визначити як суспільні відносини, які регулюються нормами права і виникають, розвиваються та припиняють свою дію в інформаційному просторі між суб'єктами права, які наділені інформаційними правами та обов'язками. При цьому під інформаційним простором розуміються інформаційні процеси та відносини щодо створення, збирання, відображення, реєстрації, накопичення, збереження, обробки, захисту та поширення інформації, інформаційних продуктів та інформаційних ресурсів, на які розповсюджується юрисдикція держави¹.

На думку російського теоретика з інформаційного права В. А. Копилова, особливостями інформаційно-правових відносин є те, що вони виникають, розвиваються і припиняються в інформаційній сфері у процесі обороту інформації; опосередковують державну політику визнання, виконання і захист інформаційних прав та свобод людини і громадянина в інформаційній сфері; відображають особливості застосування публічно-правових і цивільно-правових методів правового

¹ Інформаційне законодавство України: концептуальні основи формування / М. Швець, А. Калужний, В. Гавловський, В. Цимбалюк // Право України. – 2001. – № 7. – С. 88.

регулювання при здійсненні інформаційних прав і свобод із урахуванням специфічних особливостей і юридичних властивостей інформаційних об'єктів.

Крім цього можна виділити такі характерні ознаки інформаційно-правових відносин.

По-перше, вони існують практично в усіх сферах суспільної життєдіяльності, а їх юридичний зміст закріплюється в нормах різних галузей як національного права України, так і міжнародного.

По-друге, юридична природа інформаційно-правових відносин передбачає наявність особливого суб'єкта, у власності або у розпорядженні якого є інформація або інформаційний ресурс. По-третє, основним об'єктом інформаційно-правових відносин є інформація, яка, будучи за своєю природою явищем ідеальним, не належить до традиційних правових категорій і вимагає принципово нових підходів у системі правового регулювання. По-четверте, інформаційно-правові відносини відкриті для всіх учасників і можуть виникати з ініціативи будь-якого суб'єкта, при цьому часто прояв бажання іншої сторони брати участь у цих правовідносинах не обов'язковий (наприклад, державний орган зобов'язаний дати відповідь на інформаційний запит громадян незалежно від бажання його керівництва). По-п'яте, інформаційні відносини характеризуються високим рівнем динамічності, оскільки періодично з'являються нові інформаційні явища, які потребують правового регулювання. У зв'язку з цим виникає потреба постійного державного моніторингу інформаційної сфери з метою своєчасного державно-правового регулювання тих чи інших її аспектів.

Аналіз інформаційної сфери дає підстави стверджувати про її багатоплановість і, відповідно, про різноманітність інформаційно-правових відносин за характером, змістом і спрямованістю, у зв'язку з чим виникає потреба в їх класифікації. В юридичній літературі існують різноманітні класифікації інформаційно-правових відносин. Так, В. А. Копилов виділяє чотири групи таких відносин: відносини, що виникають при здійсненні пошуку, отримання і використання інформації; відносини, що виникають при створенні, передачі і поширенні інформації; відносини, що виникають при створенні і застосуванні інформаційних систем, їх мереж, засобів забезпечення; відносини, що виникають при створенні і застосуванні засобів і механізмів інформаційної безпеки. Такий поділ є досить умовним, оскільки в рамках зазначеної класифікації відмежувати один вид інформаційно-правових

відносин від інших буває досить складно. Часто інформаційно-правові відносини мають комплексний характер, наприклад, відносини щодо отримання і використання інформації не виключають застосування при цьому засобів і механізмів інформаційної безпеки.

О. В. Кохановська, аналізуючи світовий досвід законодавчого регулювання інформаційних відносин, виділяє такі групи цих відносин: право громадян на доступ до інформації, захист інформації, охорона виключних прав¹.

На нашу думку, інформаційно-правові відносини можна класифікувати за різними критеріями. Так, за галузевою сферою їх можна поділити на конституційні, адміністративні, трудові, цивільні, екологічні тощо. Фактично всі галузі національного права України містять сукупність норм, які регулюють інформаційні відносини в рамках предмета тієї чи іншої галузі.

Зокрема, конституційне право регулює групи інформаційно-правових відносин, які мають основоположне значення для громадян, суспільства або держави. До них належить право на інформацію, яке гарантує вільне збирання, зберігання використання і поширення інформації, та право на свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Конституційними нормами також регулюються основні засади правового режиму інформації про особу, режиму правової інформації та інформаційної безпеки. Крім цього, конституційне право містить ряд норм інформаційно-правового характеру: про ідеологічну багатоманітність суспільного життя в Україні, про свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості та захист інтелектуальної власності.

Певна група інформаційно-правових відносин регулюється адміністративним правом.

Зокрема, Кодекс України про адміністративні правопорушення містить ряд адміністративних правопорушень, пов'язаних з інформацією: приховування, перекручення або відмова від надання повної та достовірної інформації за запитом посадових осіб і зверненнями громадян та їх об'єднань; надання недостовірної інформації; отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також конфі-

¹ Див.: Арістова І. В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти : монографія / І. В. Арістова ; за заг. ред. О. М. Бандурки. – Х. : Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. – С. 88; Копылов, В. А. О структуре и составе информационного законодательства // Государство и право. – 1996. – № 6. – С. 98.

денційної інформації з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну підприємця; несвоєчасне подання посадовими особами органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, які займаються підприємницькою діяльністю, інформації або подання свідомо недостовірної інформації Антимонопольному комітету України тощо.

Другим класифікаційним критерієм інформаційно-правових відносин є сфера поширення, за яким їх можна поділити на внутрішньо-організаційні та зовнішні. Внутрішньоорганізаційні інформаційні відносини виникають у межах внутрішньої діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, господарських товариств, установ, організацій.

Третім критерієм для класифікації інформаційно-правових відносин є тривалість у часі, наприклад, інформаційні відносини можна поділити на постійні та тимчасові. Постійні інформаційно-правові відносини виникають у будь-який час і їх тривалість не обмежується хронологічними рамками.

Так, наприклад, загальне правило про вільне збирання, зберігання, використання і поширення інформації діє постійно. У той же час розповсюдження інформації, яка має характер передвиборної агітації, дозволяється тільки в період виборів, у чітко визначений період часу.

Важливе значення для розуміння суті інформаційно-правових відносин має аналіз їх структури. Слід зазначити, що цей вид правових відносин має структуру, характерну для загальних правовідносин, основними елементами яких є суб'єкти, об'єкти та зміст правовідносин, у той же час інформаційні відносини мають свої структурні особливості.

Коваленко Л. Проблемы правового регулирования информационных отношений

Статья посвящена проблемам правового регулирования информационно-правовых отношений, их особенностям и классификации.

Ключевые слова: информационно-правовые отношения, классификация информационно-правовых отношений, особенности информационно-правовых отношений.

Kovalenko L. Problems of the legal adjusting of informative relations

The article is sanctified to the problems of the legal adjusting of informatively-legal relations, their features and classification.

Keywords: informatively-legal relations, classification of informatively-legal relations, features of informatively-legal relations.

УДК 347.73

А. Монаєнко, доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, проректор з наукової роботи Класичного приватного університету

Поняття бюджетно-процесуального права

Правовою основою бюджетного процесу є бюджетно-процесуальне право, що є інститутом бюджетного права. Останнє у свою чергу виступає підгалуззю фінансового права. Для того, щоб з'ясувати зміст бюджетно-процесуального права, спочатку розглянемо його місце в системі бюджетного права. З цією метою розглянемо ряд визначень бюджетного права, запропонованих юридичною наукою, звертаючи увагу на те, якою мірою в даних визначеннях відображений бюджетний процес.

Мета статті: дослідити поняття бюджетно-процесуального права та визначити його місце в системі бюджетного права.

Категорію бюджетного права досліджували такі провідні вітчизняні та зарубіжні вчені, як: Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, О. П. Орлюк, І. Б. Заверуха, Т. А. Латковська, А. А. Нечай, Н. Ю. Пришва, Л. А. Савченко, О. В. Солдатенко, Н. Я. Якимчук, М. В. Карасьова, Ю. О. Крохіна, О. Ю. Грачова, О. М. Горбунова, Н. Д. Ерішвілі, О. І. Худяков, Н. І. Хімічева, І. М. Пахомов. Проте недостатньо уваги було приділено дослідженню питання щодо інституту бюджетно-процесуального права в системі бюджетного права.

Академік НАПрН України Л. К. Воронова вважає, що бюджетне право як підгалузь фінансового права — це сукупність правових норм, які регулюють бюджетний устрій, структуру та порядок розподілу доходів і видатків між ланками бюджетної системи, повноваження держави і органів місцевого самоврядування в галузі бюджетів і бюджетний процес¹.

Академік НАПрН України М. П. Кучерявенко та професор Н. Ю. Пришва зазначають, що бюджетне право України як підгалузь фінансового права — це сукупність правових норм, що регулюють бюджетний устрій, структуру й порядок розподілу доходів і видатків

¹ Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. – К. : Прецедент ; Моя книга, 2006. – С. 114.

бюджетної системи, повноваження держави і органів місцевого самоврядування в галузі бюджетів і бюджетний процес¹.

Член-кореспондент НАПрН України О. П. Орлюк стверджує, що бюджетне право України — це сукупність бюджетно-правових норм, що регулюють фінансові відносини, які виникають у зв'язку з бюджетною діяльністю, тобто утворенням, розподілом, перерозподілом і використанням коштів державного та місцевих бюджетів².

Російський вчений Н. І. Хімичева дає визначення бюджетного права РФ як сукупності фінансово-правових норм, що регулюють бюджетну систему і бюджетний устрій у РФ, склад і порядок розподілу доходів і видатків бюджетної системи, бюджетну компетенцію держави і муніципальних утворень, а також бюджетний процес³.

Російські фахівці М. В. Карасєва і Ю. О. Крохіна зазначають, що бюджетне право — це сукупність встановлюваних державою загальнообов'язкових норм, що визначають основи бюджетного устрою держави, порядок складання, розгляду, затвердження і виконання державного бюджету і бюджетів, що входять у бюджетну систему держави⁴.

З аналізу вищенаведених визначень бюджетного права перераховано інститути бюджетного права. Бюджетний процес існує в цих визначеннях у вигляді перерахування його стадій. Проте, на нашу думку, у цих визначеннях бюджетного права не згадується така його традиційна стадія, як складання, розгляд і затвердження звіту про виконання бюджету.

А. М. Костюков вважає, що бюджетне право — це сукупність правових норм, що встановлюють структуру бюджетної системи держави, обсяги окремих бюджетів, перелік доходів і видатків і порядок їх розподілу між бюджетами різного рівня, а також норми, що встановлюють бюджетний процес, тобто порядок складання, розгляду, затвердження, виконання бюджетів і порядку складання і затвердження звітів про їх виконання⁵. У цьому визначенні процес не лише згадується бюджетний, а й перераховано всі його стадії.

¹ Фінансове право України : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / [Л. К. Воронина, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін.]. – К. : Прав. єдність, 2009. – С. 129.

² Орлюк О. П. Фінансове право. Академічний курс : підручник / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 218–219.

³ Хімичева Н. И. Финансовое право / Н. И. Химичева. – М., 2005. – С. 167.

⁴ Карасева М. В. Финансовое право / М. В. Карасева, Ю. А. Крохина. – М., 2003. – С. 103–104.

⁵ Костюков А. Н. Дискуссионные вопросы предмета и системы российского финансового права / А. Н. Костюков. – Омск, 2002. – С. 36.

На нашу думку, бюджетне право як підгалузь фінансового права є сукупністю правових норм, які регулюють бюджетний устрій, структуру та порядок розподілу доходів і видатків між ланками бюджетної системи, повноваження держави й органів місцевого самоврядування в галузі бюджетної діяльності, тобто під час формування, розподілу (перерозподілу) і використання коштів Державного та місцевих бюджетів, а також складання, розгляд проекту бюджету, затвердження та виконання бюджету, складання, розгляд і затвердження звіту про виконання бюджету.

Бюджетне право визначає, хто і в якому порядку має скласти проект бюджету, хто має остаточно зводити його в єдине ціле, які суб'єкти беруть участь в обговоренні проекту бюджету, хто його затверджує і в якому порядку. Предметом бюджетного права є суспільні відносини, що виникають у зв'язку із встановленням бюджетної системи, з формуванням, розподілом і використанням централізованих фондів коштів, що надходять у розпорядження держави й органів місцевого самоврядування на кожній території, а також із здійсненням бюджетного процесу. Ці відносини можна об'єднати в певні групи, які регулюють окремі сторони бюджетної діяльності: встановлення видів бюджетів, які входять до бюджетної системи України, принципи їх зв'язку; структуру доходів і видатків як бюджетної системи в цілому, так і кожного виду бюджетів, принципи розподілу доходів і видатків між бюджетами; повноваження України й органів місцевого самоврядування в галузі бюджетної діяльності.

Варто зазначити, що бюджетний процес є лише одним з інститутів бюджетного права, і його предмет ширший ніж бюджетно-процесуальні відносини. Проте більшість авторів у своїх визначеннях включають бюджетний процес до складу бюджетного права. Однак виникає запитання, що є бюджетним процесом у рамках бюджетного права.

Треба сказати, що існує достатньо багато різних класифікацій норм бюджетного права. Попри всю різноманітність класифікацій найбільше значення мають такі класифікації норм бюджетного права: за характером регульованих відносин норми бюджетного права з певною часткою умовності можна поділити таким чином:

1. За змістом:

– матеріальні норми, які встановлюють матеріальний зміст бюджету, структуру бюджетної системи України, склад доходів і видатків бюджетної системи, їх обсяги та порядок закріплення за різними ланками бюджетної системи, здійснення міжбюджетних трансфертів по-

вноваження з отримання бюджетних доходів тощо; вони становлять основу бюджетного права;

– процесуальні норми бюджетного права виконують підлеглу, службову роль щодо матеріальних норм бюджетного права, проте це не зменшує їх значення, оскільки вони забезпечують правильне застосування матеріальних норм.

Відмітною особливістю процесуальних норм бюджетного права є те, що вони мають процедурний характер, регламентують бюджетний процес: процедуру складання, розгляду, затвердження й виконання бюджетів і звітів про їх виконання.

Процесуальні норми бюджетного права розподіляються за стадіями бюджетного процесу. Надзвичайно важливу роль процесуальні норми бюджетного права відіграють у чіткій регламентації порядку вирішення розбіжностей, що виникають при розгляді й затвердженні бюджетів (наприклад, реалізація права вето Президента України при затвердженні Державного бюджету).

2. За часом дії:

– постійні норми — мають визначальний характер при встановленні бюджетної системи та визначенні бюджетних повноважень учасників бюджетного процесу;

– необмежені в часі — містяться, наприклад, у Бюджетному кодексі України, Законі України «Про місцеве самоврядування»;

– періодичні норми — містяться в щорічних актах про відповідний бюджет, що затверджують представницькі органи влади, а також у нормативно-правових актах, які приймають органи виконавчої влади на їх забезпечення. Такі норми чинні, як правило, лише протягом бюджетного періоду, тобто з 1 січня по 31 грудня, набувають чинності або після їх прийняття, або з настанням нового бюджетного періоду.

Залежно від способу впливу на учасників фінансових відносин, що визначає характер їх юридичних прав і обов'язків, норми бюджетного права поділяються на ті, що зобов'язують, забороняють і уповноважують.

Норми бюджетного права, що зобов'язують, вимагають від учасників бюджетних відносин виконання певних дій, встановлюють їх обов'язки у сфері цих відносин. Більшість норм бюджетного права має саме такий характер, у чому виявляється основний метод фінансово-правового регулювання — метод владних приписів. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 39 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI, якщо Президент України повернув до Верховної Ради

України для повторного розгляду закон про Державний бюджет України із вмотивованими і сформульованими пропозиціями, які передбачають зміни бюджетних показників, Кабінет Міністрів України у тижневий строк подає Верховній Раді України зміни до показників, зазначених у текстових статтях такого закону, та оновлені додатки до нього відповідно до пропозицій Президента України.

Ще один приклад. Відповідно до ч. 1 ст. 42 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI Кабінет Міністрів України забезпечує виконання Державного бюджету України. Міністерство фінансів України здійснює загальну організацію та управління виконанням Державного бюджету України, координує діяльність учасників бюджетного процесу з питань виконання бюджету.

Норми бюджетного права, які забороняють здійснення певних дій, встановлюють обов'язок учасників фінансових відносин утриматися від них. Так, відповідно до ч. 2 ст. 73 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI, яка регулює питання надання позик місцевим бюджетам, надання позик з одного бюджету іншому забороняється.

Проте кількість забороняючих норм бюджетного права порівняно невелика, а при регулюванні бюджетних відносин переважають норми зобов'язального характеру. Наказуючи здійснення визначених дій, вони, зазвичай, виключають необхідність спеціального встановлення пов'язаних із цими діями заборон. У інших випадках забороняючі норми визначають межі дозволених дій.

Уповноважуючі норми бюджетного права встановлюють права учасників бюджетних відносин на здійснення певних самостійних дій у передбачених рамках. Вони надають можливість прийняття самостійних рішень у сфері бюджетів, але в чітко встановлених межах. Таким чином, цим нормам властива імперативність, оскільки не допускається вихід за ці межі. Наприклад, органи місцевого самоврядування, відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (із змінами та доповненнями) від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР, мають право встановлювати на своїй території місцеві податки в межах їх переліку, основного змісту і граничних розмірів, встановлених чинним законодавством.

Процесуальні норми забезпечують реалізацію матеріальних норм бюджетного права. Поділ норм бюджетного права на матеріальні і процесуальні є не тільки загальноновизнаним, а й традиційним. Бюджетне право складається з двох інститутів: 1) матеріальне бюджетне право,

яке являє собою сукупність матеріальних норм бюджетного права; 2) процесуальне бюджетне право, що є сукупністю процесуальних норм бюджетного права.

Інша класифікація поділяє дані норми на дві підсистеми: 1) норми загальної частини бюджетного права (більшість норм Бюджетного кодексу України, який у цілому регулює всі основні аспекти бюджетних відносин); 2) норми особливої частини бюджетного права. До цієї групи слід віднести нормативно-правові акти, що визначають кількісні характеристики бюджету того чи іншого рівня на черговий рік. Зокрема, до них належить щорічний Закон України «Про Державний бюджет України на відповідний рік», рішення місцевих рад про затвердження відповідного місцевого бюджету¹.

Свою систему бюджетного права пропонує О. І. Худяков. На його думку, бюджетне право складається з двох підрозділів: загальна і особлива частини. Загальна частина включає інститути: 1) бюджетний устрій; 2) управління у сфері бюджету; 3) бюджетне планування; 4) бюджетний контроль. Особлива частина включає інститути: 1) правове регулювання доходів бюджету; 3) правове регулювання видатків бюджету; 3) правове регулювання державних запозичень².

Про наявність особливих бюджетних відносин — процесуальних відносин — свідчить, по-перше, наявність самого щорічного фінансового плану — бюджету, у складанні, розгляді, затвердженні і виконанні якого бере участь безліч суб'єктів бюджетно-правових відносин; по-друге, наявність процесуальних бюджетно-правових норм, що регулюють процедури складання, розгляду, затвердження і виконання бюджету, а також звіту про його виконання. Ці норми становлять значну частину Бюджетного кодексу України; по-третє, процесуальні бюджетно-правові норми групуються в певний інститут бюджетного права, який прийнято називати «бюджетний процес» чи «правове регулювання бюджетного процесу».

На нашу думку, доцільно назвати цей інститут бюджетно-процесуальним правом. Бюджетно-процесуальним правом є сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у процесі складання, розгляду, затвердження, виконання бюджету, а також складання, розгляду і затвердження звіту про виконання бюджету.

¹ Фінансовое право : учебник / под ред. проф. О. Н. Горбуновой. – М. : Юристъ, 1996. – С. 89.

² Худяков А. И. Основы теории финансового права / А. Л. Худяков. – Алматы, 1995. – С. 138.

Норми бюджетно-процесуального права складаються з двох видів норм: а) норм, які визначають компетенцію (повноваження) учасників бюджетного процесу; б) процедурних норм, які регулюють процедури в процесі здійснення бюджетного процесу. Бюджетно-процесуальні норми можуть класифікуватися за такими критеріями:

1) залежно від їх юридичного змісту ці норми поділяються на ті, що зобов'язують, забороняють і уповноважують;

3) за часом дії процесуальні норми класифікуються на загальні і тимчасові. Загальних норм у бюджетному праві більшість, вони містяться в Бюджетному кодексі України. Прикладом тимчасових бюджетно-процесуальних норм є норми, що містяться у щорічному Законі України «Про Державний бюджет України на відповідний рік».

До відмінностей бюджетно-процесуальних норм від матеріальних бюджетно-правових норм можна віднести:

1) особливий предмет процесуально-правового регулювання. Предметом матеріальних норм бюджетного права є відносини, що виникають між суб'єктами бюджетних правовідносин, у процесі формування доходів і здійснення видатків бюджету. Предметом бюджетно-процесуальних норм є відносини, що виникають між суб'єктами бюджетних правовідносин у процесі складання і розгляду проекту бюджету, затвердження і виконання бюджету, контролю за його виконанням;

2) підлегла роль бюджетно-процесуальних норм. Зовнішньою метою матеріальних бюджетно-правових норм є переміщення бюджетних коштів (їх формування або розподіл). Бюджетно-процесуальні норми покликані лише забезпечити це переміщення, тобто організувати його, визначити порядок руху бюджетних коштів, а також забезпечити контроль за цим процесом;

3) особливий зміст бюджетно-процесуальних норм. Бюджетно-процесуальні норми виконують підлеглу роль відносно норм матеріального бюджетного права, будучи формою і засобом їх здійснення. У бюджетному праві матеріальні норми визначають порядок бюджетного устрою, склад доходів і видатків бюджетної системи в цілому, а також компетенцію суб'єктів бюджетного права у сфері бюджету. Приписи процесуальних норм мають процедурний характер.

Предметом бюджетно-процесуального права є суспільні відносини, що виникають у процесі складання, розгляду, затвердження, виконання бюджету, а також складання, розгляду і затвердження звіту про виконання бюджету. Залежно від стадій бюджетного процесу норми

бюджетно-процесуального права утворюють такі субінститути: «Правове регулювання складання проектів бюджетів»; «Правове регулювання розгляду і затвердження бюджетів»; «Правове регулювання виконання бюджетів»; «Правове регулювання підготовки, розгляду і затвердження звітів про виконання бюджетів»; «Правове регулювання бюджетного контролю».

Отже, предметом бюджетно-процесуального права виступає особлива група суспільних відносин — бюджетно-процесуальні відносини. Інтерес становить питання, якою мірою бюджетно-процесуальні відносини належать до предмета бюджетного права.

Так, наприклад, російський вчений професор О. М. Горбунова до категорії бюджетних правовідносин відносить суспільні відносини, що складаються між суб'єктами у процесі формування доходів і здійснення видатків бюджетів і бюджетів державних позабюджетних фондів, відносини з приводу державних і муніципальних запозичень, регулювання державного і муніципального боргу. Окрему групу складають відносини, що виникають між суб'єктами бюджетної діяльності у процесі складання і розгляду проектів бюджетів всіх рівнів бюджетної системи, затвердження і виконання бюджетів всіх рівнів бюджетної системи, контролю за виконанням бюджетів. До бюджетних правовідносин також належать правовідношення з приводу застосування заходів відповідальності, встановлених Бюджетним кодексом РФ¹.

На нашу думку, бюджетні правовідносини — це врегульовані нормами бюджетного права суспільні відносини, учасники яких виступають носіями юридичних прав і обов'язків, що реалізують приписи, які містяться в цих нормах, щодо утворення, розподілу й використання централізованих публічних грошових фондів. Вони виникають у процесі бюджетної діяльності, тобто діяльності щодо утворення, розподілу й виконання бюджетних фондів. Особливість бюджетних правовідносин полягає в тому, що коло їх суб'єктів вужче ніж суб'єктний склад інших фінансових правовідносин.

Бюджетні правовідносини є видом фінансово-правових відносин, тому їм притаманні всі особливості останніх: їх виникнення пов'язане з бюджетною діяльністю держави та органів місцевого самоврядування, вони мають грошовий характер, одна зі сторін наділена владними

¹ Финансовое право : учебник / А. Б. Быля, О. Н. Горбунова, Е. Ю. Грачева [и др.] ; отв. ред. Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2009. – С. 167.

повноваженнями щодо іншої, змінюються та припиняються на підставі нормативно-правових актів. Особливостями бюджетних правовідносин є також те, що їх існування пов'язане із законом.

Питанням про бюджетно-процесуальні відносини у фінансово-правовій науці приділялося недостатньо уваги. На нашу думку, бюджетно-процесуальні відносини — це врегульовані нормами бюджетного права суспільні відносини, що виникають у процесі здійснення бюджетного процесу, а також фінансового контролю на всіх стадіях цього процесу. Бюджетно-процесуальні відносини є різновидом бюджетних правовідносин. Подібно до всіх фінансових правовідносин, бюджетно-процесуальні правовідносини є відносинами влади і підпорядкування. Одним із суб'єктів бюджетно-процесуального правовідношення є завжди орган публічної влади, який виступає як владний суб'єкт.

Бюджетно-процесуальні відносини належать до організаційних бюджетних правовідносин. Вони не є грошовими відносинами. На відміну від матеріальних бюджетних правовідносин, бюджетно-процесуальні правовідносини не опосередковують рух грошових коштів до бюджету або, навпаки, з бюджету. Інакше кажучи, матеріальні бюджетні правовідносини виникають у ході формування бюджету або витрачання бюджетних коштів. Бюджетно-процесуальні ж правовідносини пов'язані з розробкою фінансового плану, який покликаний упорядкувати рух грошових коштів до бюджету (формування бюджету) або з бюджету (витрачання бюджетних коштів), тобто процес формування, розподілу й використання бюджету як публічного централізованого грошового фонду.

Ще однією відмінністю бюджетно-процесуальних правовідносин від матеріальних бюджетних правовідносин є відмінність дії в часі цих видів правовідносин. Матеріальні бюджетні відносини існують лише протягом бюджетного року. Разом з тим ця обставина не виключає того, що бюджетні правовідносини мають, як правило, систематичний, безперервний характер і поновлюються між більшістю суб'єктів бюджетного права в черговому бюджетному році, а період дії бюджетно-процесуальних відносин збігається з бюджетним періодом, що охоплює всі стадії бюджетного процесу. Таким чином, період існування бюджетно-процесуальних відносин в даному випадку більший, ніж у матеріальних бюджетно-правових відносин. Процесуальні відносини передують матеріальним бюджетним правовідносинам, забезпечуючи їх виникнення (складання, розгляд і затвердження бюджетів), визначаю-

чи порядок їх реалізації (виконання бюджетів), а також упорядковують здійснення контролю за витрачанням бюджетних коштів відповідно до нормативно-правового акта про бюджет (підготовка, розгляд і затвердження звітів про виконання бюджету).

Щодо суб'єктів бюджетно-процесуальних відносин, то слід зазначити, що такими суб'єктами можуть бути:

а) держава та адміністративно-територіальні одиниці. Як суб'єкт цього правовідношення вони представлені своїми органами влади, які виступають від їх імені. До цієї групи належать Україна, області, райони, міста, села, селища, Автономна Республіка Крим. Законодавство України закріплює право на державний або місцевий бюджет саме за цими суб'єктами, а не за органами державної влади, що виражає принцип народовладдя, зафіксований у Конституції України. У зв'язку з правом на самостійний бюджет вони володіють комплексом прав на отримання певних бюджетних доходів і використання їх для соціально-економічного розвитку відповідної території. Держава, адміністративно-територіальні одиниці беруть участь у бюджетно-процесуальних відносинах через свої представницькі й виконавчі органи влади. У цьому випадку вони виступають від імені і в інтересах у цілому України, області, району тощо;

б) органи державної влади та місцевого самоврядування;

в) отримувачі бюджетних коштів.

Монаєнко А. Поняття бюджетно-процесуального права

В статті автором досліджується поняття і місце бюджетно-процесуального права в системі бюджетного права, надається класифікація норм бюджетного права, досліджується поняття норм бюджетно-процесуального права, відмінності бюджетно-процесуальних норм від матеріальних бюджетно-правових норм, особливості бюджетно-процесуальних правоотношень.

Ключевые слова: бюджетно-процесуальное право, бюджетный процесс, процессуальные нормы бюджетного права, материальные нормы бюджетного права, бюджет, бюджетные средства, денежные фонды.

Monaienko A. The concept of budgetary-judicial law

The author probes in the article the concept and place of budgetary-judicial law in the system of budgetary law, gives a classification of budgetary law norms, probes a concept of budgetary-judicial law norms, difference of budgetary-judicial norms from budgetary-legal norms, feature of budgetary-judicial legal

Keywords: budgetary-judicial law, budgetary process, judicial norms of budgetary right, norms of budgetary right, budget, budgetary facilities, money funds.

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

УДК 347.962.2

О. Овчаренко, кандидат юридичних наук, асистент кафедри організації судових і правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Правові та організаційні аспекти реалізації права судді на відставку

На сучасному етапі розвитку держави не викликає заперечень той факт, що до її безпосередніх обов'язків належить забезпечення суддям таких організаційних й матеріальних умов праці, які б, з одного боку, виключили корупційні прояви і забезпечували б престижність суддівської посади — з другого. Належне фінансове і правове забезпечення суддів посідає першочергове місце в системі гарантій їх незалежності. Міжнародні стандарти належного судочинства наголошують на важливості забезпечення державою гідних умов праці суддів. Так, у Монреальській універсальній декларації про незалежність правосуддя 1983 р. наголошується, що найвищим пріоритетом держави є забезпечення судів адекватними засобами для належного відправлення правосуддя, включаючи матеріальні засоби та приміщення, які створювали б відповідні умови для незалежної, гідної та ефективної роботи суддів, належний судовий та адміністративний персонал і достатній поточний бюджет (п. 33)¹. У Європейській хартії «Про статус суддів» 1998 р. вказано, що «Закон повинен забезпечити гарантії для професійних суддів від соціальних ризиків, пов'язаних із хворобою, вагітністю та пологами, інвалідністю, старістю і смертю. Зокрема, судді, що досягли встановленого законом віку для виходу у відставку і виконували суддівські обов'язки протягом певного періоду, повинні отримувати пенсію по виходу у від-

¹ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя 1983 р. // Міжнародні стандарти незалежності суддів : зб. док. – К. : Поліграф-Експрес, 2008. – С. 22–27.

ставку, рівень якої повинен бути якомога ближчим до рівня останньої заробітної плати на посаді судді» (п. 6)¹.

При цьому важливо зробити суттєве застереження: рівень правових гарантій діяльності судді відповідно до аналізованих вище міжнародно-правових документів не повинен звужуватися під час його перебування на посаді. На цьому наголосив і Конституційний Суд України, відповідно до правової позиції якого забороняється скасування або звуження досягнутого рівня незалежності суддів, у тому числі заходів їх правового захисту та матеріального і соціального забезпечення при прийнятті нових законів та інших нормативних актів, внесенні змін до них².

Різні аспекти статусу суддів були предметом дослідження російських і вітчизняних вчених. Зокрема, можна відзначити праці Л. М. Москвич, С. В. Подкопаєва, С. В. Прилуцького³, М. І. Клеандрова⁴, Г. Т. Єрмошина⁵. Указані автори досліджували загальні аспекти правового статусу суддів, проблеми юридичної відповідальності суддів, правові гарантії суддівської незалежності. Утім суттєве оновлення законодавства про судоустрій, яке відбулося в рамках судово-правової реформи 2010 р., потребує переосмислення низки важливих питань, пов'язаних зі статусом суддів, зокрема права судді на відставку.

Отже, перед нами постає завдання дослідити сутність і змістовне наповнення права судді на відставку, яке виступає важливою гарантією суддівської незалежності, запропонувати шляхи удосконалення цього інституту.

Аналізуючи досвід країн Європи, варто зауважити, що відповідне законодавство встановлює гарантії належного правового і фінансово-забезпечення суддів під час роботи і після завершення суддівської кар'єри. Так, за Основним Законом ФРН і законодавством про судоустрій передбачено, що суддя має індивідуальне право на належний

¹ Европейская хартия о законе «О статусе судей» от 10.07.1998 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_236. – Заголовок с экрана.

² Рішення Конституційного Суду України у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 42. – Ст. 2662. – С. 95.

³ Москвич Л. М. Статус судді: питання теорії та практики : монографія / Л. М. Москвич, С. В. Подкопаєв, С. В. Прилуцький. – Х. : Вид. дім «ІНЖЕК», 2004. – 360 с.

⁴ Клеандров М. И. Статус судьи: правовой и смежный компоненты : монография / М. И. Клеандров. – М. : Норма, 2008. – 448 с.

⁵ Ермошин Г. Т. Гарантии независимости судьи – носителя государственной власти: социально-правовые аспекты / Г. Т. Ермошин // Рос. судья. – 2005. – № 5. – С. 15–17.

посадовий оклад, пенсійне забезпечення та допомогу членам родин у разі смерті судді. Якщо це право не забезпечується державою, то суддя вправі звернутися зі скаргою до Конституційного Суду ФРН¹.

За чинним законодавством важливою гарантією незалежності суддів є його право на відставку. Конституція України встановлює принцип незмінюваності судді і визначає вичерпний перелік підстав звільнення суддів органом, який його обрав або призначив (ч. 4, ч. 5 ст. 126)². Цей конституційний принцип означає, що суддя, обраний Верховною Радою на посаду безстроково, займає свою посаду до настання граничного терміну перебування на посаді (65 років) і може бути достроково звільнений лише у чітко передбачених Конституцією України випадках з дотриманням передбаченої законом процедури. Однією з конституційних підстав припинення повноважень суддів є подання ним заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням (п. 9 ч. 5 ст. 126 Конституції України).

Законом України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. встановлювалося право судді на відставку та гарантії його забезпечення³. Так, ст. 43 вказаного Закону встановлювалося, що кожен суддя за умови, що він працював на посаді судді не менше 20 років, мав право на відставку, тобто на звільнення його від виконання обов'язків за власним бажанням або у зв'язку із закінченням строку повноважень. Суддя також мав право на відставку за станом здоров'я, що перешкоджало продовженню виконання обов'язків. За суддею, який перебуває у відставці, зберігалися звання судді й такі ж гарантії недоторканності та соціального захисту, як і до виходу у відставку. Виняток становили судді, звільнені з посади у зв'язку з засудженням за умисний злочин, вчинений з використанням свого посадового становища, або вчиненням корупційного діяння, їм пенсія призначалася на загальних підставах. Судді, який пішов у відставку, виплачувалася вихідна допомога без сплати податку у розмірі місячного заробітку за останньою посадою за кожен повний рік роботи на посаді судді, але не менше шестимісячного заробітку.

¹ Основной Закон ФРГ от 23.05.1949 г. // Конституции государств Европейского Союза / под ред. Л. А. Окунькова. – М. : НОРМА-ИНФРА*М, 1999. – С. 169–234; Федеральная Республика Германия. Конституция и законодательные акты : пер. с нем. / под ред. и со вступ. ст. Ю. П. Урьяса. – М. : Прогресс, 1991. – С. 237.

² Конституція України від 28 черв. 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Про статус суддів : Закон України № 2862-ХІІ від 15.12.1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56.

У новому Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. норми щодо права судді на відставку дещо змінені. Так, право подати заяву про відставку виникає у судді, який має стаж роботи на посаді судді не менше 20 років (ст. 109 Закону). Варто відзначити, що існує певна колізія норм Закону, присвячених питанням відставки судді та його звільнення. Так, передбачені такі позитивні підстави для звільнення з посади судді: у разі закінчення строку, на який його призначено (ст. 101), за віком (ст. 102), за станом здоров'я (ст. 103), за заявою про відставку або за власним бажанням (ст. 109). Отже, відставка — це одна з підстав припинення повноважень судді. Однак, очевидно, що у багатьох випадках може існувати декілька підстав для звільнення судді, і тоді він буде поставлений перед вибором, за якою підставою мають бути припинені його суддівські повноваження. Приміром, суддя, який досяг граничного виходу перебування на посаді (ст. 102 Закону), із значною вірогідністю матиме право на відставку. Аналогічне право у низці випадків матиме і суддя, який звільняється за станом здоров'я (ст. 103 Закону) або за власним бажанням (ст. 109 Закону), однак звільнення за цими підставами не має правових наслідків, передбачених інститутом відставки.

Варто підкреслити, що попередня редакція законодавства про статус суддів чіткіше визначала умови набуття суддею права на відставку і охоплювала більше підстав припинення повноважень судді. Так, на нашу думку, суддя, який не може виконувати свої посадові обов'язки за станом здоров'я, що підтверджено відповідними медичними документами, повинен отримати право на відставку і всі правові гарантії, пов'язані із нею, незалежно від стажу роботи на посаді судді. Така норма, яка була раніше передбачена законодавством про статус суддів, відповідала міжнародним стандартам, які рекомендують державам створювати гарантії для професійних суддів від соціальних ризиків, пов'язаних із хворобою, інвалідністю та іншими вагомими обставинами¹.

Після виходу у відставку суддя відповідно до положень розділу X у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» отримує низку правових і матеріальних переваг порівняно із суддею, який не реалізував таке право².

¹ Европейская хартия о статусе судей. Постатейный комментарий // Рос. юстиция. – 1999. – № 8, 9.

² Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 55 (1). – Ст. 1900.

По-перше, відповідно до п. 1 ст. 136 Закону судді, який вийшов у відставку, виплачується вихідна неоподатковувана допомога у розмірі 10 місячних заробітних плат за останньою посадою. У разі якщо суддя, відставка якого була припинена у зв'язку з повторним обранням на посаду, знову подасть заяву про відставку, виплата вихідної допомоги не здійснюється.

По-друге, суддя у відставці має право на виплату довічного грошового утримання і на особливі умови пенсійного забезпечення. Відповідно судді, звільнені за іншими підставами, отримують пенсію на загальних підставах, передбачених пенсійним законодавством. Статтею 138 Закону визначено, що судді, який вийшов у відставку, після досягнення чоловіками віку 62 роки, жінками — пенсійного віку, встановленого ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», виплачується пенсія на умовах, передбачених ст. 37 Закону України «Про державну службу», або за його вибором щомісячне довічне грошове утримання. Суддя у відставці, який не досяг відповідного пенсійного віку, отримує щомісячне довічне грошове утримання. При досягненні таким суддею вказаного віку за ним зберігається право на одержання щомісячного довічного грошового утримання або, за його вибором, призначається пенсія на умовах, передбачених ст. 37 Закону України «Про державну службу». Щомісячне довічне грошове утримання виплачується судді у розмірі 80 % утримання судді, з якого було сплачено єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, а до 1 січня 2011 року — страхові внески на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, який працює на відповідній посаді.

Цікавою є правова природа щомісячного довічного грошового утримання судді. Якщо розглядати його як аналог пенсійного забезпечення, то це є різновидом соціальної виплати, яка нараховується державою за результатом багаторічної праці судді на посаді. Однак, по-перше, відповідне матеріальне забезпечення виплачується як суддям у відставці (які фактично є суддівськими пенсіонерами), так і працюючим суддям, які мають встановлений законом стаж роботи на посаді, а по-друге, воно є складовою правового статусу судді, виступаючи фінансовою гарантією суддівської незалежності. Цього підходу дотримується Конституційний Суд України, який висловив такі правові позиції стосовно щомісячного довічного грошового утримання судді. По-перше, особливістю вказаної виплати є те, що вона не належить до

суддівської винагороди і тому не є складовою заробітної плати судді. По-друге, щомісячне довічне грошове утримання є гарантованою державою щомісячною звільненою від сплати податків грошовою виплатою, що служить забезпеченню належного утримання судді, в тому числі після звільнення від виконання обов'язків судді. По-третє, вказана виплата нараховується для працюючих суддів — із Державного бюджету України, а для суддів у відставці — з Пенсійного фонду України за рахунок коштів Державного бюджету України¹.

По-третє, суддя та члени його сім'ї мають право на безоплатне медичне обслуговування у державних закладах охорони здоров'я. Члени сім'ї судді можуть обслуговуватися в тих медичних закладах, де обслуговується суддя. Це право зберігається за суддею у відставці (ст. 137 Закону).

По-четверте, згідно з Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. змінено орган, який вирішує питання про відставку судді. Якщо раніше відповідне подання до Верховної Ради України вносила Вища кваліфікаційна комісія суддів України, то тепер ці повноваження здійснює Вища рада юстиції. Відповідно до ч. 2 ст. 31 Закону України «Про Вищу раду юстиції» рішення щодо пропозицій про звільнення суддів за обставин, зазначених у пунктах 1–3, 7–9 ч. 5 ст. 126 Конституції України приймається на засіданні Вищої ради юстиції більшістю голосів її членів, які брали участь у засіданні. У разі звернення судді із заявою про звільнення з посади за власним бажанням Вища рада юстиції вносить подання про звільнення судді з посади до органу, який його призначив або обрав, після попереднього з'ясування дійсного волевиявлення судді, чи не має місце сторонній вплив на нього або примус.

По-п'яте, відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. змінено вимоги до стажу роботи на посаді судді, що дає право на відставку судді та отримання щомісячного довічного грошового утримання. Відповідно до ст. 131 Закону України

¹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 42. – Ст. 2662; Рішення Конституційного Суду України у справі про гарантії незалежності суддів від 18 червня 2007 р. № 4-рп/2007 // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 54. – Ст. 2184; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо офіційного тлумачення поняття «щомісячне довічне грошове утримання», що міститься у підпункті «е» підпункту 165.1.1 пункту 165.1 статті 165 Податкового кодексу України від 14 грудня 2011 р. № 18-рп/2011 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 100. – Ст. 3666.

«Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. до стажу роботи на посаді судді зараховується робота на посаді: 1) судді судів України, арбітра (судді) арбітражних судів України, державного арбітра колишнього Державного арбітражу України, арбітра відомчих арбітражів України; 2) члена Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 3) судді у судах та арбітрів у державному і відомчому арбітражах колишнього СРСР та республік, що входили до його складу. До стажу роботи, що дає судді Конституційного Суду України право на відставку і виплату вихідної допомоги, зараховується також стаж іншої практичної, наукової, педагогічної роботи за фахом та стаж державної служби. Згідно зі ст. 43 раніше чинного Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. до відповідного стажу роботи, окрім вищезазначеного, зараховувався також час роботи на посадах: а) безпосередньо пов'язаних із керівництвом та контролем за діяльністю судів у Верховному Суді України, в обласних судах, Київському і Севастопольському міських судах, Міністерстві юстиції України та підвідомчих йому органах на місцях; б) прокурорів і слідчих за умови наявності у всіх зазначених осіб стажу роботи на посаді судді не менше 10 років.

Отже, за низкою позицій ми бачимо суттєве зменшення матеріально-правових гарантій щодо забезпечення права судді на відставку за новим законом. Відповідно до п. 11 Перехідних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. судді, призначені чи обрані на посаду до набрання чинності цим Законом, зберігають визначення стажу роботи на посаді судді відповідно до законодавства, що діяло на день набрання чинності цим Законом. Це положення є справедливим, оскільки судді, що призначалися або обиралися на посаду за раніше чинним законодавством, розраховували на відповідні гарантії після завершення своєї кар'єри. Окрім того, існує загальнотеоретичний принцип, згідно з яким закон не має зворотної сили.

Цікаво, що нещодавно аналогічні зміни викликали хвилю обурення в суддівському корпусі Російської Федерації. Так, до набуття чинності в січні 2009 р. Федеральним законом РФ від 25.12.2008 р. № 274-ФЗ «Про внесення змін до окремих законодавчих актів Російської Федерації у зв'язку з ухваленням Федерального закону “Про протидію корупції”» у стаж роботи судді, що обіймав свою посаду не менше п'яти років, зараховувався час роботи прокурором, слідчим і адвокатом. Згідно з вищезазначеним Законом, із січня 2009 р. у суддівський стаж цей термін не

включається¹. Як результат, суддям РФ А. А. Анохіну, С. Н. Чалковій та І. М. Морозу управлінням Судового департаменту було відмовлено в призначенні надбавки до заробітної плати у розмірі 50 % щомісячного довічного утримання, а суддям у відставці П. І. Зелінському і Г. А. Ведмежій — у нарахуванні вихідної допомоги з урахуванням стажу роботи в прокуратурі, з чим вони, природно, не погодилися. На їхню думку, ці зміни істотно порушили конституційний принцип рівності, оскільки до січня 2009 р. суддям встановлювалися виплати, пов'язані з досягненням двадцятирічного стажу, з урахуванням часу попередньої роботи прокурором, слідчим і адвокатом. Після січня 2009 р. та ж категорія громадян (тобто судді, призначені на посаду до набуття чинності вказаним Федеральним законом) виявилася позбавленою цього права.

Їхні скарги послужили приводом для звернення до Конституційного Суду РФ, який 20 квітня 2010 р. оголосив Постанову у справі про перевірку конституційності ч. 1 ст. 7 Федерального закону «Про додаткові гарантії соціального захисту суддів і працівників апаратів судів Російської Федерації». Норма, яка призвела до втрати можливості враховувати суддям вироблений ними стаж роботи прокурором, слідчим і адвокатом при отриманні різних виплат (надбавки до зарплати, довічного утримання і вихідної допомоги), визнана неконституційною в тій частині, в якій ця норма поширювалася на суддів, що вступили на посаду до її прийняття.

Свою позицію КС РФ обґрунтував тим, що рівень конституційно-правового захисту статусу судді не може знижуватися по відношенню до вже досягнутого: законодавець має право встановити, які види роботи з юридичної спеціальності, виконувані до призначення на посаду судді, можуть бути включені в суддівський стаж, проте, здійснюючи відповідне правове регулювання, законодавець повинен враховувати, у тому числі, законні очікування, що сформувалися на основі раніше діючого законодавства². Очевидно, що такий прецедент може бути використаний аналогічно і вітчизняними суддями — у разі ухвалення законопроекту в існуючій редакції.

¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» [Электронный ресурс]: Федеральный конституционный закон РФ от 25 декабря 2008 г. № 274-ФЗ. – Режим доступа: <http://kirov.arbitr.ru/law/docs/g25>. – Заголовок с экрана.

² Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности ч. 1 ст. 7 Федерального закона «О дополнительных гарантиях социальной защиты судей и работников аппаратов судов Российской Федерации» от 20.04.2010 г. № 9-п // Рос. газ.: федеральный вып. – 2010. – 7 мая (№ 5177).

Під час судової реформи виникало багато спірних ситуацій, пов'язаних із правом судді на відставку. Один із інцидентів стосується суддів КС України, обраних за квотою з'їзду суддів України в листопаді 2005 р. (А. Дідковського, І. Домбровського, Я. Мажучак, Д. Лилака, В. Джуна). Після обрання цих осіб до КС України Верховна Рада України звільнила їх зі своїх посад. Однак вони оспорили в судовому порядку таке формулювання, виграла позови і 20 травня 2010 р. Парламент змінив мотиви їх звільнення, відправивши у відставку. Отже, перебуваючи в цьому статусі, вони ще певний час працювали діючими суддями Конституційного Суду України. Така ситуація була спричинена тривалою боротьбою вказаних суддів за зміну формулювання власного звільнення¹.

У даній ситуації виникає низка правомірних зауважень. По-перше, сама по собі ситуація, коли суддя у відставці виконує обов'язки судді, є абсурдною, оскільки відставка — це логічне завершення його кар'єри, що означає припинення функціональних обов'язків з відправлення правосуддя. По-друге, чинне законодавство про судоустрій прямо не забороняє судді у відставці перебувати у складі КС України, однак законодавство про судоустрій передбачає механізм припинення його відставки внаслідок повторного обрання на посаду (ст. 43 Закону України «Про статус суддів» від 15 грудня 1992 р. і ст. 139 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р.). Окрім того, не передбачено ситуацій, коли суддя у відставці займає посаду судді, а значить користується подвійними матеріальними благами. На наше глибоке переконання, статус судді відповідні кандидатури на посади суддів КС України повинні мати вже на момент свого обрання. Якщо обирається суддя у відставці, йому належить припинити свою відставку. У подібній ситуації порушуються не тільки певні процедурні моменти, а постає питання про морально-етичний аспект такого судді.

Наведена правова колізія вирішилася таким чином. Після видання Верховною Радою України постанови про відставку зазначених суддів голова КС України А. Стрижак відсторонив їх від посади, а у вересні 2010 р. вони написали заяви про відставку². На засіданні КС України

¹ Уманец А. Судей Конституционного суда не допускают к работе [Электронный ресурс] / А. Уманец. – Режим доступа: <http://www.state.eizvestia.com>. – Заголовок с экрана.

² КС звільнив трьох неояльних до влади суддів: новини ТСН [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tsn.ua/ukrayina/konstituciyniy-sud-zvilniv-troh-suddiv.html>. – Заголовок з екрана.

9 вересня 2010 р. повноваження вказаних суддів були припинені. Вважаємо, що таке розв'язання цього інциденту було правильним. Для уникнення подібних ситуацій у майбутньому варто заборонити суддям у відставці займати будь-які посади в судовій системі, пов'язані із відправленням правосуддя.

Завершуючи аналіз інституту відставки суддів, слід розглянути випадки її припинення. Статтею 139 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що відставка судді припиняється у разі: 1) повторного обрання на посаду судді; 2) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього за вчинення умисного злочину; 3) припинення його громадянства; 4) визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим; 5) його смерті. Рішення про припинення відставки судді приймається Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. Законом передбачено також, що припинення відставки судді є підставою для припинення виплати йому щомісячного довічного грошового утримання, що було нараховане у зв'язку з відставкою, а в разі вчинення суддею умисного злочину, підтвердженого відповідним вироком, пенсія судді нараховується на загальних підставах.

Згідно з п. 5 ст. 43 раніше чинного Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. однією з підстав припинення відставки судді було вчинення проступку, несумісного зі званням судді¹. І хоча вказане положення Закону рідко зустрічалося у практиці кваліфікаційних комісій суддів, які були уповноважені вирішувати питання, пов'язані із відставкою, воно виконувало важливу превентивну роль для гідної позаслужбової поведінки суддів. Окрім того, чинний Закон необґрунтовано обмежив випадки припинення відставки судді вчиненням лише умисного злочину. На нашу думку, вчинення будь-якого злочину, факт якого підтверджений відповідним судовим вироком, є правомірною підставою для припинення відставки судді й нарахування йому пенсії на загальних умовах. Отже, варто доповнити ст. 139 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» положенням, згідно з яким відставка судді припинялася в разі винесення обвинувального вироку, що набрав законної сили, а також у разі закриття кримінальної справи з nereабілітуючих підстав за згодою судді.

Підсумовуючи викладене, варто відзначити, що відставка судді — це одна з позитивних підстав припинення суддівських повноважень,

¹ Про статус суддів : Закон України № 2862-ХІІ від 15.12.1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56.

яка є складовою статусу судді як носія влади і є важливою гарантією забезпечення суддівської незалежності. Єдиною законодавчою передумовою отримання права на відставку є наявність стажу суддівської роботи не менше 20-ти років. На нашу думку, іншою важливою передумовою відставки має бути сумлінна і бездоганна праця на посаді судді, яка має бути засвідчена висновком відповідного органу суддівського співтовариства (Вищою радою юстиції або Вищою кваліфікаційною комісією суддів України).

Овчаренко О. Правовые и организационные аспекты реализации права судьи на отставку

В статье исследуется сущность и составляющие компоненты права судьи на отставку, которое выступает важной гарантией судебской независимости, предложены пути усовершенствования этого института.

Ключевые слова: независимость судей, право судьи на отставку, ежемесячное пожизненное денежное содержание судьи.

Ovcharenko O. The right of a Judge on Retirement: Legal and Organizational Aspects

The author analyses the right of a judge on retirement, which is an important guarantee of judicial independence, and proposes the ways of improvement of this institute.

Keywords: independence of judges, right of a judge on retirement, monthly permanent money alimony of a judge.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 343.62

А. Орлеан, кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри підтримання державного обвинувачення та нагляду за виконанням судових рішень у кримінальних справах Інституту підвищення кваліфікації кадрів Національної академії прокуратури України

Початок кримінально-правової охорони життя людини

Початковим моментом, з якого життя, а відповідно й багато інших прав та свобод людини підпадають під охорону кримінального закону, традиційно пов'язують із процесом її народження. У той же час суттєвий прогрес у сфері нових біотехнологій відірвав практичний стан справ від консервативного правового поля. У сучасних умовах, разом із появою можливості зберегти життя передчасно народженої дитини або, навпаки, перервати вагітність будь-якого строку, разом із розвитком трансплантології та відкриттям можливостей терапевтичного використання тканин, клітин та органів людини та людського ембріона (плоду¹), тіло як народженої, так і ненародженої людини, на жаль, набуває властивостей товару та потребує більш пильної охорони.

Питанням початку кримінально-правової охорони життя людини приділяли увагу В. А. Глушков, В. В. Сташис, М. І. Бажанов, М. С. Таганцев, Н. Є. Крилова, М. І. Загородніков, Т. А. Лаврентьєва, В. Д. Набоков, Г. А. Мендельсон, Л. А. Остапенко, А. А. Піонтковський, М. Д. Шаргородський, Н. М. Ярмиш та багато інших науковців. Найбільш обговорюваним питанням на сторінках юридичних видань є визначення тієї стадії пологового процесу, на якій можна було б конста-

¹ У Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої наказом МОЗ України від 29.03.2006 р. № 179, зазначається, що «плід – внутрішньоутробний продукт зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності до вигнання/вилучення з організму матері».

тувати, що життя новонародженого підпадає під повноцінну¹ охорону кримінального закону. В той же час очевидним є те, що визначенням такого моменту проблема не вичерпується. Вважаємо за потрібне в цій роботі продовжити започатковані автором у дисертації² та подальших наукових публікаціях³ роздуми над проблемами кримінально-правової охорони життя людини та людського ембріона (плоду).

Визначальними для кваліфікації суспільно небезпечних діянь, пов'язаних із перериванням життя ембріона (плоду) людини або новонародженої дитини, є такі основні моменти: 1) місце, де відбувся факт переривання життя: усередині організму матері або зовні; 2) обстановка: під час пологів, відразу або через деякий час після пологів; 3) життєздатність або здатність плоду вижити у зовнішньому середовищі (поза організмом матері); 4) живонародженість.

Розглядаючи випадки позбавлення життя **поза організмом матері**, слід мати на увазі, що спосіб вилучення плоду з організму матері (природне вигнання, штучні пологи чи кесарів розтин) не впливає на його подальший статус.

Можливими тут є дві ситуації. Перша характеризуватиметься народженням **життєздатної дитини**. Законодавче визначення поняття життєздатності відсутнє. У судовій медицині під життєздатністю розуміють можливість новонародженого продовжувати життя поза утробою матері⁴. Аналіз інструкцій МОЗ України свідчить про те, що зазвичай життєздатним у медицині вважають новонародженого з 22-го повного тижня вагітності, оскільки і поняття передчасних пологів, і поняття новонародженого, і навіть поняття мертвонародження пов'язуються із досягненням 22-го повного тижня вагітності. Більше того, обов'язок лікарів на заповнення таких документів, як «Медичне

¹ До початку пологів охорона життя плоду також здійснюється, але її не можна назвати повноцінною, оскільки таке життя є лише додатковим факультативним об'єктом у таких складах злочину, як: вбивство жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України), умисне тяжке тілесне ушкодження за ознакою переривання вагітності (ст. 121 КК України), незаконне проведення абортів (ст. 134 КК України) тощо.

² Див.: Орлеан А. М. Соціальна обумовленість криміналізації та кримінально-правова характеристика торгівлі людьми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Орлеан Андрій Михайлович ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – С. 10–11.

³ Див.: Орлеан А. М. Уголовно-правовая охрана человека до момента его рождения / А. М. Орлеан // Юрид. практика. – 2005. – № 17. – С. 12–13.

⁴ Див.: Лісовий А. С. Судова медицина : підручник. – 2-ге вид., допов. та переробл. / А. С. Лісовий, Л. Л. Голубович, П. Л. Голубович. – К. : Атіка, 2003. – С. 358.

свідоцтво про народження», «Історія пологів», «Журнал обліку прийому вагітних, роділь і породіль» виникає лише після досягнення повного 22-го тижня вагітності.

Народження плоду до повного 22-го тижня вагітності зростом менше 25 см та масою менше 500 г незалежно від наявності ознак життя Інструкція називає викиднем (абортом)¹. У судовій медицині викидень визнають нежиттєздатним через глибоку недоношеність². Тому на сьогодні 22 тижні вагітності є саме тією межею, не досягнувши якої імовірність виживання народженого є близькою до нуля. Поширювані пресою сенсаційні повідомлення про небувалі випадки збереження життя дитини на 22-му повному тижні вагітності³, або навіть за день до цієї межі⁴ скоріше підтверджують, ніж спростовують існування останньої.

Викладене свідчить про те, що однією з визначальних **ознак життєздатності є термін вагітності**, на якому відбулося вигнання (вилучення) з організму матері плоду, що складає 22 або більше повних тижнів вагітності. До інших **ознак життєздатності, з урахуванням наведеного вище медичного поняття викидня (аборту), слід віднести досягнення плодом маси 500 г і більше та зросту не менше 25 см**. Крім того, експерти цілком обґрунтовано відносять до **ознак життєздатності відсутність вад розвитку, несумісних із життям**, серед яких, зокрема⁵: відсутність головного чи спинного мозку; незарощення грудної, черевної стінок; незарощення спинномозкового каналу; відсутність або атрезія стравоходу; відсутність анального отвору і т. ін.

Очевидно, що наведені вище ознаки життєздатності стосуються лише живонародженої дитини. Відповідно до п. 1.2 Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої наказом МОЗ України № 179 від

¹ Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості [Електронний ресурс] : затв. наказом МОЗ від 29.03.2006 р. № 179. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06>

² Лісовий А. С. Судова медицина : підручник. – 2-ге вид., допов. та переробл. / А. С. Лісовий, Л. Л. Голубович, П. Л. Голубович. – К. : Атіка, 2003. – С. 358.

³ Трибушная Л. Херсонские врачи сумели выводить малышку, родившуюся с весом всего 700 граммов / Л. Трибушная // Факты. – 2007. – 28 июля. – С. 8.

⁴ Терех Н. Врачам впервые в истории удалось выводить недоношенного ребенка, который провел в утробе матери менее 22 недель / Н. Терех // Факты. – 2007. – 21 февр. – С. 3.

⁵ Лісовий А. С. Судова медицина : підручник. – 2-ге вид., допов. та переробл. / А. С. Лісовий, Л. Л. Голубович, П. Л. Голубович. – К. : Атіка, 2003. – С. 358.

29.03.2006 р., **живонародження** — це «вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина і чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів».

Таким чином, відповідно до названої Інструкції таким, що народився живим, є новонароджений, у якого наявна хоча б одна з таких ознак: 1) дихання; 2) серцебиття; 3) пульсація судин пуповини; 4) рухи скелетних м'язів.

Живонароджена життєздатна дитина однозначно перебуває під охороною кримінального закону. Посягання на життя такої дитини¹ залежно від обставин справи може кваліфікуватись як вбивство матері²ю новонародженої дитини (ст. 117 КК України), вбивство малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України), ненадання допомоги хворому медичним працівником, що спричинило смерть хворого (ч. 2 ст. 139 КК України), неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України), або навіть залишення в небезпеці (ст. 135 КК України). Так, наприклад, у Дніпропетровській області мав місце випадок, коли жінка народила дитину в громадському туалеті, упустила її у вигрібну яму та залишила там. Відносно матері, яка наполягала на випадковому потраплянні новонародженої дитини у вигрібну яму, було порушено справу за ознаками залишення в небезпеці (ст. 135 КК України)². Очевидно, що за умови доведення протягом слідства умислу матері на спричинення смерті дитині, її дії, залежно від обставин справи, перекваліфікуватимуться на ст. 117 або ст. 115 КК України.

У медичній практиці трапляються випадки мертвонародження. Такі ситуації пов'язані не лише із наявністю вад розвитку плоду, а й зі складністю пологового процесу, що іноді може призвести і до смертельного травмування або удушення плоду. Відповідно до нормативних документів МОЗ України **мертвонародження** — це вигнання або вилучення з організму матері плоду з 22-го повного тижня вагітності або масою 500 г і більше, який не дихає та не виявляє будь-яких інших ознак життя, таких як серцебиття, пульсація пуповини або певні рухи

¹ Після вивільнення з утроби матері у будь-якій формі (кесарів розтин, пологи, штучні пологи) на світ з'являється дитина, яку називати плодом вже некоректно.

² Мати викинула новонародженого в туалет [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.glavred.info/print.php&news=/archive/2007/10/02/103331-4.html>

скелетних м'язів¹. Згідно з наведеним визначенням, мертвонародження характеризується не лише відсутністю ознак життя (серцебиття, пульсація пуповини тощо), а й обов'язковою наявністю ознак життєздатності (досягнення плодом 22-го повного тижня вагітності або маси 500 г). Дійсно, при народженні мертвого плоду, що не досяг 22-го повного тижня вагітності (або не мав інших ознак життєздатності), немає сенсу ставити питання про можливість його врятування. Якщо ж під час пологів загинув життєздатний плод, не виключена імовірність того, що його смерть настала в результаті винних дій особи, що приймала пологи або була присутньою під час пологів. Дії медичного працівника при цьому можуть утворювати склад злочину, передбачений ст. 139 або ст. 140 КК України. Намагання умисно позбавити життя мертвонароджену дитину кваліфікуватиметься як замах на умисне вбивство (статті 115 або 117 КК України).

Друга ситуація характеризуватиметься народженням плоду, що має ознаки живонародження, але не набув ознак життєздатності, тобто до повного 22-го тижня вагітності зростом менше 25 см та масою менше 500 г. Незалежно від наявності ознак життя, таке народження згідно з Інструкцією МОЗ² має назву викидень (аборт). Це не новонароджений і навіть не недоношений новонароджений, оскільки до останнього Інструкцією віднесено лише живонароджену дитину, яка народилася або вилучена з організму матері з *22-го повного тижня вагітності*. Тому незрозумілим є статус плоду, народження якого називають викидень (аборт). Інструкція не зобов'язує лікарів навіть визначати критерії живонародженості у такого плоду. В той же час обов'язок виходжування народжених у результаті вагітності, що тривала менш ніж 22 тижні, у лікарів все ж таки є. Важко зрозуміти логіку нормотворчості МОЗ України, але його (обов'язок) передбачено Порядком реєстрації живонароджених і мертвонароджених?!³ Зокрема, у п. 1 Порядку передбачено, що «усі народжені живими при вагітності менш ніж 22 тижні підлягають виходжуванню, на них заповнюється “Карта розвитку новонародженого” (ф. № 097/о) і здійснюється запис в окремому “Журналі обліку новонароджених у відділенні (палаті)” (ф. № 102/о)». Якщо вони

¹ Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості [Електронний ресурс] : затв. наказом МОЗ від 29.03.2006 р. № 179. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06>

² Там само.

³ Порядок реєстрації живонароджених і мертвонароджених [Електронний ресурс] : затв. наказом МОЗ від 19.03.2006 р. №179. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0428-06>

прожили понад 7 повних діб (168 годин після народження), відомості про них вносяться до загального «Журналу обліку новонароджених у відділенні (палаті)» як про живонароджених, які народилися при передчасних пологах. Відповідно до п. 2 цього Порядку, такі плоди підлягають реєстрації в органах реєстрації актів цивільного стану.

Існування наведеного обов'язку виходжувати всіх народжених живими при вагітності менш ніж 22 тижні не підкріплено кримінально-правовою санкцією за невиконання таких дій. Із юридичної точки зору предметом вбивства може бути лише людина (ст. 115 КК України), включаючи новонароджену дитину (ст. 117 КК України), але в жодному разі не викидень. Хворим викидень також назвати не можна, тому застосування статей 139, 140 КК України є неможливим.

Викладене свідчить про те, що повноцінна кримінально-правова охорона життя поширюється на всі випадки народження життєздатної живонародженої дитини. Слід мати на увазі, що життя людини може розпочатись не лише внаслідок фізіологічних пологів, а й унаслідок штучного вивільнення живого життєздатного плоду з утроби матері шляхом, наприклад, кесарева розтину. Дитина, котра була народжена в такий спосіб, одночасно із вивільненням з утроби матері отримує повноцінну кримінально-правову охорону.

Перед тим як розглянути випадки позбавлення життя плоду в утробі матері, доцільно згадати, що дискусію про початок кримінально-правової охорони життя людини було розпочато ще у XIX–XX ст. на сторінках наукової літератури. Зокрема, М. С. Таганцев початком життя дитини вважав відділення плоду від організму матері, яке свідчить про початок самостійного позаутробного життя¹. В. Д. Набоков пов'язував цей юридичний факт із появою з утроби матері назовні будь-якої частини тіла дитини². Зазначені дискусії мали багато відтінків та учасників і пізніше, пов'язуючи початок кримінально-правової охорони життя із початком самостійного дихання³, з моментом пере-різання пуповини⁴ тощо.

¹ Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому уголовному праву / Н. С. Таганцев. – СПб., 1870. – С. 25–31.

² Набоков В. Д. Элементарный учебник Особенной части русского уголовного права : Вып. 1 / В. Д. Набоков. – СПб., 1903. – С. 5.

³ Шаргородский М. Д. Ответственность за преступления против личности / М. Д. Шаргородский. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1953. – С. 15.

⁴ Кондрашова Т. В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности / Т. В. Кондрашова. – Екатеринбург, 2000. – С. 12–13.

Проте обґрунтована А. А. Піонтковським теза про те, що «вбивством дитини слід вважати не лише вбивство новонародженого після відділення плоду від утроби матері та початку самостійного життя дитини, але й вбивство, вчинене під час пологів, коли народжувана дитина ще не розпочала самостійного позаутробного життя»¹, набула найбільшого поширення на пострадянському просторі. Більшість сучасних вітчизняних підручників² та наукових досліджень³ базуються на наведеній позиції А. А. Піонтковського, хоча, на жаль, і сьогодні вона має своїх опонентів, які продовжують наполягати на тому, що початком життя людини є «момент появи можливості безпосередньо впливати на тіло дитини, яка народжується...»⁴.

Як відомо, процес народження людини пов'язаний із переймами або виходом навколоплідних вод та на його початку плод перебуває всередині матері. Н. М. Ярмиш цілком слушно звертає увагу на те, що «...умертвіння дитини навіть в утробі матері за умов, що пологи розпочались, а строк вагітності складає хоча б 22 тижні — це вбивство»⁵. Підтвердження наведеної тези вона бачить у диспозиції ст. 117 КК України, де йдеться про «умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після пологів...». Н. М. Ярмиш підкреслює, що цим визначенням охоплюється весь період пологів, а значить, початок пологів і є початком життя людини. На розвиток розглянутої позиції зазначимо, що оскільки 22-й тиждень вагітності не може в усіх без винятку випадках свідчити про життєздатність плоду, слід урахувати й інші ознаки останньої (масу та розмір плоду, відсутність несумісних із життям вад розвитку плоду). Тому вчинене

¹ Піонтковский А. А. Курс советского уголовного права : Т. 5 / А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквадзе. – М. : Наука, 1971. – С. 22.

² Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 29.

³ Остапенко Л. А. Кримінальна відповідальність за вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини : дис. ... канд. юрид. наук / Л. А. Остапенко. – К., 2003. – С. 8.

⁴ Брайлівська А. І. Кримінально-правова кваліфікація неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Брайлівська Алла Ігорівна ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – Одеса, 2012. – С. 4.

⁵ Ярмиш Н. М. Содержание ст. 117 УК Украины как источник информации о начале жизни человека / Н. М. Ярмыш // Аеро-2011. Повітряне і космічне право: [Матеріали II Міжнар. наук. конф. «Становлення держави та права в умовах глобалізації: теоретичний і практичний аспект», Київ, Нац. авіац. ун-т, 24 лютого 2012 р.]. – Ніжин : Вид. ПП Лисенко М. М., 2012. – С. 462–463.

умисно посягання на життя 22-тижневого плоду, який перебуває в утробі матері, після початку пологового процесу у випадку його нежиттєздатності (за іншими критеріями) кваліфікуватимуться як замах на умисне вбивство.

Внутрішньоутробне позбавлення життя плоду до початку пологового процесу залежно від сукупності наявних об'єктивних та суб'єктивних ознак може кваліфікуватись як незаконне проведення абортів (ст. 134 КК України) або тяжке тілесне ушкодження (статті 121, 123, 124, 128 КК України).

Незважаючи на описану вище надзвичайну важливість критерію життєздатності, який безпосередньо свідчить про незворотний перехід тієї межі, за якою плід фактично стає дитиною, котра може жити окремо від матері, він, на жаль, жодним чином не впливає на кваліфікацію вчиненого при перериванні вагітності до початку пологового процесу. Більше того, далеко не в усіх випадках відповідальність за незаконне проведення абортів взагалі є можливою. Зокрема, ст. 134 КК України передбачено відповідальність лише за: 1) проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти, та 2) незаконне проведення абортів, якщо воно спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої. Як бачимо, переривання вагітності строком 22 або більше тижнів, вчинене особою, яка має спеціальну медичну освіту, без наведених наслідків для здоров'я не охоплюється ст. 134 КК України. Тому, на жаль, дії з умертвління плоду (навіть життєздатного) в утробі матері із подальшим його вивільненням сьогодні можуть залишатися безкарними.

Викладене свідчить, що відповідно до вітчизняного законодавства повноцінну кримінально-правову охорону життя людини має або з моменту початку фізіологічних пологів (незважаючи на місце перебування плоду: в утробі матері або зовні), або з моменту штучного вивільнення плоду з утробы матері внаслідок кесарева розтину. До цього моменту життя ембріона (плоду) людини може бути лише додатковим факультативним об'єктом у складах злочину, спрямованих на захист життя та здоров'я вагітної жінки.

Зазначена ситуація свідчить про необхідність удосконалення законодавства у цій сфері. Випадки штучного переривання вагітності строком понад 22 тижні (за винятком вчинених в інтересах вагітної у стані крайньої необхідності за медичними показаннями), необхідно визнати злочинними. На наш погляд, настав час для того, щоби початок

пологів як універсальний критерій для «активації» повноцінної кримінально-правової охорони дитини замінити критерієм життєздатності, основною складовою якого є строк вагітності понад 22 тижні. Посягання на життя плоду, що набув ознак життєздатності, повинно вважатися злочином проти життя незалежно від того, розпочався чи не розпочався пологовий процес, вивільнено чи не вивільнено його (плід) з утроби матері. Додатковим підтвердженням необхідності такого кроку є відомі в медицині випадки, коли після смерті матері штучним шляхом підтримувався її кровообіг та проводилося штучне вилучення дитини, яка залишалася живою¹. Такі дії лікарів повинні бути не лише їх особистою ініціативою, а обов'язковими відповідно до вимог закону.

Орлеан А. Начало уголовно-правовой охраны жизни человека

В статті аналізуються проблеми уголовно-правовой охраны жизни новорожденного, а также жизни плода, находящегося в утробе матери. Вскрываются и характеризуются основные критерии, позволяющие констатировать факт возникновения оснований для уголовно-правовой охраны жизни человека. Предлагаются направления совершенствования законодательства в данной сфере.

Ключевые слова: начало уголовно-правовой охраны жизни человека, начало жизни человека, жизнеспособность плода человека, живорожденность, убийство, прерывание беременности, посягательство на жизнь плода.

Orlean A. Beginning of criminal law protection of human life

The article deals with analysis of the problems of criminal law protection of the life of the newborn child, as well as the life of the fetus in the womb. The primary criteria to establish the fact of the grounds for criminal law protection of human life are revealed and characterized. The ways of improvement of legislation in this field are proposed.

Keywords: beginning of criminal law protection of human life, the beginning of human life, the vitality of the human fetus, live births, murder, abortion, attempt on life of the fetus.

¹ Романовский Г. Б. Человеческий эмбрион: субъект или предмет правоотношений // Г. Б. Романовский // Юрист. – 2001. – № 11. – С. 49.

УДК 343.979 (477)

Б. Головкін, доктор юридичних наук, завідувач сектору вивчення проблем злочинності та її причин НДІ ВПЗ імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Превентивний вплив системи антикримінального законодавства України на злочинність

Антикримінальне законодавство вважається одним із засобів протидії злочинності та запобігання злочинам. Його система включає адміністративно-правову, кримінально-правову, кримінально-процесуальну, кримінально-виконавчу і кримінологічну нормативні підсистеми. Перші чотири складові представлені відповідними кодексами. Кримінологічна підсистема антикримінального законодавства охоплює низку законів нерепресивної дії та інших нормативних актів, що регулюють правові та організаційні основи запобігання і протидії окремим різновидам злочинності¹, а також антисоціальним явищам,

¹ Див.: Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30.06.1993 р. № 3341-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 358; Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-ХІІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303; Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму : Закон України від 28.11.2002 р. № 249-ІV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 1. – Ст. 2; Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними : Закон України від 15.02.1995 р. № 62/95-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 10. – Ст. 62; Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-ІV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 25. – Ст. 180; Про засади запобігання та протидії корупції : Закон України від 11.06.2009 р. № 1506-VI // Голос України. – 2009. – 18 лип. (№ 132). – С. 12–14; Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі : Закон України від 01.12.1994 р. № 264/94-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 52. – Ст. 455; Про соціальну адаптацію осіб, які відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк : Закон України від 10.07.2003 р. № 1104-ІV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 6. – Ст. 39; Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі : Закон України від 01.12.1994 р. № 264/94-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 52. – Ст. 455; Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22.06.2000 р. № 1835-ІІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 40. – Ст. 338; Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей : Закон України від 24.01.1995 р. № 20/95-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 6. – Ст. 35.

тісно з нею пов'язаним¹. Цілісність системи антикримінального законодавства полягає у нормативному забезпеченні єдиної політики держави у сфері протидії злочинності та її проявам, яка отримала назву антикримінальна політика. В останній на доктринальному рівні закріплюються принципові підходи та пріоритети діяльності держави щодо розв'язання на тривалий час такої суспільно значущої проблеми, як захист інтересів людини, держави і суспільства від злочинності та її проявів. Антикримінальна політика являє собою політичну волю держави, втілену в антикримінальному законодавстві. У методологічному плані, з одного боку, йдеться про ставлення держави до охорони найбільш важливих суспільних відносин, виражене у нормативному закріпленні правообмежень, встановленні заборон та покарань за їх порушення, а з другого боку — це ставлення до осіб, які вчинили такі правопорушення, виражене у нормативній регламентації процедури їхнього кримінального переслідування та виконання покарання. Зазначений напрям державної політики втілюється імперативним методом правового регулювання і застосуванням (чи погрозою застосування) репресивного впливу до правопорушників. Водночас єдина антикримінальна політика держави органічно поєднується із методом диспозитивного правового регулювання та здійсненням нерепресивного впливу на різні сфери життя і діяльності людей з метою стимулювання їхньої правомірної поведінки. Останній напрям державної політики отримав назву кримінологічної політики².

¹ Див.: Про попередження насильства в сім'ї: Закон України від 15.11.2001 р. № 2789-III; Про захист суспільної моралі: Закон України від 20.11.2003 р. № 1296-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 14. – Ст. 192; Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 26. – Ст. 354; Концепція реалізації державної політики у сфері профілактики правопорушень на період до 2015 року: схвалена розпорядженням КМУ від 30.11.2011 р. № 1209-р.; Концепція реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2011–2015 роки: схвалена розпорядженням КМУ від 13.09.2010 р. № 1808-р.

² Див.: Голіна В. Теоретичні та прикладні проблеми втілення кримінологічної політики в Україні / В. Голіна // Право України. – 2009. – С. 24–30; Василевич В. В. Доктринальні засади кримінологічної політики / В. В. Василевич // Актуальні проблеми кримінологічної політики в Україні (з нагоди 35-річчя створення кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національної академії внутрішніх справ: матеріали міжвуз. наук.-теорет. конф. (Київ, 25 квіт. 2012 р.)). – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2012. – С. 40–43.

Системність антикримінального законодавства України також виявляється у його ієрархічній організації, узгодженості норм матеріального права (адміністративне, кримінальне право) із нормами процесуального права (кримінальний процес, кримінально-виконавче право). Окрім цього, як зауважив Ю. В. Баулін, система антикримінального законодавства є структурним елементом системи більш високого порядку — кримінальної юстиції¹. Лише у функціональній взаємодії окремих елементів вказаної системи утворюється нова системна якість, що не притаманна жодному її елементові, а саме: забезпечення всеохоплюючого (цілісного) впливу на злочинність як явище соціальної дійсності з метою скорочення її розмірів до соціально безпечної межі².

Із викладених положень випливає низка концептуальних питань, що підлягають науковому осмисленню та вирішенню. Це *можливості, об'єкт і межі* превентивного впливу кримінального законодавства на злочинність загалом та її стан зокрема. Передусім зазначимо, що дію кримінального закону слід розглядати у статичі та динаміці. Як пише В. І. Борисов, у статичі після прийняття кримінальний закон починає діяти безвідносно до того, чи є підстави для його застосування, чи такі підстави поки що відсутні. В останньому випадку закон впливає на суспільну свідомість та свідомість окремих громадян. У динаміці кримінальний закон діє при застосуванні його положень до конкретної особи, яка вчинила злочин³.

Питання щодо можливостей запобіжного впливу кримінального закону на злочинність поки що не знаходить однозначного вирішення серед науковців. Не одне покоління видатних криміналістів (Ч. Беккарія, М. С. Таганцев, А. А. Піонтковський, О. А. Герцензон, М. Д. Шаргородський, І. В. Шмаров, Е. О. Саркісова, В. Д. Філімонов, І. Анденес, Й. С. Ной, М. І. Бажанов, В. І. Борисов, Ю. В. Баулін, Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, М. І. Панов, В. Я. Тацій, В. В. Сташис та ін.) відстоювали і продовжують відстоювати ідею про те, що кримінальне

¹ Баулін Ю. В. Кримінально-правова система України: загальна характеристика / Ю. В. Баулін // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 64.

² Там само. – С. 64.

³ Борисов В. І. Співвідношення кримінально-правової характеристики злочину та його складу / В. І. Борисов // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення : тези доп. та повідомл. учасників міжнар. симпозіуму, 21–22 верес. 2012 р. – Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2012. – С. 30–35.

законодавство виконує функцію загальної і спеціальної превенції, утримуючи людей під загрозою покарання від вчинення злочинів вперше та повторно. Цю позицію підтримують і кримінологи. Зокрема, В. В. Голіна переконаний, що закон про кримінальну відповідальність уже самим фактом свого існування та застосування, безсумнівно, впливає на думки й поведінку людей, утримуючи їх від вчинення протиправних дій¹. Звідси можна зробити і більш загальний висновок про запобіжний вплив системи кримінального законодавства на стан злочинності в цілому. Останній полягає у передбаченні правових підстав для ретроспективного реагування органів держави на вчинені правопорушення і злочини як об'єктивно існуюче явище, а також у проспективному впливі на колективний розум і злочинну волю невизначеного кола осіб з метою утримання їх від вчинення злочинів у майбутньому. Цілісний механізм кримінально-правового примусу держави поєднує можливу і дійсну діяльність, таким чином впливаючи на кримінальну активність (реальну і потенційну) певної частини суспільства і через неї на злочинність як явище суспільного життя.

У контексті вказаного слід розрізнити чотири сфери правового регулювання, відповідно до мети та завдань тієї чи іншої галузі законодавства, що нас цікавить: 1) охорона найважливіших суспільних відносин від правопорушень і злочинних посягань адміністративно-правовими та кримінально-правовими засобами впливу, а також запобігання правопорушенням та злочинам; 2) правова регламентація розслідування і судового розгляду кримінальних правопорушень; 3) правова регламентація порядку й умов виконання та відбування кримінальних покарань; 4) правова регламентація суспільних відносин у сфері запобігання і протидії злочинності та її проявам.

Представники іншого підходу (М. М. Гернет, Я. І. Гілінський, І. І. Карпець, М. В. Бавсун, В. М. Дрьомін, В. О. Туляков, Д. А. Шестаков, В. І. Шақун та ін.) виступали і виступають не стільки проти ідеї загальної і спеціальної превенції як такої, скільки критично оцінювали обмежені можливості запобіжного впливу кримінального законодавства на злочинність. Наведемо лише деякі авторські висловлювання з цього приводу. Так, наприклад, М. М. Гернет писав: «Віра у всемогутню

¹ Див.: Голіна В. В. Запобіжний вплив законодавства про кримінальну відповідальність на злочинність / В. В. Голіна // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. – Х. : Право, 2011. – С. 194, 197.

силу покарання як засобу боротьби зі злочинністю — ересь»¹. І. І. Карпец був переконаний у тому, що ілюзію про всесилля кримінального закону, пошук у ньому панацеї від усіляких бід необхідно рішуче відкинути². В. І. Шакун доходить висновку, що численні нормативно-правові акти, спрямовані на запобігання злочинності, у жодному разі не вплинули на загальний стан злочинності та її конкретні види³. Д. А. Шестаков заявляє про існування криміногенного закону, положення якого всупереч антикримінальній сутності кримінального законодавства, навпаки, сприяють вчиненню злочинів⁴.

Заперечувати вплив антикримінального законодавства на стан злочинності в державі немає вагомих підстав. М. І. Панов завданням кримінального законодавства називає оптимальне і своєчасне відображення в ньому об'єктивних закономірностей кримінальних правопорушень як явища реальної дійсності⁵. Як приклад неадекватності реагування законодавця на ускладнення криміногенної ситуації в державі можна навести славнозвісне внесення змін до ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення (02.06.2005 р.), згідно з якими викрадення майна на суму, що не перевищує трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, вважається адміністративним правопорушенням, а не злочином. Щорічне зростання суми викраденого майна автоматично тягло за собою збільшення кількості постанов про відмову у порушенні кримінальних справ: 2005 р. — 350,8 тис.; 2006 р. — 454,7; 2007 р. — 496,8; 2008 р. — 469,9 тис. рішень. У цей же час статистика фіксує зниження кількості зареєстрованих злочинів: 2005 р. — 485,7 тис. злочинів; 2006 р. — 420,9; 2007 р. — 401,3; 2008 р. — 384,4⁶. І навпаки: внесення у 2009 р. змін до ст. 51 КУпАП, згідно

¹ Гернет М. Н. Избранное / М. Н. Гернет. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2005. – С. 39.

² Карпец И. И. Преступность: иллюзии и реальность / И. И. Карпец. – М. : Рос. Право, 1992. – С. 130–131.

³ Шакун В. І. Межі впливу на злочинність / В. І. Шакун // Право України. – 2009. – № 7. – С. 21.

⁴ Шестаков Д. А. Введение в криминологию закона / Д. А. Шестаков. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2011. – С. 46–48.

⁵ Панов М. І. Методологія науки як необхідна складова фундаментальних досліджень кримінального права / М. І. Панов // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 27.

⁶ Головкин Б. М. Запобіжний ефект правозастосовчої діяльності органів кримінального переслідування / Б. М. Головкин // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 трав. 2009 р. / за ред. В. І. Борисова та ін. – Х. : Право, 2009. – С. 128–132.

з якими викрадення майна на суму, що перевищує 0,2 неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (60 грн — у 2009 р.), вважається злочином, призвело до різкого зростання числа зареєстрованих крадіжок і відповідно всієї злочинності (434,7 тис. злочинів)¹.

Аналогічна ситуація може повторитися найближчим часом у зв'язку із запровадженням нового законодавчого інституту кримінального проступку. В. І. Борисов застерігає, якщо законодавець піде шляхом переміщення частини адміністративних правопорушень до розряду кримінальних проступків, то це призведе до суттєвого зростання рівня всієї зареєстрованої злочинності².

Беззаперечно визнаючи сам факт статичного і динамічного впливу законодавства про кримінальну відповідальність на стан злочинності в державі, ми водночас не схильні переоцінювати можливості такого впливу. Як стверджує В. О. Туляков, кримінальне законодавство у сфері боротьби зі злочинністю одночасно виконує декілька важливих функцій: охоронну, регулятивну, превентивну, виховну, ідеологічну, відновлювальну та ін.³ Однак більшість криміналістів і криминологів традиційно розглядають лише загрозу кримінального покарання, закріплену в санкціях статей Особливої частини КК як головний засіб превентивного впливу на злочинність, хоча і вважається доведеним, що страх перед кримінальним покаранням утримує не більше 15–19 % осіб від вчинення злочинів⁴.

Наразі слід поставити запитання, від чого насправді залежать можливості впливу антикримінального законодавства на стан злочинності?

¹ Кулик О. Г. Злочинність в Україні: тенденції, закономірності, методи пізнання : монографія / О. Г. Кулик. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 39.

² Борисов В. І. Проблеми запровадження у законодавство України інституту кримінального проступку / В. І. Борисов // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 180.

³ Туляков В. А. Актуальные проблемы современной уголовно-правовой политики / В. А. Туляков // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали наук.-практ. конф., 11–12 жовт. 2012 р. – Х. : Право, 2012. – С. 65–71.

⁴ Див.: Исаев М. М. Общая часть уголовного права РСФСР / М. М. Исаев. – Л. : Госиздат, 1925. – С. 151; Ной И. С. Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве: политико-правовое исследование / И. С. Ной. – Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1973. – С. 153; Голіна В. В. Запобіжний вплив законодавства про кримінальну відповідальність на злочинність / В. В. Голіна, Б. М. Головкін // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. – Х. : Право, 2011. – С. 191–218.

Відповідь на нього включає декілька аспектів: 1) від діючих соціальних норм, які відображають закономірності суспільного життя, типові соціальні зв'язки і відносини; 2) від якості всієї системи антикримінального законодавства; 3) від сприйняття та оцінки доктринальних положень, норм і приписів вказаного законодавства суспільною свідомістю людей і професійною правосвідомістю суб'єктів правозастосовчої діяльності; 4) від ефективності застосування цього законодавства правоохоронними та судовими органами і пов'язаного з цим рівня довіри громадян до органів державної влади як суб'єкта захисту прав і свобод від протиправних посягань.

Відкидаючи ілюзії про нібито апіорну добропорядність середньостатистичного громадянина, слід визнати, що людській природі взагалі то не дуже притаманна схильність підкорятися обов'язковим правилам поведінки й утримуватися від порушення заборон під страхом покарання. Однак реалізація законних прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина прямо пов'язана із необхідністю вступати у соціальні зв'язки й відносини з іншими людьми, органами держави, громадянськими інституціями, що регламентовані правовими нормами і захищені адміністративним і кримінальним законодавством від порушень. Такий порядок взаємовідносин є загальнообов'язковим, а тому схвалюється більшістю людей і сприймається як цінність, інтеріоризована у внутрішнє переконання. На підтвердження можна навести результати соціологічних опитувань, згідно з якими близько 70 % людей заявляють про дотримання у повсякденному житті правових норм і лише 7–10 % визнають факт порушення останніх. Решта — уникають відповіді. Авторське дослідження питання запобіжного впливу законодавства про кримінальну відповідальність на злочинність показало, що 65 % респондентів зіштовхувалися із життєвими ситуаціями, за яких могли б вчинити злочин, проте не вчинили. Серед причин утримання від кримінальних дій 60 % назвали внутрішнє переконання у їх недопустимості, 23 % пояснили своє рішення побоюванням зазнати негативного ставлення з боку оточуючих (небажання втратити добре ім'я, зазнати громадського осуду, відчути себе неповновартим)¹. Можна по-різному ставитися до щирості таких від-

¹ Див.: Голіна В. В. Запобіжний вплив законодавства про кримінальну відповідальність на злочинність / В. В. Голіна, Б. М. Головкін // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. – Х. : Право, 2011. – С. 213–214.

повідей. Однак несприйняття суспільною свідомістю соціальної ролі злочинців, дискримінаційне ставлення до них і відчуження суспільства від таких людей було і залишається надійним стримуючим антикримінальним чинником для більшої частини населення.

Можливості впливу антикримінального законодавства на злочинність залежать також від якості усієї системи вказаного законодавства. За загальним правилом якість законодавства визначається його відповідністю рівню розвитку суспільних відносин, здатністю задовольняти соціальні потреби, збалансовувати приватні і публічні інтереси, адекватно реагувати на виклики і загрози сучасності, вирішувати проблеми та знімати суперечності на даному конкретно-історичному етапі розвитку, зрештою забезпечувати захищеність прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина від правопорушень і злочинних посягань. На превеликий жаль, науковці і практики відзначають неналежну якість антикримінального законодавства, пов'язану із порушенням принципів соціальної обумовленості нормотворення, формальної визначеності та структурованості закону, системності й узгодженості з іншими галузями матеріального і процесуального права, а також із відсутністю доктрини, нестабільністю норм, невідповідністю положенням Конституції України та міжнародно-правовим актам¹. Низька якість антикримінального законодавства послаблює дію його охоронної, регулятивної, виховної, превентивної та відновлювальної функцій.

Зрештою можливість впливу антикримінального законодавства на злочинність залежить від результативності застосування його положень, норм і приписів правоохоронними та судовими органами. Як відзначає М. В. Бавсун, кримінально-правовим впливом на злочинність треба визнавати не тільки регулятивну діяльність держави у сфері боротьби зі злочинністю, але й фактичну діяльність правозастосовчих органів, що реалізують передбачені законодавством засоби протидії злочинності². Виражена у законодавстві про кримінальну відповідальність воля держави забезпечується примусовим впливом державного апарату. А тому від ефективності правозастосовчої діяльності органів кримінального переслідування, суду, державної пенітенціарної служби та інших органів кримінальної юстиції залежить не тільки неминучість

¹ Див.: Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. – Х. : Право, 2011. – С. 48–71; 107–122.

² Бавсун М. В. Методологические основы уголовно-правового воздействия : монография / М. В. Бавсун. – М. : Юритинформ, 2012. – С. 26.

реалізації державного примусу до правопорушників, а й ступінь інтенсивності кримінально-правового, кримінально-процесуального чи кримінально-виконавчого впливу.

Можливості впливу антикримінального законодавства залежать від *об'єкта* такого впливу. У значенні такого традиційно вирізняють злочинність та її стан, особу злочинця, правовий статус особи, яка вчинила злочин, протиправну поведінку, суспільну свідомість, невизначене коло осіб із нестійкими переконаннями та ін.

На методологічному рівні об'єктом впливу цілісної системи антикримінального законодавства є: правопорядок і злочинність, нормативна і протиправна діяльність членів суспільства, що перебувають у діалектичній єдності боротьби протилежностей явищ суспільного буття. Перший об'єкт антикримінальне законодавство охороняє і забезпечує, другий — обмежує та руйнує.

Об'єктами запобіжного впливу системи антикримінального законодавства в широкому розумінні є специфічні суспільні відносини, що закономірно породжують злочинність та забезпечують її функціонування як явища суспільного життя. Це частина соціальної дійсності, під впливом якої формуються детермінанти злочинності, криміногенне середовище та особа злочинця. Об'єкти запобіжного впливу ієрархічно організовані і взаємопов'язані, при цьому неоднакові за змістом та детерміністичним значенням. З огляду на це, пропонуємо умовну класифікацію зазначених об'єктів запобіжного впливу. *Родовим об'єктом* є закономірності виникнення і функціонування злочинності та механізм криміналізації суспільних відносин, що продукує криміналізацію суспільної свідомості і як наслідок прийнятне ставлення певної частини суспільства до кримінального способу задоволення потреб та інтересів. *Видовим об'єктом* запобіжного впливу слід визнати такі елементи: 1) негативні явища і процеси, тісно пов'язані зі злочинністю (тіньова економіка, корупція, пияцтво, наркотизм, насильство в сім'ї, расова, національна чи релігійна нетерпимість, кримінальна субкультура тощо); 2) умови формування особистості злочинця (дефекти соціалізації у сім'ї, навчальному закладі, трудовому колективі, найближчому побутовому оточенні, колі спілкування); 3) криміногенне середовище (соціальні групи включені у кримінальну практику та соціальні групи ризику протиправної поведінки). *Безпосереднім об'єктом* запобіжного впливу є криміногенна спрямованість особистості, виражена у кримінальній мотивації, мотиві та намірі вчинити

злочин¹. Крім цього, таким об'єктом є криміногенна віктимність та віктимна поведінка потенційних потерпілих і сприятливі ситуативні чинники реалізації наміру та досягнення злочинного результату.

Тісно пов'язаною із можливостями впливу системи антикримінального законодавства є *межа* такого впливу на об'єкт. В. І. Шакун слушно зауважив, що злочинність завжди існуватиме в режимі, близькому до оптимального. За його підрахунками, упродовж останніх 50 років в Україні, незважаючи на різні підходи до складання статистичної звітності, загальна кількість зареєстрованих злочинів щодо чисельності населення коливалася у межах від 0,5 до 1,3 %².

Попри всю очевидність фіксованої міри впливу системи законодавства на злочинність це питання залишається малодослідженим. Серед науковців і практиків побутує думка, що репресивною діяльністю органів кримінальної юстиції можна знизити рівень злочинності десь на 10–15 %. І це гранично допустима межа ефективності діяльності правоохоронної і судової системи. Межі абстрактного впливу системи кримінального законодавства на злочинність взагалі залишаються невідомими. Можна лише припускати, що вони ще менші.

Головкін Б. Превентивное воздействие системы антиуголовного законодательства Украины на преступность

Стаття посвящена изучению возможностей, объекта и пределов воздействия системы антиуголовного законодательства на преступность и ее состояние в Украине.

Ключевые слова: система законодательства, качество нормативной базы, эффективность практики противодействия преступности.

Golovkin B. Preventive effect of antiugolovnoho Ukrainian legislation on crime

The article is devoted the study of possibilities, object and limits of influence of the system of anticriminal legislation on criminality and its consisting of Ukraine.

Keywords: system of legislation, quality of normative base, efficiency of practice of counteraction criminality.

¹ Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки / А. П. Закалюк. – К. : Ін Юре, 2007. – С. 274–275.

² Шакун В. І. Межі впливу на злочинність / В. І. Шакун // Право України. – 2009. – № 7. – С. 20.

УДК 343.98

В. Шевчук, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри криміналістики Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Структура тактичних операцій: проблеми та пропозиції

Тактична операція як системне утворення має свою структуру, яка відбиває внутрішню її будову і характер взаємозв'язків між компонентами. Як зазначалося у спеціальній літературі, структура — це душа змісту¹, це властивість системного об'єкта, спосіб його існування². «Без знання структури, — наголошує А. В. Дулов, — не може бути розроблена модель тактичної операції, а саме ретельна побудова моделі визначає успіх у розв'язанні тактичного завдання, яке виникло у процесі розслідування»³. Тому формування структури тактичної операції, визначення її компонентного складу, з'ясування специфіки зв'язків між ними є необхідною умовою розроблення цілісної концепції тактичних операцій, успішного запровадження цих ідей у судово-слідчу практику.

У криміналістичній літературі у зв'язку з неодноковим розумінням сутності тактичної операції наводяться різні описи її структури. Так, на думку А. В. Дулова, найзагальнішими елементами структури будь-якого виду діяльності є мета, умови, засоби, суб'єкт та об'єкт впливу. Саме цей підхід становить основу дослідження структури тактичної операції. При цьому метою тактичної операції завжди є вирішення тактичного завдання, яке виникло на підставі наявних у справі доказів і спрямоване на з'ясування обставин, які треба встановлювати при провадженні кримінальної справи⁴.

В. І. Шиканов вважає, що для розробки несуперечливого понятійного апарату тактичної операції необхідно зупинитись на таких її

¹ Див.: Спиркин А. Г. Курс марксистской философии / А. Г. Спиркин. – М. : Мысль, 1966. – С. 165–166; Тюхтин В. С. Отражение, системы, кибернетика / В. С. Тюхтин. – М. : Наука, 1972. – С. 187–188.

² Див.: Спицнадель В. Н. Основы системного анализа : учеб. пособие / В. Н. Спицнадель. – СПб. : Изд. дом «Бизнес-пресса», 2000. – С. 144–146.

³ Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений / А. В. Дулов. – Минск : Изд-во БГУ, 1979. – С. 91.

⁴ Див.: Дулов А. В. Тактические операции при расследовании преступлений / А. В. Дулов. – Минск : Изд-во БГУ, 1979. – С. 87–92.

структурних елементах, як слідча ситуація, тактичне завдання, мета, результат, криміналістичні дії, криміналістичні рекомендації, тактичні та технічні прийоми¹.

Щодо зазначеного підходу, то вважаємо за доцільне приєднатися до його оцінки, яку було зроблено М. О. Марочкіним. «Незважаючи на визначені переваги запропонованої структури, — пише він, — вона все ж таки є дещо неточною і страждає неповнотою. Перш за все звертає на себе увагу включення в неї таких елементів, як “криміналістичні дії”, “тактичні та технічні прийоми”. Гадаємо, що ці елементи не можна включати в одну структуру, оскільки вони являють собою різнорівневі поняття. Якщо криміналістичні дії є засобом вирішення конкретного тактичного завдання, то прийоми (як тактичні, так і технічні) виконують допоміжну роль, тобто вони направлені на вирішення лише частини завдання однієї слідчої дії і не більше того. Значить, лише криміналістичні дії входять до структури тактичної операції. Що ж стосується прийомів, то вони виконують функції складових елементів у структурі іншого утворення — тактичної комбінації. Зайве також уведення в структуру тактичної операції як її елементу і “криміналістичних рекомендацій”, бо даний елемент у цій структурі не несе ніякого функціонального навантаження. За своєю сутністю криміналістичні рекомендації мають суто методичний характер і спрямовані на організацію тактичної операції, а не на вирішення конкретного завдання розслідування»².

Слід зазначити, що більшість науковців є прибічниками доволі складної композиційної будови структури тактичної операції. Так, І. М. Комаров виділяє чотири компоненти у структурі тактичної операції: 1) суб'єкт доказування як умова планування, організації та проведення методу з урахуванням суб'єктно-об'єктної природи останнього; 2) складна особлива система цілей (завдання), до змісту якої, як окремий випадок, можуть входити техніко-криміналістичні окремі та так-

¹ Див.: Шиканов В. И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях научно-технического прогресса / В. И. Шиканов. – Иркутск : Вост.-Сиб. кн. изд-во, 1978. – С. 119–124; Він же. Теоретические основы тактических операций в расследовании преступлений / В. И. Шиканов. – Иркутск : Изд-во Иркутск. ун-та, 1983. – С. 17–21.

² Див.: Марочкин Н. А. Понятие тактической операции и ее структура / Н. А. Марочкин // Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы. Проблемы следственной тактики : межвуз. науч. сб. – Вып. 7. – Саратов : Саратов. юрид. ин-т, 1989. – С. 50.

тико-криміналістичні прості особливі системи цілей (завдання); 3) засоби — процесуальні та непроцесуальні (організаційні та технічні) дії та заходи, методи пізнання, спеціальні криміналістичні методи (техніко-криміналістичні та структурно-криміналістичні), криміналістичні рекомендації, техніко-криміналістичні та тактико-криміналістичні прийоми, технічні та інші прийоми і методи; реставрація; реконструкція; тактико-криміналістичні комбінації; техніко-криміналістичні операції та ін.; 4) зв'язки між наведеними компонентами¹.

У криміналістичній літературі трапляються приклади і більш спрощеного підходу до будови структури тактичної операції. Зокрема, Л. Я. Драпкін до структури тактичної операції включає слідчі дії та заходи, порядок і характер провадження яких обумовлені криміналістичною характеристикою розслідуваного злочину, слідчою ситуацією, що склалася, та етапом розслідування². П. Д. Біленчук пропонує до структури тактичної операції включати слідчі дії, оперативно-розшукові заходи, перевірочні дії відповідно до ст. 97 КПК України, організаційно-технічні засоби, документальну ревізію, заходи щодо використання засобів масової інформації та допомоги громадськості, заходи виховного впливу слідчого на осіб, залучених у коло кримінального судочинства, передбачені нормативними актами МВС України, заходи охорони громадського порядку, що здійснюються в рамках тактичної операції³.

Поряд з елементною будовою структури тактичної операції криміналістами висловлені пропозиції й щодо створення структури цієї категорії базуючись на функціональних підходах. Зокрема, на переконання Ю. П. Гармаєва та О. Ф. Лубіна, парадигмальне (загальноприйняте, усталене) уявлення про структуру тактичної операції відображає морфологічний (елементний) аспект моделі, тоді як функціональний підхід надає можливість перейти від будови об'єкта до поняття його організації. Якщо елементна схема передбачає лише розуміння змісту і то далеко не завжди, то функціональна схема до-

¹ Див.: Комаров И. М. Криминалистические операции в досудебном производстве : монография / И. М. Комаров. – Барнаул : Изд-во Алт. ун-та, 2002. – С. 167–168.

² Див.: Драпкин Л. Я. Тактические операции в расследовании преступлений и особенности их проведения по делам о хищениях / Л. Я. Драпкин // Профилактика и расследование посягательств на социалистическую собственность : сб. науч. тр. – Горький : ВШ МВД СССР, 1976. – Вып. 5. – С. 74.

³ Див.: Біленчук П. Д. Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / П. Д. Біленчук, А. П. Гель, Г. С. Семаков. – К. : МАУП, 2007. – С. 28–38.

зволяє аналізувати цей зміст. Беручи за основу функціональний (технологічний) підхід, В. О. Образцов виділяє три стадії розвитку тактичної операції – підготовчу (організаційну), реалізаційну (робочу частину) і заключну¹. З приводу структури тактичної операції в криміналістичній літературі висловлені й інші судження².

Аналіз вищенаведених наукових підходів дозволяє помітити, що структура системи визначається в основному як зв'язки (відносини) між елементами, що дає змогу в певному сенсі розглядати поняття «структура системи» й «сукупність суттєвих системних зв'язків» як синоніми. У загальнонауковій літературі, як і в криміналістичній, із поняттям «структура системи» не випадково ототожнюється сукупність системоутворюючих зв'язків. Лише зв'язки забезпечують виникнення і зберігання структури й цілісних властивостей системи, характеризують як її будову, так і функціонування. На виявлення й вивчення цих зв'язків, значення яких у науці та практиці неможливо переоцінити, і спрямовано системно-структурний аналіз. Через пізнання внутрішніх зв'язків і відносин розкривається саме сутність пояснюваного об'єкта³.

Структурі, як бачимо, притаманні не тільки наявність деякої сукупності елементів, а й зв'язок між ними, що забезпечує їх єдність. Компоненти структури існують не ізольовано, не у відриві один від одного, а певним чином упорядковані, і тільки завдяки цій упорядкованості вони й утворюють цілісну систему. Цей принцип організації

¹ Див.: Образцов В. А. Криминалистическое учение о тактической операции / В. А. Образцов // Криминалистика / под ред. проф. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 1995. – С. 82; Він же. Криминалистика: модели средств и технологий раскрытия преступлений: курс лекцій / В. А. Образцов. – М.: Изд-во ИМПЭ-ПАБЛИЦ, 2004. – С. 213.

² Див.: Власенко Н. В. Проверка показаний на месте / Н. В. Власенко, В. В. Степанов. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 114; Ищенко Е. П. К вопросу о понятии и структуре тактической операции / Е. П. Ищенко // Тактические операции и эффективность расследования: сб. науч. тр. – Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1986. – С. 40–48; Логинов Е. А. Теоретические основы тактических операций и производство на первоначальном этапе расследования умышленных убийств: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Е. А. Логинов. – Волгоград, 1996. – С. 25–27; Святненко А. И. Тактическая операция как средство разрешения следственных ситуаций с высокой степенью информационной неопределенности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / А. И. Святненко. – Ставрополь, 2008. – С. 9; Чебуренков А. А. Общетеоретические положения и практические аспекты криминалистической тактики / А. А. Чебуренков. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 142 та ін.

³ Див.: Табаков А. В. Методологические основы системных исследований в современной криминалистической науке / А. В. Табаков // Учен. зап. Санкт-Петерб. им. В. Б. Бобкова филиала Рос. таможенной акад.: научн.-практ. журн. – 2006. – № 1 (25). – С. 140–141.

структури має загальне значення і тому поширюється на структуру різних понять, у тому числі й при дослідженні тактичних операцій.

З огляду на викладені міркування, а також спираючись на методологічні положення системно-структурного підходу, вважаємо, що структура тактичної операції може бути досліджуваною й поданою в динаміці і статиці, а в ній виокремлено два взаємозв'язаних блоки: 1) атрибутивний та 2) функціональний. Перший розкриває морфологічну, композиційну будову тактичної операції, наявність відповідних компонентів у їх статичному розташуванні. Функціональний блок характеризує специфіку зв'язків між компонентами в ході реалізації тактичної операції, тобто розкриває її динамічну складову. Такий підхід повною мірою кореспондується з філософською уявою щодо структури як форми відображення не тільки компонентів (склад, будова, розташування, порядок), а й характеру взаємодії їх сторін і властивостей. При цьому розглядаються функціональна, алгоритмічна, технічна, організаційна структура¹.

Як видається, до атрибутивного блоку доцільно включити такі компоненти: суб'єкти (учасники) — засоби — ресурси. Саме ця тріада є найбільш усталеною до будь-яких різновидів тактичних операцій і розкриває їх внутрішню будову. *Суб'єкти (учасники)* — це особи, які беруть безпосередню участь у підготовці, забезпеченні й здійсненні тактичної операції. До них передусім належить слідчий як головна дійова особа, обов'язковий учасник і керівник здійснення цього організаційно-тактичного засобу. Крім нього до складу учасників операції можуть входити оперативні співробітники, співробітники спеціальних підрозділів, дільничні інспектори, спеціалісти-криміналісти, судові медики та фахівці інших галузей знань, що залучаються до кримінального провадження (для проведення інвентаризацій, контрольних обмірів, контрольних закупок, знешкодження вибухотехнічних об'єктів), а також допоміжно-технічний персонал, представники громадськості та ін.

Слід зазначити, що у зв'язку з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України і віднесенням до компетенції прокурора провадження окремих слідчих дій не виключається в таких випадках його участь у здійсненні тактичної операції, навіть як її керівника.

¹ Див.: Ладанюк А. П. Основи системного аналізу : навч. посіб. / А. П. Ладанюк. – Вінниця : Нова книга, 2004. – С. 16–17.

Засобами тактичної операції є: а) слідчі дії; б) інші процесуальні дії у структурі останньої являють собою дії тих осіб, які проводять розслідування, регламентовані процесуальним законом, але не охоплені терміном «слідчі дії»; в) оперативно-розшукові заходи; г) перевірочні заходи (ревізійні, контрольні), спрямовані на збирання інформації, необхідної для порушення кримінальної справи і прийняття обґрунтованих процесуальних рішень; д) допоміжні (організаційно-підготовчі, технічні) дії, які прямо не служать меті тактичної операції, а лише опосередковано забезпечують організацію і проведення інших заходів тактичної операції.

Слідчі дії, які лежать в основі тактичних операцій, характеризуються: законодавчою кримінально-процесуальною регламентацією; їх проведенням тільки слідчим, особою, яка проводить дізнання, чи прокурором у рамках їх компетенції; можливістю проведення у процесі розслідування; спрямованістю на виконання завдань кримінального судочинства; обов'язковістю процесуального відображення у постановках, протоколах, дорученнях¹.

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України зовсім по-іншому надає визначення засобів розслідування, а отже, і засобів тактичної операції. По-перше, у ньому відсутня диференціація між слідчими і розшуковими діями, вони об'єднуються, входять до компетенції слідчого, прокурора, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, і обидва спрямовані на отримання доказів. По-друге, поряд із гласними (якими ці дії були завжди) з'являються негласні слідчі (розшукові) дії як різновид слідчих (розшукових), відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню (ст. 246 КПК України). При цьому більшість із цих негласних слідчих (розшукових) дій збігається із заходами, переліченими у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність», що буде призводити до конкуренції законодавчих актів і породжуватиме зайві правові колізії, зокрема щодо визнання правового статусу отриманої інформації. Так, згідно з положеннями Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» отримана в ході провадження оперативно-розшукових заходів інформація не має доказового значення, тоді як за новим КПК України результатом проведення негласних слідчих (розшукових) дій є отримання доказів. У тих випадках, коли ці негласні слідчі (розшукові) дії буде

¹ Див.: Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ / Г. А. Матусовский. – Харьков : Консум, 1999. – С. 149–150.

проводити слідчий безпосередньо, то до визнання статусу отриманої інформації питань не виникає. А якщо ці негласні слідчі (розшукові) дії за дорученням слідчого будуть здійснювати уповноважені оперативні підрозділи відповідних компетентних органів згідно з п. 6 ст. 246 КПК України, то як тоді оцінювати результати, наприклад, візуального спостереження — як докази чи оперативну інформацію? Видається, що з цими та іншими проблемами будуть стикатися слідчі органи при застосуванні Кримінального процесуального кодексу України, а тому нагальною є потреба в удосконаленні окремих його положень.

Крім того, новий Кримінальний процесуальний кодекс України виключив із компетенції слідчого, прокурора, суду здійснення превентивних, профілактичних заходів, а тому відпадає потреба у проведенні відповідних тактичних операцій, зокрема «Профілактика».

Ресурси тактичної операції — це передусім кадри, технічні, транспортні та інші засоби, які є у розпорядженні слідчого і якими він може скористатися у випадку необхідності, а також наявність часу, виходячи з невідкладності проведення тактичної операції.

Щодо інших компонентів, які пропонувалися до структури тактичної операції, зокрема об'єкта, то гадаємо можливим приєднатися до І. М. Комарова, який наголошує, що об'єкт — це те, на що безпосередньо спрямована тактична операція, і, відповідно, він знаходиться поза її межами, а тому не може входити до її структури¹. За цією ж ознакою дискусійною виглядає пропозиція щодо включення до структури тактичної операції умов, в яких вона здійснюється.

Функціональний блок розкриває специфіку реалізації тактичної операції, її розвиток і включає шість послідовних взаємозв'язаних етапів: а) аналіз та оцінку слідчої ситуації; б) постановку тактичного завдання й визначення мети тактичної операції; в) прийняття рішення про її проведення; г) створення моделі тактичної операції і програми її реалізації; д) здійснення тактичної операції; е) оцінку досягнутих результатів.

Реалізація тактичної операції розпочинається з аналізу і оцінки слідчої ситуації, тобто сукупності умов (обстановки), у яких у даний момент здійснюється розслідування². Це дозволяє визначити проблему,

¹ Див.: Комаров І. М. Криминалистические операции в досудебном производстве : монография / И. М. Комаров. – Барнаул : Изд-во Алт. ун-та, 2002. – С. 146.

² Див.: Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов / Р. С. Белкин. – 3-е изд., доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. – С. 630.

яку необхідно розв'язати. У свою чергу з'ясування характеру і змісту проблеми відкриває шлях до розуміння і формулювання тактичного завдання. А це завдання розглядається як мета операції, тобто передбачуваний, очікуваний, бажаний результат, на який спрямовано дії суб'єкта з проведення тактичної операції. У зв'язку з цим слушною слід визнати думку І. М. Комарова стосовно того, що в ході аналізу визначальним системоутворюючим чинником у тактичних операціях виступають їх інтегруючі цілі, навколо яких об'єднуються різні компоненти (слідчі дії, оперативно-розшукові й організаційно-технічні заходи та ін.), різні види відносин (тактичних операцій з кримінальним процесуальним законодавством) і порядок компонентів за цими відносинами, що в сукупності й утворює поняття «структура». Виходячи із цього структури тактичних операцій, як головні характеристики будь-яких систем, визначають їх інтегруючі цілі, що діють як закон композиції й визначають функціонування і розвиток системи. Тут слід відзначити особливу роль структур, де вони є не лише системоутворюючими, а й системозберігаючими чинниками¹. І це виправдано, оскільки тактична операція за своєю природою є програмно-цільовою системою, тобто вона апіорі цілеспрямована на досягнення певного результату.

Прийняття рішення про проведення тактичної операції, тобто остаточне і однозначне визначення стосовно доцільності застосування саме цього організаційно-тактичного засобу як найбільш оптимального у даних умовах. Як складний вольовий акт воно приймається слідчим на основі визначеної сукупності інформації, фактів, знань. Здійснюючи цей акт, слідчий повинен проаналізувати передусім доцільність (процесуальну, технічну, технологічну) і реальну можливість реалізації операції. Крім того, в обов'язковому порядку враховується наявність відповідної мети і тактичного завдання, які можуть бути досягнуті і вирішені лише шляхом здійснення вказаної операції.

Після прийняття рішення про проведення тактичної операції відбувається побудова моделі цієї операції і створення програми її реалізації. До програми має бути включено системний перелік методичних рекомендацій та конкретних дій із вибору засобів розв'язання сформу-

¹ Див.: Комаров І. М. Криміналістические операции – криміналістический метод познания в уголовном судопроизводстве / І. М. Комаров // Изв. Алт. ун-та. – Барнаул, 2002. – № 2 (24). – С. 44.

льованих тактичних завдань, визначення послідовності їх застосування, з урахуванням часу, місця і початку операції¹. Поряд з цим у загальну модель-програму тактичної операції можуть входити моделі дій кожного з її учасників або моделі здійснення тієї чи іншої слідчої дії, що входить до складу тактичної операції.

Крім того, програму необхідно розробляти з урахуванням можливостей її належного забезпечення. Йдеться передусім про організаційне забезпечення, де найвагомішими складниками є кадрове та технічне забезпечення. Це питання вирішується з урахуванням того, наскільки екстреною є тактична операція, задля досягнення якої мети вона проводиться, якими є її масштаби, характер і обсяг майбутньої роботи. Тому в ряді випадків виникає потреба у коригуванні наміченої програми, її уточненні та доповненні, здійсненні необхідних кадрових перестановок, перегляду функцій учасників.

Проведення тактичної операції відбувається шляхом здійснення конкретних упорядкованих проявів активної діяльності відповідних суб'єктів, спрямованих на досягнення поставленої мети і розв'язання тактичного завдання. Активність суб'єктів (учасників) тактичної операції реалізується передусім шляхом здійснення необхідних організаційних заходів і провадження окремих слідчих і оперативно-розшукових дій, що входять до структури цієї тактичної операції. При цьому можливе одночасне (паралельне), послідовне і змішане проведення слідчих дій і заходів у межах тактичної операції. Проведення дій і заходів передбачає їх підготовку, безпосереднє здійснення і фіксацію результатів відповідно до вимог чинного законодавства. Найбільш доцільну послідовність визначає слідчий, виходячи з мети, завдань, ситуації, наявних доказів і ресурсів. Ця послідовність знаходить своє відбиття у структурі моделі конкретної тактичної операції.

Оцінка результатів тактичної операції передбачає підбиття її підсумків, аналіз досягнутого, де враховуються як успіхи, так і недоліки. На цій основі приймається рішення про завершення операції або доведення її до логічного кінця, якщо щось пропущено, недопрацьовано або зроблено не так. Крім того, складаються необхідні для оформлення виконаної роботи документи (наприклад, подаються письмові рапорти учасників операції, складаються пояснення, оформлюються

¹ Див.: Савельєва М. В. Криміналістика : учебник / М. В. Савельєва, М. В. Смушкін. – М. : Дашков и К, 2008. – С. 312–315.

висновки спеціалістів) та обмірковуються питання про те, коли, яким чином слід реалізувати результати операції¹.

Беручи до уваги викладене, можна констатувати, що структурі тактичної операції притаманні такі властивості:

1) *відносна сталість (інваріантність)*, яка базується на типових уявленнях стосовно оптимальної до певних умов (ситуації, слідів, доказів, ресурсів) внутрішньої побудови засобу вирішення тактичного завдання. Ці типові уявлення щодо структури тактичної операції стають для слідчого своєрідним орієнтиром при компонуванні структури моделі конкретної операції. Головною ознакою сталості є органічна єдність (інтегративність) і незамінність компонентів у структурі тактичної операції. Як зазначав Р. С. Белкін, кожна слідча дія як елемент структури тактичної операції є *незамінною* (курсив наш. — В. Ш.), а їх послідовність зазвичай жорстко визначеною²;

2) *рухомість (варіантність, лабільність)*, тобто можливість внесення корективів у структуру тактичної операції, до якої вдається суб'єкт реалізації залежно від специфіки конкретної слідчої ситуації. Іншими словами, у структурі тактичної операції виявляється принцип лабілізації³, за яким ця структура може змінюватися під впливом різноманітних чинників досудового провадження, які І. М. Лузгін називав «керуючими механізмами»⁴;

3) *упорядкованість, ієрархічність*, тобто послідовне вертикальне розташування компонентів за ступенем важливості у вирішенні певного тактичного завдання. Ієрархічність передбачає пріоритет дій компонентів верхнього рівня і водночас їх відносну залежність від результатів фактичного виконання компонентів нижніх рівнів, що зайвий раз свідчить про наявність тісних зв'язків між компонентами структури тактичної операції. Так, безсумнівно, пріоритетність у структурі тактичної операції мають слідчі дії як головні засоби отримання доказової інформації, але без успішного здійснення інших заходів забезпечувального характеру, які в ієрархії займають нижні рівні, неможливо досягнути бажаного результату проведення тактичної операції в цілому;

¹ Див.: Образцов В. А. Криминалистика. – М. : Юрист, 1995. – С. 86.

² Див.: Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. Т. 3 : Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. – М. : Юрист, 1997. – С. 210.

³ Див.: Прангишвили И. В. Системный подход и общесистемные закономерности / И. В. Прангишвили. – М. : Синтез, 2000. – С. 130.

⁴ Див.: Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования / И. М. Лузгин. – М. : Юрид. лит., 1973. – С. 98.

4) *оптимальність* — розташування компонентів у такій послідовності, яка визначає ефективність і якість побудованої структури і забезпечує можливість досягнення бажаної мети. Оптимальність структури тактичної операції — це один із головних критеріїв професійності слідчого, показник його вмінь щодо успішної організації проведення цього організаційно-тактичного засобу і, навпаки, алогічність структури, відсутність у ній необхідних компонентів ставлять під сумнів рівень підготовки слідчого і унеможливають отримання позитивного результату проведення тактичної операції;

5) *адаптованість* — включення до структури тактичної операції таких компонентів, які відповідають реальним умовам, адаптовані до них і в змозі забезпечити найбільш ефективний режим впливу на ситуацію, що склалася. Ця властивість підкреслює, що структура тактичної операції — це не будь-яка абстрактна побудова, відірвана від реальних обставин, а така форма наявності та розташування компонентів, яка враховує специфіку слідчої ситуації, що склалася, наявність доказів у розпорядженні слідчого, мету і тактичне завдання операції.

Отже, визначення структури як форми віддзеркалення внутрішньої будови і порядку функціонування компонентів-складників, оптимальне наповнення цієї структури і вмиле формування її архітекtonіки є важливою і необхідною умовою успішного застосування тактичних операцій.

Шевчук В. Структура тактических операций: проблемы и предложения

В данной статье исследована структура тактических операций. Проанализированы точки зрения ученых по рассматриваемой проблематике и проведен их критический анализ. Названы основные черты, которые свойственны структуре тактических операций.

Ключевые слова: структура, тактическая операция, следственные действия.

Shevchuk V. The structure of the tactical operations: problems and suggestions

This paper investigated the structure of tactical operations. Analyzed the point of view scientists on the problems under consideration held and them critical analysis. Named main features that are typical of the structure of tactical operations.

Keywords: structure, tactical operations, investigations.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

УДК 340.134 (477)

І. Суходубова, м.н.с. Інституту державного будівництва і місцевого самоврядування НАПрН України

Гармонійне співвідношення стабільності і динамізму законодавства як умова його якості та ефективності

Актуальність дослідження стабільності і динамізму законодавства тісно пов'язана з реалізацією принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України, а загально визнаний ідеал верховенства права припускає, зокрема, точність і передбачуваність правових норм, їх відносну незмінність у часі і відсутність внутрішніх розбіжностей¹. Тому є всі підстави погодитися з думкою Л. Фуллера, який вважає, що не може бути раціональної підстави у твердженнях, згідно з якими людина має моральний обов'язок підкорятися правовій нормі, яка є незрозумілою, або суперечить іншій нормі тієї самої системи, або щохвилини змінюється². Уявляється, що посилення стабільності законодавства є одним із основних факторів подальшої розбудови правової держави в Україні³, бо нестабільність законодавства призводить до порушення його системних зв'язків, утруднює реалізацію принципів верховенства права та законності, може обумовлювати низьку ефективність правового регулювання.

Водночас, якщо законодавство не володіє належним рівнем динамічності, воно теж втрачає свою якість та ефективність, оскільки не забезпечує належної актуальності і адекватності правового регулюван-

¹ Див.: Енциклопедія політичної думки : пер. з англ. – К. : Дух і Літера, 2000. – С. 134.

² Див.: Фуллер Л. Л. Мораль права : пер. с англ. / Л. Л. Фуллер. – Киев : Сфера, 1999. – С. 43.

³ Див.: Заєць А. П. Правова держава в Україні: концепція та механізм реалізації : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / А. П. Заєць. – К., 1999. – С. 12.

ня. Відсутність динамічних властивостей законодавства може призвести до порушення зв'язку між справедливістю і змістом правового регулювання. Саме тому з часом доцільно переглядати, наприклад, розміри каральних санкцій у кримінальному законодавстві, щоб вони були адекватними скоєному правопорушенню в контексті актуальних політичних, економічних, соціальних й моральних характеристик держави та суспільства.

Проблемам стабільності і динамічності законодавства в цілому і окремих його галузей присвячували свої дослідження багато науковців, серед яких І. В. Баскова, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, А. П. Заєць, Д. А. Монастирський, О. В. Петришин, Н. В. Сильченко, З. К. Симорот, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, В. Д. Щвець та ін. При цьому терміни «динамізм і стабільність» в юридичній науці стосовно правового регулювання суспільних відносин вживаються в різних значеннях: а) як один із загальних принципів права; б) як властивість закону; в) як властивість (елемент) системи права і системи законодавства. Що ж стосується законодавства, то цілком слушно вважається, що стабільність і динамізм є його *якісними* характеристиками, які походять від відповідних невід'ємних властивостей системи права.

Наразі всі науковці одноставно погоджуються з тим, що законодавство будь-якої країни прагне як до стабільності, так і до динамічності (динамізму), оскільки існує постійна потреба у його пристосуванні до змінюваних потреб суспільного життя. При цьому відстоюються дві позиції, згідно з якими: а) стабільність законодавства включає в себе динамізм і б) стабільність і динамізм законодавства існують як протилежні, відносно самостійні, але тісно взаємопов'язані явища.

Прикладом першої позиції є розуміння стабільності закону як його здатності бути адекватним регулятором суспільних відносин упродовж тривалого часу без внесення до нього концептуальних (змістовних) змін¹. Отже, стабільність закону в широкому розумінні визначається як такий його стан, коли: а) в ньому адекватно вирішені завдання регулювання суспільних відносин; б) він відповідає стратегії розвитку даної галузі законодавства; в) до закону вносяться зміни, які не порушують загальну стратегію розвитку законодавства².

¹ Див.: Монастирський Д. А. Стабільність закону: поняття, сутність та фактори забезпечення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Д. А. Монастирський. – К., 2009. – С. 6.

² Там само. – С. 76–78.

Утім більш поширеним в юридичній науці є погляд на стабільність і динамізм законодавства як на відносно самостійні, нерозривні його властивості. Наприклад, З. К. Симорот відзначає, що законодавство не може бути або тільки стабільним, або тільки динамічним. Для нього завжди характерні обидві ці властивості. Інша справа, що в одні періоди розвитку держави і права переважає стабільність правових рішень, в інші — їх динамічність¹. І. В. Баскова вважає, що стабільність закону складається із його стійкості і визначеності. Визначеність передбачає повне, точне, ясне і несуперечливе викладення нормативного матеріалу. На її думку, стійкість закону — це здатність протягом тривалого часу регулювати суспільні відносини, не змінюючись при цьому. Динамізм закону — це його здатність бути адекватним суспільним відносинам, тобто можливість оперативно реагувати на зміни суспільних умов і наявність справжньої потреби у відповідних змінах². При цьому сукупність властивостей стабільності та динамізму визначає одну із основних суперечностей права і в той же час є неодмінним джерелом його поступового розвитку.

На нашу думку, більш обґрунтованим і слушним є погляд на стабільність і динамізм законодавства як на *парні категорії*, які настільки тісно взаємопов'язані й взаємодіють одна з одною, що їх роздільне існування неможливе. Стабільність (стійкість) законодавства — це властивість його системи, яка свідчить про доцільність у наступності тих концептуальних приписів законодавства, які довели свою ефективність упродовж більш-менш тривалого часу їх застосування, яка відбиває його здатність протистояти дестабілізуючим, руйнівним впливам інших систем, зовнішнього середовища, змістом якої є регулювання суспільних відносин протягом певного часу без внесення суттєвих (докорінних) змін. У свою чергу динамічність законодавства означає його змінюваність, можливість оновлюватися, удосконалюватися під впливом зовнішніх факторів, своєчасно реагувати на відповідні зміни, що відбуваються в державі та суспільстві, що свідчить про його здатність адаптуватися до змін зовнішнього середовища, дозволяє зберігати законодавству його основні системні властивості і тим самим ефективно регулювати суспільні відносини.

¹ Див.: Симорот З. Стабільність радянського законодавства / З. Симорот // Рад. право. — 1982. — № 2. — С. 13–16.

² Див.: Баскова І. В. Стабільность и динамизм советского уголовного закона : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / И. В. Баскова. – М., 1989. – С. 8.

При цьому динамічність законодавства слід відрізнити від його нестабільності, бо перша є ознакою високої якості законодавства, а друга, навпаки, свідчить про надзвичайно низький рівень такої якості. Водночас законодавство, яке не є динамічним, набуває якості не стабільного, а застарілого. Безпосереднім формальним показником стабільності і динамічності законодавства є індекс змін, доповнень і новел у системі законодавства, а змістовним — аналіз причин такого індексу, тобто умов, які викликають до життя таке співвідношення стабільності—нестабільності—динамічності законодавства. Так, якщо високий індекс змінюваності (оновлення) законів та інших нормативно-правових актів пов'язаний із докорінним реформуванням правової системи, то йдеться про динамічність законодавства. А якщо він обумовлений низьким рівнем правової культури і правосвідомості, бажанням відреагувати новим законом на будь-яку «гучну справу», пояснюється невваженим, необґрунтованим і ні чим не виправданим прагненням зробити «як там» (за кордоном), то йдеться про нестабільність законодавства.

Виходячи з цих концептуальних положень, спробуємо, хоча б у загальних рисах, визначити, наскільки гармонійним є співвідношення (сполучення) стабільності та динамізму на прикладі розвитку сучасного кримінального законодавства України.

Ефективність діяльності правоохоронної й судової системи, на які покладено завдання протидії злочинності, багато в чому визначається якістю того кримінального законодавства, на основі якого ця діяльність здійснюється. У свою чергу, одним зі свідчень високого якісного рівня кримінального законодавства і ефективності його застосування є стабільність, незмінність його основних, принципівих, концептуальних положень. Тільки на основі стабільності законодавства, що свідчить про досить високий рівень основних його приписів, може будуватися і досить стійка, цілеспрямована, прогнозована й сприятлива кримінально-правова політика держави, від ефективного здійснення якої багато в чому залежить поступальний розвиток як усього суспільства в цілому, так і забезпечення законних прав й інтересів окремих його членів. Стабільність кримінального законодавства дозволяє представникам правоохоронних органів і судової системи належним чином оволодіти основними його положеннями і на цій основі сформувати досить стійку і цілеспрямовану практику застосування його приписів, а окремим громадянам надає можливість бути достатньою мірою обізнаними з тими заходами кримінально-правового впливу, якими забезпечується

їхня безпека, захист законних прав та інтересів, дозволяє їм певним чином узгодити свою поведінку з вимогами кримінального закону.

Разом з тим суспільство і держава зацікавлені в тому, щоб кримінальне законодавство, залишаючись стабільним у своїх принципових положеннях, адекватно і своєчасно реагувало на зміни, що відбуваються в політичних, соціально-економічних умовах життя суспільства, ефективно протистояло тим новим викликам, які мають місце з боку злочинного середовища. Таким чином, кримінальне законодавство, як і будь-яке інше, залишаючись, з одного боку, стабільним і незмінним у своїх глобальних підходах до вирішення поставлених перед ним завдань, з другого — повинно змінюватися, оновлюватися, удосконалюватися, тобто має постійно розвиватися, отже, бути досить динамічним. Як справедливо зазначає Ю. В. Баулін, динамічність є рисою, притаманною будь-якому законодавству, в тому числі і кримінальному, бо вона свідчить про його здатність до вдосконалення і розвитку¹. Однак тільки вивірене реальною практикою застосування, виважене, науково обгрунтоване і системно узгоджене співвідношення (сполучення) стабільності й динамічності норм кримінального законодавства здатне забезпечити належну якість і високу ефективність його приписів.

Якщо ж звернутися до реальної практики законотворчої діяльності в галузі оновлення положень кримінального закону, то за останні роки вона просто вражає своєю бурхливою стрімкістю та розмахом. При цьому далеко не всі новели Кримінального кодексу України (далі — КК) останніх років можна вважати проявом належної динамічності оновлення його приписів, бо багато з них не є юридично бездоганними, оскільки не мають системного і науково обгрунтованого характеру. Для прикладу наведемо деякі цифри. Так, за даними Голови Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності В. Д. Швеця, за 10 років чинності КК було прийнято понад 80 законів про внесення до нього змін².

¹ Див.: Баулін Ю. В. Про співвідношення стабільності та динамізму кримінального законодавства України : матеріали наукових семінарів та «круглих столів», проведених Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого спільно з Академією правових наук України в рамках Фестивалю науки 15–16 травня 2007 року / Ю. В. Баулін ; упоряд. А. П. Гетьман, О. В. Петришин. – Х. : Право, 2007. – С. 3–4.

² Див.: Швець В. Д. Практика внесення змін і доповнень до КК України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн : матеріали міжнар. наук.-прак. конф., 13–14 жовт. 2011 р. / В. Д. Швець ; редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2011. – С. 36.

Отже, по суті кожні півтора місяці приймався закон, що оновлював норми КК. Саме цими законами з 1 вересня 2001 р., тобто з моменту набрання чинності КК, і до липня 2012 р. до нього було внесено аж 394 зміни та доповнення. На момент прийняття у КК нараховувалося 447 статей, 209 із яких було піддано змінам, що складає 46,7 % від загальної їх кількості. Крім того, КК було доповнено 52 новими статтями. Велика кількість статей КК, причому навіть ті з них, якими його було доповнено після набрання чинності, оновлювалися вже двічі (61 стаття), деякі тричі (27 статей), а окремі (5 статей) змінювалися вже чотири рази. За цей же період 26 статей було виключено з КК, причому 7 з них належать до тих, якими КК було раніше доповнено.

Звичайні арифметичні підрахунки відносно наведених цифр свідчать, що з моменту набрання чинності КК України 2001 р. зміни та доповнення *щорічно* вносяться більше ніж у 35 його статей, тобто *щомісяця* у середньому оновлюється майже *три* статті КК. Уявляється, що навряд чи можна планувати будь-які якісні, перспективні та довгострокові заходи, спрямовані на ефективну протидію злочинності, і формувати на цій основі стійку й, головне, виважену й безпомилкову слідчо-судову практику в умовах, коли не лише звичайні пересічні громадяни, а й фахівці-юристи далеко не завжди в змозі не тільки опанувати нові положення КК, але навіть простежити за його безперервними гарячковими змінами. Навіть наведених даних цілком достатньо для висновку, що чинне кримінальне законодавство України навряд чи можна визнати стабільним, а численні та безперервні його зміни та доповнення аж ніяк не можна оцінити як прояв динамічного розвитку його приписів.

Такі невинувдані зміни кримінального закону пояснюються цілою низкою причин, серед яких варто звернути увагу на такі. По-перше, як справедливо зазначається в літературі, серед аргументів на користь прийняття того чи іншого закону наразі превалює, на жаль, не стільки його практична значущість та актуальність чи наукова обґрунтованість і не дані узагальненої судової практики чи судової статистики, скільки так звана політична доцільність¹. По-друге, хоча Україна і є учасником багатьох міжнародних актів, спрямованих на протидію транснаціональної злочинності, але як у вітчизняній науці кримінального права,

¹ Див.: Хавронюк М. І. Якість кримінального законодавства: як її досягати / М. І. Хавронюк // Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні : матеріали наук. конф., 15 трав. 2009 р. / редкол.: В. І. Борисов та ін. – Х. : Право, 2009. – С. 42.

так і на законотворчому рівні, на жаль, ще не вироблено належного і достатньо чіткого механізму (алгоритму) імплементації, яким би могли користуватися суб'єкти законодавчої ініціативи та законодавець при вирішенні питань про введення положень міжнародних актів до національного законодавства. Тому така імплементація почасти здійснюється без урахування конституційних приписів, законодавчих традицій та особливостей системи українського законодавства. По-третє, привертає до себе увагу й те, що поява цілої низки нових законів диктується не стільки нагальною потребою приведення кримінального законодавства у відповідність до вимог швидко змінюваних умов життєдіяльності сучасного суспільства й держави, скільки пов'язана з бажанням відгукнутися, відреагувати на кожну більш-менш «гучну» подію чи справу шляхом створення нової норми КК¹. Складається враження, що переважну більшість тих складних життєвих ситуацій, що виникають насамперед у зв'язку з нестабільною соціально-економічною й політичною обстановкою в країні, законодавець намагається вирішити найпростішим і в той же час навряд чи найефективнішим шляхом — за допомогою заходів кримінально-правової репресії. Однак ще у недалекому минулому суспільство вже проходило цим шляхом, який, як відомо, довів повну свою неспроможність. Нарешті є також всі підстави вважати, що переважна більшість законопроектів перед спрямуванням їх до парламенту або не проходить належної наукової експертизи, або висновки відповідних фахівців чи наукових колективів почасти просто ігноруються. Пояснюється це також тим, що в державі відсутній єдиний науково-експертний координуючий центр, який би міг відслідковувати всі законотворчі ініціативи і надавати їм відповідну фахову оцінку.

Підбиваючи підсумок, зазначимо, що забезпечення належного гармонійного співвідношення стабільності і динамізму законодавства може бути досягнуто різними шляхами, одним з яких могло би бути прийняття спеціального закону (який, до речі, вже не один рік обговорюється у Верховній Раді України) про нормативно-правові акти та законодавчу діяльність, спрямованого на упорядкування і підвищення якості, стабільності законів, рівня законодавчої діяльності, умов прийняття законів, порядку їх змін, на окреслення кола суб'єктів законодавчої ініціативи та організаційно-правових засад законодавчої діяльності.

¹ Див.: Тацій В. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права України / В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін // Право України. – 2010. – № 9. – С. 6–9.

Суходубова І. Гармоничное соотношение стабильности и динамизма законодательства как условие его качества и эффективности

Рассматриваются понятия стабильности и динамизма законодательства, раскрывается их содержание и соотношение. На примере анализа многочисленных изменений и дополнений, которые вносятся в последние годы в уголовное законодательство Украины, доказывается, что лишь гармоничное сочетание стабильности и динамизма способно обеспечить надлежащее качество и высокую эффективность его предписаний.

Ключевые слова: законодательство, стабильность и динамизм, качество и эффективность законодательства.

Suhodubova I. Harmonious correspondence of stability and dynamism of legislation as a condition for its quality and effectiveness

Notions of stability and dynamism of legislation revealing their contents and correlation are examined in this article. On the example of numerous changes and additions introduced recently into the criminal legislation of Ukraine is proved that only harmonious correspondence of stability and dynamism is capable of ensuring the needed quality and high effectiveness of its instructions.

Keywords: legislation, stability and dynamism, quality and effectiveness of legislation.

УДК 348.8

В. Ісакова, аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Право на правову допомогу в системі прав людини

Становлення України як незалежної та правової держави вимагає від неї якісних змін та демократичних перетворень, які в першу чергу будуть спрямовані на забезпечення прав і свобод людини. Одним із найбільш важливих завдань, що постають на цьому шляху, є створення ефективної системи захисту суб'єктивних прав людини і громадянина. Саме тому набувають актуальності дослідження сутності самих суб'єктивних прав, механізмів їх захисту.

У той же час Україна залишається серед лідерів за кількістю звернень проти неї до Європейського суду з прав людини. Значна кількість рішень, що ухвалюється цією міжнародною інституцією, засвідчує недосконалість та неефективність забезпечення в Україні права на судовий захист, а саме права на правову допомогу. Окремої уваги потребує питання визначення місця права на правову допомогу в системі прав людини, без чого його характеристика була б неповною. Розгляд цього питання слід розпочати з визначення самого поняття прав людини.

Так, П. М. Рабінович вказує, що під правами людини слід розуміти певні можливості, які необхідні для існування людини та її розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку людства (економічним, духовним, соціальним) і мають бути загальними та рівними для всіх людей¹. Аналогічне за своїм змістом визначення права людини надають В. О. Котюк², І. В. Ростовщikov³, В. Є. Гулієв та Ф. М. Рудинський⁴.

¹ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. – Вид. 5-те, зі змінами. – К. : Атіка, 2001. – С. 9.

² Котюк В. О. Теорія права : курс лекцій : навч. посіб. для юрид. ф-тів вузів / В. О. Котюк. – К. : Вентурі, 1996. – С. 101; також див.: Копейчиков В. В. Права человека: мифы и реальность / В. В. Копейчиков. – К. : Вища школа, 1987. – С. 42; Андрусак Т. Г. Теорія держави і права / Фонд сприяння розвитку української правової думки та пропаганди державницьких традицій «Право для України». – Львів, 1997. – С. 62.

³ Ростовщikov И. В. Обеспечение прав и свобод личности в СССР: вопросы теории / И. В. Ростовщikov. – Саратов : Изд. Саратов. ун-та, 1988. – С. 16.

⁴ Гулієв В. Е. Социалистическая демократия и личные права / В. Е. Гулієв, Ф. М. Рудинский. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 98.

Одночасно розуміння сутності прав особи як забезпеченої нормами права можливості особи користуватися певним соціальним благом, соціальною цінністю не повинно бути одностороннім і сприйматися виключно як засіб задоволення тільки особистих інтересів того, хто цими правами користується¹. У окремих випадках використання прав людини може спрямовуватись на задоволення інтересів інших осіб, суспільства, держави.

Слід підкреслити, що для вказівки на правову можливість отримати правову допомогу використовується саме термін «право», а не такі суміжні поняття, як «свобода» або «інтерес», що видається абсолютно виправданим. Так, аналізуючи співвідношення права і свободи, О. Г. Кушніренко та Т. М. Слінько зазначають, що термін «право» означає міру можливої поведінки людини, здійснення тих або інших дій, закріплених у нормативно-правових актах. Тобто це більш чітка категорія і варіанти використання терміна визначені в юридичних актах. У свою чергу термін «свобода» — це філософська і правова категорія, яка означає самостійний вибір індивідом або організацію варіанта своєї поведінки. Свобода — це можливість користуватись і розпоряджатись тим або іншим соціальним благом, цінністю, задовольняти власний інтерес або якусь життєву потребу таким чином, аби не порушувати права інших людей. На думку вчених, чинна Конституція України розглядає термін «свобода» як більш широке поняття, яке може мати багато варіантів здійснення².

Що ж стосується категорії «інтерес», слід зазначити, що вона широко використовується в Конституції України та у вітчизняному законодавстві в цілому. Така поширеність цього терміна безперечно є свідченням визнання його важливості законодавцем. Крім того, категорія «інтересу» широко використовується іншими науками, внаслідок чого існують багато різних підходів до його визначення. На думку О. В. Шпотаківської, різноманіття позицій щодо сутності поняття «інтерес» в першу чергу пов'язано з вирішенням питання про характер інтересу: є він об'єктивною чи суб'єктивною категорією³.

¹ Бараннік Р. В. Право особи на свободу від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Р. В. Бараннік. – Запоріжжя, 2002. – С. 17.

² Кушніренко О. Г. Права і свободи людини та громадянина : навч. посіб. / О. Г. Кушніренко, Т. М. Слінько. – Х. : Факт, 2001. – С. 8.

³ Шпотаківська О. В. Суспільні та особисті інтереси у кримінальному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / О. В. Шпотаківська. – К., 2005. – С. 11.

Аналіз юридичної літератури з цього питання, а також практики органу конституційної юрисдикції дозволяє стверджувати, що поняття «охоронюваний законом інтерес» означає правовий феномен, який: 1) виходить за межі змісту суб'єктивного права; 2) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; 3) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; 4) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальноновизнаним принципам права; 5) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним¹.

Наведена вище характеристика таких категорій як «право» (в суб'єктивному значенні), «свобода» та «інтерес», свідчить про виправданість використання саме терміна «право» при позначенні правової можливості отримувати правову допомогу, оскільки право на отримання правової допомоги являє собою можливість отримання певного блага. Деякі автори зазначають: «поняття суб'єктивного права можна визначити через категорію можливості, яка, будучи забезпечена необхідними засобами, у будь-який час може бути реалізована»².

Еволюцію визнання прав і свобод людини прийнято розглядати, використовуючи термін «покоління прав людини». Визнання кожного нового покоління прав і свобод людини приводило до розширення переліку прав людини та кардинального переосмислення їх сутності, ролі та статусу особи, її співвідношення з державою.

До першого покоління прав людини традиційно відносять особисті та політичні права, визнання яких стало наслідком буржуазних революцій у країнах Європи. До таких прав належать: право на життя, право на свободу думки, совісті та релігії, право на свободу та осо-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 // Юрид. вісн. України. – 2008. – № 7.

² Чхиквадзе В. М. Государство. Демократия. Законность. Ленинские идеи и современность / В. М. Чхиквадзе. – М., 1967. – С. 339.

бисту безпеку, право на публічний і законний суд тощо. Як видно зі вказаної концепції, право на судовий захист, елементом якого виступає право на правову допомогу, належить до першого покоління прав людини, особливістю якого вважається базування на негативній концепції свободи. Виходячи з цієї концепції, свобода розуміється як можливість вільно діяти на власний розсуд без будь-яких обмежень чи неправомірних втручань. Оскільки головним суб'єктом, здатним зазіхати на свободу індивіда, є держава, погоджуємося з висновком, що права людини першого покоління — це права, які передусім спрямовані на захист людини від неправомірного втручання в її свободу з боку держави. Держава не повинна заперечувати право особи на отримання правової допомоги, потреба в котрій може виникати при реалізації того чи іншого суб'єктивного права особи. У цьому виявляється негативний характер права на правову допомогу: в його основі лежить саме обов'язок держави не втручатися в реалізацію даного суб'єктивного права, надати суб'єктам правовідносин свободу у вирішенні питання, чи є в них потреба в отриманні правової допомоги і в формах її отримання. Щодо права на безоплатну правову допомогу, що гарантується державою окремим категоріям громадян у чітко визначених законом випадках, то вказане зобов'язання має характер соціально-економічного, є проявом формування не тільки правової, а й соціальної держави і може бути умовно віднесено до другого покоління прав людини. Умовність такого віднесення полягає в тому, що історично це право з'являється значно пізніше (коли сучасні держави перейшли до такого етапу свого розвитку, коли ставиться за мету побудова не тільки правової, а й соціальної держави), аніж класичний перелік соціальних і економічних прав другого покоління. Іншими словами, віднести право на безоплатну правову допомогу до другого покоління прав людини дозволяє перш за все позитивний характер зобов'язань держави: держава, реалізуючи свої суверенні права, має взяти на себе зобов'язання зі створення гарантій забезпечення права на безоплатну правову допомогу. З одного боку, юридична допомога — продукт соціальної держави, а з другого — механізм, який сам забезпечує функціонування держави загального благоденства¹.

¹ Goriely T. Making the Welfare State Work: Changing Conceptions of Legal Remedies within the British Welfare State / T. Goriely // The Transformation of Legal Aid: Comparative and Historical Studies ; Ed. by F. Regan, et al. – Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002. – P. 89.

Розглядаючи питання про місце права на правову допомогу в системі прав людини, не можна оминати увагою і питання про поділ прав людини на позитивні і негативні. Зауважимо, критерій, що лежить в основі даної класифікації, не може бути використаний для розрізнення «першого» і «другого» поколінь прав людини. Сучасна філософія і юриспруденція прав людини не сприймають такої абсолютизації. Водночас різниця в цьому контексті між двома зазначеними групами прав людини все ж існує, але вона полягає не в самому факті, що «втручання» з боку держави потрібно або ні, а в ступені, в якому це «втручання» необхідне. Реальність така, що сьогодні держави набагато більше, ніж будь-коли раніше, обтяжені зобов'язаннями щодо гарантування індивідуальних прав. У більшості випадків ці позитивні зобов'язання не прямо впливають із формулювань відповідних положень, а є результатом їхнього розширювального тлумачення, заснованого на принципі ефективного захисту прав людини. У наш час не існує жодного права людини, яке, за відсутності будь-яких позитивних дій із боку держави, можна було б вважати цілком гарантованим. У цьому ракурсі логічним уявляється поділ усіх прав людини на дві групи: до першої входять права, з яких випливають тільки позитивні зобов'язання, а до другої — ті, що потребують як негативних, так і позитивних зобов'язань держави¹. Право на правову допомогу має входити до другої з названих груп прав.

Окремі автори відносять право обвинуваченого на захист у суді до числа політичних прав поряд із виборчими, правами на участь в управлінні державними справами, на об'єднання в громадські організації та на звернення до державних органів, свободою слова, зборів та мітингів². Свою позицію автори обґрунтовують так: «право обвинуваченого на захист є одним із прав, що забезпечують недоторканність особи і захист законних прав та інтересів громадянина

¹ Див. також: Пушкіна О. В. Питання класифікації прав людини та способів її закріплення у сучасній конституційній практиці / О. В. Пушкіна // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2004. – № 11 (37). – С. 8–20; Гусейнов Л. Г. К вопросу об объективной ответственности в сфере международной защиты прав человека / Л. Г. Гусейнов // Вопросы устойчивого и бескризисного развития (научно-периодическое издание Международной кафедры ЮНЕСКО и Сибирского отделения РАН). – № 1. – Новосибирск, 1999. – С. 63–68.

² Кушніренко О. Г. Права і свободи людини і громадянина : навч. посіб. / О. Г. Кушніренко, Т. М. Слінько. – Х. : Факт, 2001. – С. 87–88.

в кримінальному процесі, тобто в процесі здійснення державними органами функцій розслідування злочинів і правосуддя»¹. Така позиція викликає заперечення, адже право на правову допомогу реалізується не тільки в кримінальному процесі, крім того, воно жодним чином не пов'язане із діяльністю, спрямованою на здобуття або утримання державної влади в країні, з якою традиційно ототожнюється політика.

Не може бути віднесено право на правову допомогу й до прав соціальних, оскільки останні характеризуються тим, що для їх забезпечення необхідні зусилля держави щодо створення умов для реалізації відповідних прав людини — на соціальне забезпечення, гідний рівень життя, охорону здоров'я тощо². За такого підходу до категорії соціальних може бути віднесено право на безоплатну правову допомогу, що є одним із елементів права на правову допомогу.

Велика група вчених взагалі не знаходить для права на правову допомогу, поряд із іншими елементами права на доступність правосуддя, місця в традиційній системі прав і свобод людини і громадянина³. З цього приводу в юридичній літературі можна зустріти пропозиції із виділення ще однієї, додаткової, групи конституційних прав⁴. Права, що включаються до цієї групи, об'єднують те, що вони одночасно виступають гарантіями інших конституційних прав і свобод⁵.

¹ Мицкевич А. В. Субъекты советского права / А. В. Мицкевич. – М., 1970. – С. 52; також див.: Кучевський П. В. Діяльність адвоката у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / П. В. Кучевський ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2011. – 16 с.; Бірюкова А. М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / А. М. Бірюкова ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2006. – 20 с.

² Козюбра М. Природа соціальних прав людини та особливості механізму їх реалізації / М. Козюбра // Вісн. Конституц. Суду України. – 2002. – № 5. – С. 60.

³ Серед прибічників такого підходу – автори підручника: Конституційна юрисдикція : підручник / [Ю. Г. Барабаш та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, доц. Ю. Г. Барабаша та д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України А. О. Селіванова ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Право, 2012. – 166 с.

⁴ Ростовщиков И. В. Обеспечение прав и свобод личности в СССР: вопросы теории / И. В. Ростовщиков. – Саратов, 1988. – С. 41.

⁵ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учеб. для юрид. вузов и ф-тов / М. В. Баглай. – М., 1998. – С. 247. Бесплатная юридическая помощь и обеспечение доступа к правосудию в России / Институт права и публичной политики. – М. : ООО «ЛигалСтадис.РУ: консалтинг и коммуникации», 2010. – С. 3.

Висловлюється також близька до вказаної вище точка зору щодо виділення такого виду прав, як процесуальні права¹ або процесуальні права-гарантії². Особливістю цих прав є те, що вони створюють належні юридичні передумови для нормальної правореалізації та ефективного досягнення суб'єктами правовідносин юридичних цілей. Права-гарантії, на думку прибічників їх виділення в окрему групу в системі прав і свобод людини і громадянина, мають такі особливості: а) відносно самостійне нормативне оформлення; б) переважно процесуальне наповнення за змістом, що не виключає наявності матеріальних елементів; в) втілення зазначених прав насамперед у галузевому законодавстві; г) їх реалізація безпосередньо пов'язана з діяльністю судової влади. Так, у системі прав-гарантії Н. С. Бондар виділяє право на: а) державний та інші форми захисту всіма способами, не забороненими законом; б) справедливий суд; в) доступ до правосуддя; г) отримання правової допомоги; д) компенсацію шкоди, заподіяної діями державних органів³. Крім того, прибічниками вказаного підходу як аргумент наводиться той факт, що в Конституції гарантія отримання кваліфікованої правової допомоги розташована в розділі 2 таким чином, що належить до блоку гарантії конституційних прав і свобод, і насамперед гарантії судового захисту прав і свобод людини і громадянина⁴.

Проте такий підхід, як вбачається, зводить такі права виключно до процедурних можливостей, що значно обмежує їх значення, надає їм обслуговуючого характеру.

Найбільш обґрунтованим видається підхід Н. В. Вітрука, який класифікує права особистості за їх соціальним змістом і призначенням залежно від виду благ, які лежать в їх основі, і від виду потреб та інтересів особистості, які задовольняються шляхом їх

¹ Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини : монографія / М. Антонович. – К. : KM Academia, 2000. – С. 138.

² Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / О. М. Овчаренко. – Х., 2007. – С. 53.

³ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации / Н. С. Бондарь. – М. : ЗАО «Юстицинформ», 2005. – С. 522–570.

⁴ Мазаев В. Д. Бесплатная юридическая помощь в России как конституционная ценность: законодательная модель / В. Д. Мазаев // Бесплатная юридическая помощь и обеспечение доступа к правосудию в России ; Институт права и публичной политики. – М. : ООО «ЛигалСтадис.РУ: консалтинг и коммуникации», 2010. – С. 12.

використання¹. Відповідно за такого підходу право на правову допомогу слід віднести до особистих прав людини².

Можливою є також класифікація за формою здійснення. За цим критерієм право на правову допомогу може належати як до індивідуальних, так і до колективних прав. Так, наприклад, як індивідуальне право на правову допомогу може бути реалізоване шляхом звернення до юридичної фірми з метою складання процесуального документа. Можливою є реалізація права на правову допомогу колективно — наприклад, шляхом подання колективного позову.

Окремі вчені також ставлять питання про місце права на правову допомогу у світлі теорії про абсолютні суб'єктивні права³. Абсолютні суб'єктивні права — це права, носіям яких як зобов'язаний суб'єкт протистоїть невизначене коло осіб, кожна з яких має утримуватися від будь-якого втручання в їх здійснення. Не можемо погодитись із тією точкою зору, що право на правову допомогу одночасно є відносним і абсолютним, прибічники якої посилаються на те, що абсолютний характер права на правову допомогу полягає в тому, що ніхто — ні громадяни, ні держава — не має права перешкоджати отриманню правової допомоги, відносність же полягає в тому, що для повного забезпечення права на правову допомогу необхідна активна діяльність уповноважених на те осіб. Такий підхід приводить до того, що кожне суб'єктивне право має розглядатись одночасно як абсолютне та відносне. Право на правову допомогу має бути визнане відносним правом, оскільки не може бути реалізоване поза правовідносинами. Саме ця ознака (можливість реалізації права поза правовідносинами або її відсутність) має бути покладена в основу класифікації прав на абсолютні та відносні.

Отже, право на правову допомогу має розглядатися як природне невідчужуване право особистості (право на правову допомогу в суб'єктивному сенсі), що належить до першого покоління прав людини і за своєю суттю є громадянським правом. Право на правову допомогу в суб'єктивному сенсі являє собою встановлену законом невід'ємну і невідчужувану можливість отримувати в установленому законом порядку професійну допомогу з питань правового характеру.

¹ Витрук Н. В. Правовой статус личности в СССР / Н. В. Витрук. – М., 1986. – С. 20.

² Див. також: Права человека : учеб. для вузов / отв. ред. Е. А. Лукашева. – М. : НОРМА-ИНФРА*М, 1999. – С. 140–170.

³ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М., 1960. – С. 108.

Исакова В. Право на правовую помощь в системе прав человека

Право на правовую помощь рассматривается в статье как естественное неотчуждаемое право личности (право на правовую помощь в субъективном смысле), относящееся к первому поколению прав человека и по своей сути являющееся гражданским правом. В статье дана характеристика указанного права как установленной законом неотъемлемой и неотчуждаемой возможности получать в установленном законом порядке профессиональную помощь по вопросам правового характера.

Ключевые слова: субъективное право, правовая помощь, система прав человека, поколения прав человека.

Isakova V. The right to legal assistance in the human rights system

The right to legal assistance is considered in the paper as a natural inalienable right of the individual (the right to legal aid in the subjective sense), referring to the first generation of human rights and in its essence, a civil right. The article provides a description of this right as prescribed by law an integral and inalienable opportunity to receive in accordance with the law on the professional assistance of a legal nature.

Keywords: subjective rights, legal aid, human rights system, the generation of human rights.

УДК 342.95:364.442.6

В. Закриницька, аспірант кафедри адміністративного права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Омбудсмен з прав дитини в механізмі державного захисту прав, свобод і законних інтересів дітей: зарубіжний досвід

Розвиток України як правової, соціальної держави неможливий без забезпечення повноцінних умов для життя і розвитку дітей, створення ефективного механізму захисту прав. У цьому напрямі в Україні здійснюється значна робота. У той же час проблема соціального захисту прав дітей не втрачає своєї актуальності, а навпаки, набуває все більшого значення. Це положення визначає і наш інтерес до дослідження можливості та доцільності запровадження в Україні інституту дитячого омбудсмена і звернення до відповідного зарубіжного досвіду.

Зазначимо, що цій проблемі приділяється значна увага як із боку правознавців, так і представників інших наук (соціології, психології, педагогіки та ін.). Це зумовлено комплексністю, багатоаспектністю проблеми соціального захисту дітей. З-поміж представників юридичної науки відзначимо наукові праці таких вчених, як О. В. Марцеляк¹, К. О. Закоморна², І. М. Недов³ та ін. Головна увага в цих працях приділяється визначенню та обґрунтуванню місця омбудсмена з прав дитини в системі захисту дітей, їх функцій, окремих форм роботи, враховуючи у тому числі і зарубіжний досвід.

Метою цієї статті є визначення на основі аналізу наукових праць як вітчизняних, так і зарубіжних вчених, існуючого законодавства,

¹ Марцеляк О. Омбудсмен з прав дитини: проблеми формування і розвитку у світі і в Україні / О. Марцеляк // Право України. – 2003. – № 10. – С. 44–48; Марцеляк О. В. Конституційно-правовий статус інституту омбудсмана: світовий досвід та українська модель : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / Марцеляк Олег Володимирович. – О., 2004. – 473 с.

² Закоморна К. О. Інститут Омбудсмена як засіб забезпечення прав і свобод людини та громадянина (порівняльно-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / К. О. Закоморна ; Ун-т внутр. справ МВС України. – Х., 2000 – 18 с.

³ Недов І. М. Функції місцевого омбудсмана як головна характеристика його сутності / І. М. Недов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2011. – № 1. – С. 50–57.

рекомендацій міжнародних організацій, матеріалів міжнародних науково-практичних конференцій та інших матеріалів організаційно-правових засад створення та функціонування омбудсменів з прав дитини у зарубіжних країнах, їх основних моделей.

Омбудсмени з прав дитини (у справах неповнолітніх) виникли порівняно нещодавно. Значною мірою цьому сприяли Декларація прав дитини, а також інші зусилля ООН у цій сфері. Особливо відзначимо у зв'язку з цим значення прийняття Конвенції з прав дитини, яка сприяла більш широкому та глибокому розумінню прав дитини, усвідомленню необхідності створення механізмів для здійснення контролю за їх дотриманням. Саме до таких механізмів належить і інститут незалежних уповноважених (омбудсменів) з прав дитини. Деякі з них продовжують зберігати традиційні повноваження, що полягають у розслідуванні індивідуальних скарг, тоді як роль інших інституцій розширилась до представлення та захисту інтересів і прав дітей як окремої групи. Але спільним для всіх них є зобов'язання забезпечувати визначення та дотримання кожною із держав прав дітей, створення для них сприятливого оточуючого середовища.

Як свідчить аналіз наукових джерел з цієї проблеми, аналітичних матеріалів, у світі сьогодні склалося чотири основні моделі омбудсмена із прав дітей, а саме: запроваджені спеціальним актом парламенту; створені через законодавство про соціальний захист дітей; запроваджені в рамках існуючих державних органів і ті, що створені та діють на базі незалежних урядових організацій (далі — НУО). Такий підхід знайшов, зокрема, висвітлення у роботі О. В. Марцеляка «Омбудсмен з прав дитини: проблеми формування і розвитку у світі і в Україні», вони вже стало виділяються в матеріалах міжнародних наукових конференцій (наприклад, «Досвід інституту уповноваженого з прав дитини: перспективи для України», Київ, 11–12 жовтня 2006 р.)¹.

Цього ж підходу дотримуються учасники Європейської мережі уповноважених з прав дітей (ENOC), яка створена у червні 1997 р. як неприбуткове об'єднання незалежних інститутів з прав дітей. За сучасних умов її членами є 27 країн — Австрія, Бельгія, Хорватія, Данія, Франція, Грузія, Греція, Угорщина, Ісландія, Ірландія, Латвія, Литва, Люксембург, Македонія, Мальта, Норвегія, Польща, Португалія, Росія,

¹ Недов І. М. Функції місцевого омбудсмана як головна характеристика його сутності / І. М. Недов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2011. – № 1. – С. 50–57.

Словенія, Іспанія, Швеція та Велика Британія, а також декотрі інші. Згідно з матеріалами цього об'єднання, воно є відкритим для національних, регіональних та місцевих інституцій, які запроваджені з метою незалежного захисту прав та інтересів дітей¹. Зауважимо, що за останній рік Україною робляться конкретні кроки щодо набуття членства у цьому об'єднанні.

Незважаючи на деякі відмінності, всі існуючі моделі дитячих омбудсменів зосереджені виключно на питаннях забезпечення прав дитини.

У діяльності омбудсменів з прав дитини виділяють такі основні функції: 1) захист прав конкретної дитини і представництво її інтересів; 2) розслідування справ за індивідуальними скаргами дітей; 3) спостереження за здійсненням законодавства, що стосується захисту інтересів дітей; 4) внесення рекомендацій до державних органів про зміни законодавства у сфері охорони прав дітей; 5) сприяння підвищенню інформованості про права дитини як самих дітей, так і дорослих; 6) діяльність як посередника у випадках виникнення конфліктів між дітьми і батьками; 7) представлення доповідей про виконану роботу і про положення справ з питань дотримання прав дітей. Але, зрозуміло, що функції та повноваження цих спеціалізованих омбудсменів у різних країнах мають свої особливості. Наприклад, у Фінляндії омбудсмен виступає виключно як захисник за індивідуальними скаргами, що подаються або самими дітьми, або від їх імені. У Норвегії уповноважений з прав дитини поряд із захистом інтересів окремих дітей представляє інтереси норвезьких дітей у цілому. Шведський омбудсмен не має повноважень із розгляду конкретних справ і працює у напрямі зміцнення і розширення прав та інтересів усіх дітей².

Розглянемо кожну з визначених моделей більш докладно.

Перша модель — запровадження інституту омбудсменів з прав дитини спеціальним актом парламенту. Така модель існує у багатьох країнах світу, зокрема, у Скандинавських країнах, Коста-Риці, Перу, Гватемалі, Люксембурзі та інших. Так, наприклад, у Норвегії дитячий омбудсмен створений згідно з актом «Про омбудсмена у справах ді-

¹ European Network of Ombudspersons for Children (ENOC) [Електронний ресурс]: There are no ENOC members in Ukraine. – Режим доступу: <http://www.crin.org/enoc>. – Заголовок з екрана.

² Обговорення доцільності впровадження в Україні інституту Уповноваженого з прав дитини [Електронний ресурс]: Омбудсмени в інтересах дітей від 20.02.07 р. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.civicua.org>. – Заголовок з екрана.

тей» у 1981 р. Його головною метою є захист інтересів дітей, моніторинг умов, у яких вони живуть. Омбудсмен надає консультаційні та правозахисні послуги для дітей з усіх галузей права, за винятком справ, де йдеться про конфлікти в сім'ї або які вже перебувають у стані судового розгляду. Він має право доступу до всіх документів з усіх справ, що стосуються дітей і розглядаються органами державної влади, а також право доступу до державних установ. За роки свого існування інститут омбудсмена розвинув тісні контакти з політичними партіями, місцевими органами влади, засобами масової інформації та НУО, що дає можливість більш ефективно та конструктивно здійснювати захист дітей.

В Ісландії інститут дитячого омбудсмена діє згідно з актом «Про омбудсмена»¹. Основними повноваженнями омбудсмена є такі: покращення умов життя дітей, захист їхніх інтересів, потреб, прав, розслідування справ проти організацій та окремих осіб, які причетні до порушень прав, потреб та інтересів дітей. Перший омбудсмен у справах дітей був призначений 1 січня 1995 р. на п'ятирічний термін. Омбудсмен призначається прем'єр-міністром. У своїй роботі він є незалежною структурою, хоча щорічно звітує перед прем'єр-міністром. Його головна роль полягає в підтримці добробуту дітей та захисті їх прав, інтересів і потреб у суспільстві. Омбудсмен у справах дітей повинен бути захисником усіх дітей віком до 18 років.

Друга модель — створення інституту омбудсменів з прав дитини через законодавство про соціальний захист дітей. Така модель набула поширення у таких країнах, як Нова Зеландія, Австралія та ін. Зокрема, що стосується Нової Зеландії, то у 1989 р. згідно з актом «Про дітей, молодь та сім'ю» було створено Бюро Уповноваженого з прав дитини². Відповідно до цього акта Бюро відповідає на скарги дітей, які стосуються дій акта, проводить моніторинг та оцінку його реалізації. Ця структура фінансується виключно за рахунок державних коштів. У той же час, що є важливим, вона функціонує незалежно від уряду. До повноважень Уповноваженого входить як проведення розслідувань індивідуальних справ дітей, так і сприяння покращенню умов їх життя,

¹ Історія утворення інституту омбудсмена [Електронний ресурс]: Омбудсмани з прав дітей у світі. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua>; www.umbodsmadu.ralthingis.is – Заголовок з екрана.

² Історія утворення інституту омбудсмена [Електронний ресурс]: Омбудсмани з прав дітей у світі. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua>; www.ombudsmen.govt.nz. – Заголовок з екрана.

окрім усього іншого і шляхом моніторингу законодавства та політики, які стосуються дітей, проведення досліджень та підвищення рівня поінформованості суспільства про становище дітей у країні.

Щодо Австралії, то як приклад наведемо до досвіду організації та забезпечення діяльності Бюро захисту інтересів дітей Південної Австралії, яке було створено у 1981 р. згідно з актом «Про державний департамент соціального забезпечення»¹. Бюро набуло досить широких повноважень для покращення добробуту дітей, захисту їх інтересів. У 1995 р. бюро об'єдналося з офісом у справах сім'ї та боротьби проти домашнього насильства. У 1989 р. було ініційоване створення системи місцевих офісів омбудсменів, метою яких є надання консультаційної допомоги та підтримки молоді до 18 років при розгляді скарг про неналежне забезпечення освітою та надання соціального захисту.

Третя модель — створення інституту омбудсмена в рамках вже існуючих державних органів. Ця модель притаманна таким державам, як Канада, Бельгія, Данія, Німеччина. Так, наприклад, цікавим є досвід Канади щодо діяльності Бюро Омбудсмена. У 1987 р. у цьому бюро було створено нову посаду — Заступника Омбудсмена у справах дітей та молоді, обов'язками якого є: вивчення постанов уряду, які стосуються дітей, моніторинг за поширенням їх дії, підтримка зв'язків із регіональними та місцевими структурами, що працюють в інтересах дітей. А вже у 1993 р. функції Заступника Омбудсмена були зведені до більш загального рівня, тобто полягали у представництві інтересів дітей.

Зазначимо, що досвід Канади є вельми корисним для України. В умовах, коли в Україні діє Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, який доволі багато уваги приділяє проблемам дітей, але в той же час, коли не створено самостійного інституту Уповноваженого з прав дитини, має сенс введення посади Заступника Уповноваженого з прав дітей, сім'ї та молоді. Це можна було б розглянути як перехідний етап на шляху до запровадження в Україні дитячого омбудсмена.

Своєрідним є досвід Данії щодо створення організації, діяльність якої спрямована на захист прав дітей. Такою організацією є Національна Рада з прав дитини Данії, яка була створена за резолюцією парла-

¹ Історія утворення інституту омбудсмана [Електронний ресурс]: Омбудсмани з прав дітей у світі. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua>; www.hreoc.gov.au. – Заголовок з екрана.

менту, але не на основі окремого закону. Вона почала функціонувати з 1995 р. як незалежний орган, що фінансується державою та підпорядковується Міністерству соціальної політики. До її функцій належить розвиток прав дитини шляхом надання прямих консультацій дітям стосовно проблем, які їх хвилюють. Ця інституція формально є незалежною від уряду. Оцінюючи діяльність Національної Ради з прав дитини, незалежні урядові організації висловлюють стурбованість щодо того, що Рада являє собою слабку заміну омбудсмена і не є повністю незалежною, і крім того не використовує Конвенцію про права дитини як основу своєї діяльності.

Четверта модель — омбудсмени, які створені незалежними урядовими організаціями. Слід відмітити, що у багатьох країнах світу існують неурядові організації, що розвивають та просувають права дитини та проводять консультації з цього питання. Як приклад пошлемося на досвід таких країн, як Фінляндія та Ізраїль.

У Фінляндії у 1981 р. Мантерхеймська Ліга соціального захисту дітей запровадила офіс омбудсмена у справах дітей з метою забезпечити дітей та молодь прямим інформаційним каналом та іншою необхідною допомогою. Омбудсмен надає різні послуги, починаючи із забезпечення юридичних консультацій та закінчуючи представленням інтересів дітей у суді. Але як нестатутна організація, омбудсмен не має офіційного статусу — ні права вимагати оприлюднення документів, ні проводити розслідування за відсутності індивідуальної скарги від дитини. У той же час може направляти скарги омбудсмену парламенту Фінляндії або Канцлеру з питань юстиції, а у випадку надходження скарг про серйозні порушення — Європейській Комісії з прав людини. Омбудсмен також надає консультації дітям за телефоном.

Також вкажемо на досвід Ізраїлю, де з 1990 р. був запроваджений омбудсмен у справах дітей та молоді такою незалежною урядовою організацією, як Національна Рада у справах дітей. Омбудсмен у справах дітей та молоді розглядає скарги про порушення прав дітей, демонструючи себе як захисник дітей. Інституція також сприяє поширенню прав дітей шляхом проведення освітніх заходів та видання різних інформаційних матеріалів. Зазначимо, що роль інституту омбудсмена полягає переважно у захисті прав дітей шляхом поєднання таких функцій, як інформування, надання консультативної підтримки, участі в судових засіданнях та вирішенні конфліктів, виконанні ролі посередника тощо. Важливою складовою діяльності є надання рекомендацій.

дації уряду з метою внесення змін до законодавства та політики щодо захисту прав дітей, інформування спеціалістів у галузі освіти про права дітей, шляхи їх захисту, проблеми, що існують у цій сфері, тощо.

Розглянуті моделі — це один із підходів до визначення видів омбудсменів із прав дитини. Утім такий підхід не виключає визначення моделей дитячих омбудсменів і за іншими критеріями. Вони не суперечать один одному, а навпаки — дають можливість побачити всю різноманітність існуючих форм захисту дітей та їх можливості. Враховуючи, що повноваження дитячих омбудсменів часто-густо поширюються не тільки на територію країни, а й спрямовані на захист дітей конкретного регіону, міста і т. ін., виділяють національні, регіональні та місцеві інституції.

У багатьох країнах світу одночасно з національним омбудсменом працюють і самостійні регіональні омбудсмени, або функціонують територіальні органи (представники).

Вельми цікавим у цьому відношенні, хоча і своєрідним, є досвід Російської Федерації щодо створення та забезпечення функціонування мережі дитячих омбудсменів. Особливістю російської моделі є те, що на федеральному рівні діє Уповноважений Президента з прав дитини. У той же час в окремих суб'єктах Російської Федерації запроваджений регіональний спеціалізований омбудсмен із захисту прав дитини. Наприклад, Уповноважений з прав дитини міста Москви, Уповноважений з прав дитини міста Санкт-Петербург, Новгородської області, Архангельської області, Івановської області та ін.

Перші посади уповноважених з прав дитини були запроваджені у 1998 р. у 5 суб'єктах Російської Федерації за підтримки Дитячого фонду ООН (ЮНІСЕФ) у Росії та Міністерства соціальної політики. А на кінець 2011 р. уповноважені з прав дитини діяли вже у всіх 83 регіонах Російської Федерації.

Що стосується Уповноваженого Президента з прав дитини, то згідно з Указом Президента Російської Федерації «Про Уповноваженого при Президенті Російської Федерації з прав дитини» від 30.12.2009 р. до основних його повноважень належать такі:

- забезпечення захисту прав дитини і сприяння відновленню порушених прав дитини;
- правова освіта у сфері захисту прав дитини;
- запити і отримання в установленому порядку необхідних відомостей, документів і матеріалів від федеральних органів державної

влади, органів державної влади суб'єктів Російської Федерації, органів місцевого самоврядування, організацій і посадових осіб;

– проведення самостійних або спільно з уповноваженими державними органами і посадовими особами перевірок діяльності федеральних органів виконавчої влади, органів державної влади суб'єктів Російської Федерації, а також посадових осіб, отримання від них відповідних роз'яснень;

– направлення у федеральні органи виконавчої влади, органи державної влади суб'єктів Російської Федерації, органи місцевого самоврядування і посадовим особам, в рішеннях або діях (бездіяльності) яких він вбачає порушення прав і інтересів дитини, своїх рекомендацій щодо можливих і необхідних заходів відновлення вказаних прав і інтересів;

– залучення в установленому порядку для здійснення експертних і науково-аналітичних робіт, що стосуються захисту прав дитини, наукових і інших організацій, а також учених і фахівців, у тому числі на договірній основі¹.

Як зазначалося вище, створення регіональних та місцевих омбудсменів, а також їх повноваження врегульовуються законами суб'єктів Федерації. Так, наприклад, відповідно до ст. 1 Закону міста Москви «Про Уповноваженого з прав дитини міста Москви» посада Уповноваженого з прав дитини запроваджена в цілях забезпечення гарантій державного захисту прав, свобод і законних інтересів дитини у місті Москві, визнання і дотримання цих прав, свобод і законних інтересів органами державної влади, органами місцевого самоврядування міста Москви, їх посадовими особами, організаціями міста².

Основною функцією місцевих омбудсменів, як на це звертається увага у статті І. М. Недова «Функції місцевого омбудсмена як головна характеристика його сутності», є правозахисна³. У вищенаведеному Законі про Уповноваженого міста Москви, а саме в ч. 5 ст. 1 закріпле-

¹ Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка [Электронный ресурс] : Указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 2009 г. № 986 – Режим доступа: <http://www.rg.ru>. – Загл. с экрана.

² Об Уполномоченном по правам ребенка города Москвы [Электронный ресурс] : Закон города Москвы от 3 октября 2001 г. № 43. – Режим доступа: <http://www.ombudsman.mos.ru>. – Загл. с экрана.

³ Недов І. М. Функції місцевого омбудсмана як головна характеристика його сутності / І. М. Недов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2011. – № 1. – С. 50–57.

но, зокрема, що Уповноважений захищає права, свободи і законні інтереси дитини, визначені в Конвенції ООН про права дитини, Загальній декларації прав людини, Європейській конвенції про захист прав людини й основних свобод, Конституції Російської Федерації, Сімейному кодексі Російської Федерації, Федеральному законі «Про основні гарантії прав дитини в Російській Федерації», інші права, встановлені Федеральним законом «Про додаткові гарантії з соціального захисту дітей-сиріт і дітей, що залишилися без піклування батьків», іншими нормативними правовими актами Російської Федерації та міста Москви, в разі їх порушення у місті Москві¹.

За висновками дослідників, за сучасних умов новий для Росії інститут уповноваженого з прав дитини в умовах самостійності регіонів і відсутності єдиного федерального закону з цього питання в багатьох моментах розвивається в результаті компромісів різних органів влади, в умовах обмеженого фінансування, але у співвідношенні з великою потребою з боку населення, а останнім часом — і самих органів державної і муніципальної влади, громадянського суспільства, судової системи.

Наявність регіонального та місцевого дитячого омбудсмена має беззаперечні переваги, бо вони забезпечують для дитини полегшену процедуру самостійного звернення по допомогу без посередництва дорослих. Будучи найбільш наближеним до дитини, Уповноважений має можливість оперативно реагувати на факти порушення прав дитини, особисто беручи участь у відновленні її прав, залучаючи до цього також необхідних спеціалістів та експертів.

З метою об'єднання зусиль та забезпечення подальшого впровадження та розвитку інституту уповноваженого з прав дитини в суб'єктах Російської Федерації і на федеральному рівні у березні 2005 р. була створена Координаційна рада уповноважених з прав дитини в суб'єктах Російської Федерації. Важливим є той факт, що окрім самих уповноважених з прав дитини, його членами стали і деякі правозахисні неурядові організації.

У цілому, як про це свідчить досвід держав, що створили інститути уповноважених з прав дитини, наявність даних інститутів є важливим механізмом захисту прав і інтересів дітей. Перш за все тому, що

¹ Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации [Электронный ресурс] : Федеральный Закон в редакции от 20.07.2000 г. №103-ФЗ. – Режим доступа: <http://www.r-komitet.ru>. – Загл. с экрана.

вони є незалежними органами, наділеними правом виступати від імені дітей і одночасно зосереджують свою діяльність виключно на захисті їх інтересів.

Можна повною мірою погодитись із позицією тих фахівців, які вважають, що ефективність діяльності дитячих омбудсменів може бути досягнута тільки за дотримання сукупності таких умов: 1) незалежність омбудсмена (невтручання уряду в його діяльність, свобода вираження своїх поглядів з приводу захисту прав дітей тощо); 2) безпосередній контакт з дітьми: людина, що займає цей пост, має бути доступна для дітей, інформація про його роботу повинна викладатися мовою, розрахованою на дітей, і поширюватися через засоби масової інформації¹.

Як вже зазначалось вище, в Україні відповідно до ст. 101 Конституції України парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина, у тому числі і дітей, здійснює Уповноважений Верховної Ради з прав людини².

Цікавою і плідною видається ініціатива Уповноваженого Верховної Ради з прав людини щодо створення інституту захисту прав дитини за участю самих дітей, що дає можливість реально прислухатись до їхнього голосу. Цей досвід роботи був представлений та отримав визнання на Конференції європейських омбудсменів, що проходила в Афінах у 2006 р.³

Звернемо увагу і на те, що в Україні у 2011 р. Указом Президента України № 811/2011 «Питання Уповноваженого Президента України з прав дитини» було встановлено, що здійснення Президентом України повноважень щодо забезпечення додержання конституційних прав дитини забезпечується Уповноваженим Президентом України з прав дитини. Цим же Указом було затверджено Положення про Уповноваженого Президента України з прав дитини.

Хоча Уповноважений Верховної Ради з прав людини і Уповноважений Президента з прав дитини приділяють питанням захисту дітей значну і різноманітну увагу, в той же час сьогодні все активніше об-

¹ Карпачова Н. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні [Електронний ресурс] : Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верхов. Ради України з прав людини від 5 квіт. 2011 р. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.kiev.ua>. – Заголовок з екрана.

² Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верхов. Ради України 28 черв. 1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Карпачова Н. Захист прав дитини – особлива турбота [Електронний ресурс] : Доповідь Уповноваженого Верхов. Ради України з прав людини від 5 квіт. 2011 р. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.kiev.ua>. – Заголовок з екрана.

говорюється питання щодо створення в Україні самостійного інституту Уповноваженого з прав дитини. Не викликає сумніву той факт, що запровадження дитячого омбудсмена є значним кроком уперед у сфері захисту дітей, дозволяє зосередити увагу держави на цій виключно важливій сфері. І на цьому шляху вельми корисним може стати вивчення та опрацювання саме досвіду зарубіжних країн щодо діяльності омбудсменів з прав дитини. Причому найбільш привабливою для України вважаємо модель, за якою одночасно функціонують і Уповноважений з прав дитини, і Уповноважений з прав людини.

Закриницкая В. Омбудсмен по правам ребенка в механизме государственной защиты прав, свобод и законных интересов детей: зарубежный опыт

В статье рассмотрены основные подходы к созданию и обеспечению деятельности омбудсменов по правам ребенка, существующие в зарубежных странах. Выделяются условия, необходимые для функционирования детских омбудсменов, а также значение зарубежного опыта для развития института уполномоченного по правам ребенка в Украине.

Ключевые слова: социальная защита, омбудсмен по правам ребенка, Уполномоченный по правам ребенка, модели, механизм государственной защиты по правам ребенка.

Zakrinitckaya V. The Ombudsman for Children's Rights in the mechanism of state protection of the rights, freedoms and lawful interests of children: international experience

The article analyzes the development of the Ukrainian Ombudsman for Children's Rights and the experience of other countries. Also consider models that exist in foreign countries.

Keywords: social protection, the Ombudsman for Children's Rights, the Commissioner for Children's Rights, a model.

Методологічні проблеми оновлення Конституції України

24 жовтня 2012 р. розпочав роботу постійно діючий методологічний семінар Конституційної Асамблеї «Сучасний конституційний процес в Україні: проблеми теорії і практики». Організаторами першого засідання семінару на тему «Методологічні питання оновлення Конституції України» виступили Комісія Конституційної Асамблеї з питань конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію змін до Конституції України, Національна академія правових наук України та Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У роботі семінару взяли участь заступник Голови Конституційної Асамблеї, академік НАН України Ю. С. Шемшученко, Секретар Конституційної Асамблеї М. І. Ставнійчук, голови комісій, члени Конституційної Асамблеї, вчені — фахівці в галузі держави і права, державного управління, представники громадськості.

Відкриваючи методологічний семінар, Ю. С. Шемшученко зазначив, що сучасний світовий і вітчизняний конституціоналізм — це складна наукова система, методологічна база реформування і оновлення Основного Закону. Вітчизняний конституційний досвід засвідчує, що системний і науково виважений підхід часто поступався місцем перед політичною і плановою доцільністю. Досить згадати прийняття чинної Конституції, робота над якою ґрунтувалася далеко не на наукових засадах сучасного конституціоналізму. Ще менш науково обґрунтованим був процес внесення змін до Конституції України у грудні 2004 р. Наука, зокрема юридична, не була причетна до сумнівних змін конституційного характеру.

У світлі зазначеного і в контексті утворення Конституційної Асамблеї існує унікальний механізм для повноцінної реалізації ідеї дійсно науково обґрунтованої і системної модернізації Основного Закону України. При цьому ключовою методологічною засадою є висловлена думка Президента України про те, що Конституція «не повин-

на писатися під будь-який орган влади, політичну силу чи окремі персоналії». Наукове забезпечення конституційного процесу передбачає насамперед методологічно правильне визначення проблем оновлення Конституції та способів їх вирішення.

До проблем, які стосуються майбутньої Концепції змін до Конституції України, належать: посилення конституційних гарантій прав і свобод людини і громадянина, включаючи реальне забезпечення незалежного судового їх захисту, створення ефективного механізму їх системної реалізації відповідно до кращих світових стандартів; уточнення завдань і ролі держави в умовах посилення глобалізаційних процесів; існує потреба наповнити реальним змістом формулу Конституції про повновладдя народу, про народ як єдине джерело державної влади в країні; особливою непослідовністю в чинній Конституції характеризуються конституційні положення щодо організації державної влади. Йдеться про закріплення дієвого механізму стримувань і противаг через оптимальний перерозподіл повноважень між Президентом, Верховною Радою, Кабінетом Міністрів України, неприпустимість концентрації влади в одному центрі, створення правової основи ефективної співпраці та взаємної відповідальності між органами державної влади, підтримки та утвердження реального парламентаризму в Україні. Існує об'єктивний ресурс нормативно-конституційних змін щодо розширення впливу народу на процес правосуддя. Конституційні зміни повинні стати основою ефективної судової системи, запровадження європейських підходів доступу до правосуддя, закріплення гарантій реальної незалежності суддів, утвердження дієвого та ефективного суддівського самоуправління; мають бути створені належні конституційні засади реформування місцевого самоврядування як основи конституційного ладу, приведення його до міжнародних стандартів; не можна залишити поза увагою правове гарантування та захист Конституції, а також основ конституційного ладу, базових його принципів від негативних чинників. В оновленому Основному Законі належним чином слід передбачити його охорону та захист.

Нарешті, у теоретичному плані надзвичайно актуальною є проблема обсягу конституційно-правового регулювання. Беручи до уваги пропозиції істотно розширити межі конституційного регулювання, слід пам'ятати, що не можна перетворити Конституцію у кодекс. Очевидно, що наша Конституція у процесі її модернізації може збільшитися на

50–60 статей, але за рахунок принципових питань державно-правового будівництва.

Слід також визначитися з категорією конституційних законів. Майже 20 таких законів було передбачено чинною Конституцією, але вони так і не прийняті до цього часу. У процесі модернізації чинної Конституції України важливо не зменшити її демократичний потенціал. Відповідні зміни мають базуватися на глибокій теорії і демократичних принципах. Методологічно важливо при цьому, щоб в основу модернізації Конституції був покладений загальнонародний інтерес.

Із доповіддю на тему *«Конституція України: загальні питання методології оновлення»* виступив член Конституційної Асамблеї *О. І. Ющик*. Він наголосив на важливості проведення методологічних семінарів у форматі роботи Конституційної Асамблеї, які повинні давати чіткі відповіді на методологічні проблеми різного рівня — від загальних методологічних питань до конкретних питань методики реалізації певної методології. Слід визначитися в кількох найбільш загальних питаннях методологічного характеру, насамперед наукового забезпечення діяльності Конституційної Асамблеї.

Перше методологічне питання стосується загального характеру конституційних змін. Визначення характеру конституційних змін залежить значною мірою від того, у який спосіб визначати вказані зміни. Існує два способи вирішення проблеми, які ґрунтуються або на дедуктивному, або на індуктивному методі, чи підході.

Особливість сучасного етапу конституційного процесу полягає в тому, що в ньому від самого початку задіяна специфічна інституція — Конституційна Асамблея. Концепція її діяльності будується на засадах, які передбачають використання саме колективного розуму підготовлених у фаховому відношенні й відповідальних представників науки і державотворчої практики. І завдання Конституційної Асамблеї — це насамперед аналіз практики реалізації чинної Конституції, далі вироблення Загальної концепції на основі узагальнення цього аналізу і лише на основі такої концепції формулювання положень закону.

Саме так уявляла собі методологічний підхід до розробки законопроекту про внесення змін до Конституції Група наукових консультантів, готуючи Концепцію організації та діяльності Конституційної Асамблеї; і цей підхід був сприйнятий Президентом України, який затвердив своїм Указом Положення «Про Конституційну Асамблею».

Розроблення Загальної концепції конституційних змін має включати три завдання: 1) аналіз практики реалізації Конституції і визначення проблемних конституційних положень; 2) вибір способів розв'язання проблем і техніко-юридичних варіантів їх вирішення; 3) концептуальне зведення обраних варіантів розв'язання проблем, приведення їх до загального знаменника.

Для вирішення першого з цих методологічних завдань слід розробити відповідну методику, яка полягала б у визначенні проблемних позицій через їх відбір на двох рівнях групування.

Слід діяти методом виключення: спочатку неактуальних питань, далі менш актуальних, з виходом на групу дійсно проблемних позицій. Базу для відбору проблемних позицій доцільно обмежити аналізом таких джерел (за період 1996–2012 рр.): а) рішення й ухвали Конституційного Суду України та висновки наукових установ і інших суб'єктів у справах по рішеннях Конституційного Суду; б) судова практика (постанови Пленуму Верховного Суду України); в) укази Президента України, рішення Верховної Ради України з питань Конституції України та додаткові матеріали до них (пояснювальні записки тощо); г) закони, передбачені Конституцією, досі не прийняті парламентом; д) наукові публікації з питань реалізації та змінення Конституції України.

При цьому предмет аналізу доцільно обмежити казусами, конфліктними або проблемними ситуаціями, що однозначно стосуються реалізації конкретних статей (чи окремих положень) чинної Конституції України. За результатами опрацювання цих матеріалів слід здійснити суцільний аналіз тексту чинної Конституції України і визначити позиції різних рівнів актуальності, а також провести відбір найбільш проблемних позицій. На цій основі має бути сформований єдиний перелік проблемних конституційних положень. При цьому кожен проблемну позицію чітко сформулювати, із визначенням характеру проблеми та обґрунтуванням потреби в її конституційному вирішенні.

Такий перелік, за найобережнішим прогнозом, може містити від 300–400 до 700–800 проблемних конституційних положень (при цьому до проблемних належать і положення, що потребують лише редакційних правок). Разом з тим їх кількість залежить від того, як узагальнювати формули проблем — на більш абстрактному рівні чи конкретизувати їх.

Щодо вирішення другого завдання — вибору способів розв'язання проблем і техніко-юридичного варіанту їх вирішення, слід зважати на

тенденції розвитку світового конституціоналізму. Для цього доцільно звернутися до відповідної методики, яка полягає у: здійсненні порівняльного аналізу текстів усіх існуючих у світі чинних конституцій; узагальненні результатів аналізу за предметами відання комісій Конституційної Асамблеї стосовно тих положень чинної Конституції України, які будуть визначені як проблемні; виборі варіанта (варіантів, в тому числі альтернативних) вирішення й техніко-юридичного формулювання щодо кожного з проблемних конституційних положень; складанні зведеної по кожній комісії таблиці проблемних положень і варіантів їх вирішення та формулювання. При цьому потрібно визначитись із методологічним підходом щодо способу розв'язання проблеми і техніко-юридичного варіанта її вирішення.

Для вирішення третього завдання — концептуального поєднання в рамках Загальної концепції конституційних змін обраних варіантів розв'язання проблем доцільно реалізувати таку методику: сформулювати методичні вимоги до завдань, структури, обсягу та оформлення положень Загальної концепції конституційних змін; скласти попередній проект Концепції із поданих комісіями варіантів вирішення і юридичного формулювання проблемних конституційних положень; провести експертну оцінку попереднього проекту, визначити «вузькі місця», суперечності проекту Загальної концепції і усунути їх; скласти узгоджений комісіями проект Загальної концепції і провести його широку апробацію на круглих столах, конференціях, семінарах тощо для вироблення її остаточної редакції і схвалення на засіданні Конституційної Асамблеї. У тому полягає шлях вирішення загальних проблем методологічного характеру.

Слід наголосити на існуванні методологічних проблем нижчого рівня, які стосуються вирішення спеціальних питань, тобто переходу від загального до особливого та окремого рівнів методології в науковому забезпеченні діяльності Конституційної Асамблеї.

Мається на увазі потреба методологічного забезпечення опрацювання тих проблемних положень, які будуть визначені за результатами аналізу чинної Конституції. ТанDEM «методологія — методика» буде неповним, якщо його не доповнити третьою ланкою — організацією виконання методики.

Методологія — методика — організація — алгоритм науково-методологічного забезпечення діяльності Конституційної Асамблеї, без якого не можна досягти її ефективності.

Виходячи з вищезазначених методологічних і методичних підходів, слід створити методологічну робочу групу у складі 9–11 членів Конституційної Асамблеї від представників усіх її комісій. Методологічна група мала б діяти при Координаційному бюро та готувати відповідні методичні рекомендації щодо діяльності Конституційної Асамблеї й комісій. За таких умов діяльність робочих органів і всієї Конституційної Асамблеї набула б більшої цілеспрямованості та організованості.

У своїй доповіді *«До питання методології модернізації Конституції України»* М. І. Ставнійчук, секретар Конституційної Асамблеї, наголосила, що загальноприйнятий підхід до розуміння методології передбачає наявність сукупності прийомів дослідження, методів пізнання й відтворення в мисленні. Ще на стадії підготовки та формування Конституційної Асамблеї ми виходили з того, що алгоритм діяльності Конституційної Асамблеї та методологія її діяльності мають бути закладені в її установчих документах. Такий підхід і було застосовано у Положенні про Конституційну Асамблею, в якому серед основних її завдань визначені: узагальнення практики реалізації Конституції України, пропозицій і рекомендацій щодо її вдосконалення з урахуванням досягнень і тенденцій сучасного конституціоналізму; підготовка та схвалення Концепції внесення змін до Конституції України, подання її Президентові України; підготовка на основі Концепції внесення змін до Конституції України законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України та попереднє його (їх) схвалення; організація громадського, а також фахового, у тому числі за участю міжнародних експертів, зокрема експертів Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанська Комісія), обговорення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України; доопрацювання за результатами громадського і фахового обговорення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України; схвалення законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України та подання Президентові України для внесення на розгляд Верховної Ради України відповідно до розділу XIII Конституції України.

У Положенні визначено засади діяльності Асамблеї, права і обов'язки її членів. Затверджений Регламент її роботи має демократичну природу, отже, створює можливості для активної, повноцінної, конструктивної роботи Конституційної Асамблеї та її органів.

Діяльність Конституційної Асамблеї ґрунтується на принципах верховенства права, колегіальності, самоврядності, прозорості, відкритості та гласності, незалежності у прийнятті рішень, а також засадах професіоналізму й науковості. Йдеться про реальний справжній набір правового та комунікативного інструментарію, який забезпечить ефективний вільний і конструктивний обмін думками (діалог) та створення атмосфери довіри в роботі членів Конституційної Асамблеї, між експертами, консультантами. Не менш важливим є завоювання довіри до результатів роботи Конституційної Асамблеї та їх сприйняття Президентом України, політичними парламентськими силами, громадянським суспільством, а отже, можливості розгляду та підтримки її пропозицій щодо «законопроекту (законопроектів) про зміни до Конституції України».

Далі було наголошено, що актуальність сучасного конституційного процесу в Україні визначається політичними протистояннями і конкуренцією, відсутністю належного консенсусу й компромісу на основі саме найвищого суспільного та державного інтересу. З огляду на ці обставини було сприйнято ідею Конституційної Асамблеї як політично незаангажованого фахового органу.

Питання підготовки змін до Конституції України не може бути суто юридичною формальністю. Напрацьовані пропозиції можуть значно вплинути на подальші політичні процеси, а при їх виваженому, об'єктивному підході, науковому характері можна стверджувати, що вони можуть лягти в основу майбутнього конституційно-політичного діалогу.

Кожна пропозиція має бути спрямована на забезпечення конституційної стабільності, наступності національного конституційного режиму та забезпечення політичної й громадської легітимності, на пошук адекватних моделей відображення в Основному Законі суспільних інтересів. Для Конституційної Асамблеї не може бути закритих тем. Її пленарні засідання проходять у відкритому доступі. Предметом особливої уваги має бути розгляд трьох питань: методології фундаментальної науки; організації роботи Конституційної Асамблеї; методології змін до Конституції України. Це суміжні, хоча й дещо різні питання, а отже, потребують різних шляхів їх вирішення у конституційному процесі.

Методологічні питання змін до Конституції України насамперед пов'язані з основними питаннями застосування комплексного й сис-

темного підходів, визначення переліку політичних, правових пріоритетів модернізації Основного Закону, як у загальних, так і відповідних сферах конституційного регулювання.

Здійснення системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні має відбуватися шляхом внесення змін до Конституції України. Зміст та текст Конституції України можуть набути її нової редакції. Концептуально системний та комплексний підхід може передбачати підготовку кількох законопроектів про внесення змін до Основного (основоположного) Закону України. Про пакет законопроектів йдеться у відповідних рекомендаціях Конституційній Асамблеї Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії). Президент України В. Ф. Янукович перед Конституційною Асамблеєю визначив пріоритети конституційного процесу — створення конституційних засад судової реформи та реформування місцевого самоврядування. Такий підхід може передбачати першочергову, однак у рамках концептуального підходу модернізації Конституції України, підготовку окремих законопроектів щодо змін до Основного Закону України.

Окреме теоретичне питання, яке потребує осмислення, стосується різного порядку внесення змін до Конституції України, відповідно до її XIII розділу.

Модернізована Конституція України має ґрунтуватися на положеннях чинної Конституції України та розвивати їх. Модернізаційний підхід до Конституції України має бути орієнтований на утвердження людини як найвищої цінності суспільства і держави.

Права і свободи людини і громадянина, гарантії їх реалізації та захисту повинні бути викладені системно, комплексно, уникаючи декларативності у їх закріпленні. У Конституції України мають бути закріплені гарантії і механізм реалізації прав і свобод, а їх обмеження повинні чітко встановлюватися і фіксуватися виключно на конституційному рівні.

У реформованій Конституції України має бути запроваджений принцип пропорційності, відповідно до якого правові обмеження прав і свобод людини і громадянина повинні бути мінімальні. Конституція України має підсилити механізм реалізації її положень як норм прямої дії. Положення Основного Закону України повинні захищатися державою, варто у зв'язку з цим, можливо, повернутися до питання прийняття конституційних законів.

Модернізована Конституція України має відповідати загальноєвропейським міжнародним стандартам, принципам та вимогам міжнародно-правових документів у сфері прав людини, а також максимально враховувати рекомендації і висновки Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії), Парламентської Асамблеї Ради Європи, світовий та вітчизняний досвід конституціоналізму.

Конституція України має врегулювати питання про пріоритет міжнародних договорів у сфері прав і свобод людини стосовно актів національного права. В Основному Законі мають бути зафіксовані конституційні засади світових та європейських інтеграційних прагнень Української держави.

Оновлена Конституція України має забезпечити реалізацію державної влади на засадах чіткого розподілу її функцій та повноважень через встановлення системи стримування і противаг адміністративної, адміністративно-територіальної реформи та реформи місцевого самоврядування.

Структура модернізованої Конституції України і викладення її положень повинні забезпечувати наступництво у конституційному регулюванні суспільних відносин. Структура оновленої Конституції має, відповідно до усталеної загальної логіки формування нормативно-правового матеріалу, відповідати національній законодавчій техніці нормотворення з урахуванням світового європейського конституціоналізму та необхідності уніфікації категорійно-понятійного апарату.

Утім методологія підготовки документів конституційного рівня завжди передбачає визначення та постановку ціннісних орієнтирів, мети, визначення часових рамок підготовки документів, етапів діяльності, пропозицій щодо способів, форм, засобів розв'язання поставлених цілей, визначення насамперед переліку очікуваних прогнозних результатів тощо.

У доповіді член Конституційної Асамблеї *М. В. Оніщук* зазначав, що чинний Основний Закон втілює головні здобутки і напрацювання європейського конституціоналізму. Разом з тим гостра політична боротьба, яка передувала прийняттю Конституції, зумовила її половинчастість та компромісність.

Потреби еволюційного розвитку України потребують переосмислення положень чинної Конституції та вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин. Потрібна не нова Конституція, а втілення в існуючу нового характеру взаємин між громадянином

і суспільством, з одного боку, і владою — з другого. Зміни мають усунути у змісті Основного Закону існуючі недоліки: недостатність механізмів гарантування конституційних прав і свобод людини й громадянина; вади в організації та функціонуванні державного механізму; очевидно гіпертрофований централізм; недосконалості системи стримувань і противаг, неефективність існуючої територіальної організації влади, смислові неузгодженості. Зміни мають відкрити шлях до проведення давно назрілих правових реформ.

Основою сучасної доктрини конституційної перебудови України є такі ключові питання: вдосконалення механізмів реалізації влади народом, формування й удосконалення системи організації публічної влади і механізмів її контролю.

Розвиток народовладдя має принципове значення в доктрині конституційного оновлення. Воно безпосередньо пов'язано з формуванням влади, розвитком представницької демократії, а також із безпосередньою участю народу в здійсненні влади.

Формування влади відбувається шляхом виборів. Тому забезпечення широкої участі громадян у виборах, їх прозорості, вільного волевиявлення, сталості виборчого законодавства і виборчого процесу повинні визначати мету й становити зміст конституційних змін.

Усі виборці повинні мати однакову кількість голосів на виборах і голосувати особисто; виборцям мають гарантувати умови для вільного формування своєї волі та її вільного виявлення під час голосування.

Важливо закріпити періодичність виборів, визначити конституційні терміни їх проведення, розвести в часі вибори Президента України, народних депутатів і органів місцевого самоврядування (хоча і в рамках одного виборчого циклу). Через засоби конституційного регулювання слід забезпечити неспотворюваність народного волевиявлення, запровадити систему відкритості партійних списків і з огляду на недорозвинутість політичної культури, елементів імперативності представницького мандата.

Необхідним є запровадження інституту народної законодавчої ініціативи, коли (на вимогу певної кількості громадян, які мають право голосу, наприклад, від 100 до 500 тис.) законопроект може бути внесено до парламенту та розглянуто позачергово. За народною ініціативою (на вимогу не менше 1,5 млн громадян України, які мають право голосу) може бути подано законопроект про внесення змін до Конституції або про нову редакцію Конституції України. Назрілим

є конституційне унормування положень про скасувальний референдум (народне вето) та право на конституційну скаргу.

Удосконалення потребують положення чинної Конституції щодо меж використання референдної демократії. На загальнонаціональних референдумах вирішуються питання національного суверенітету: зміна території, участь у міждержавних об'єднаннях, схвалення змін до Конституції тощо. Рішення, ухвалені за наслідками реалізації такої форми народного волевиявлення, мають бути обов'язковими та не потребують додаткового затвердження будь-якими конституційними органами. Саме на конституційному рівні, а не рішеннями Конституційного Суду України, має бути визначений порядок введення в дію рішень, ухвалених на референдумі.

Щодо удосконалення системи організації публічної влади, то в Україні має бути змішана або парламентсько-президентська форма правління. Саме такий політичний режим виступає надійним запобіжником повернення до автократичних форм правління.

Сьогодні визначальним у питанні вдосконалення системи організації влади є створення нових конституційних балансів, сучасної та ефективної системи стримувань і противаг. Особливо актуальним це є з огляду на політичну незавершеність і недостатню зрілість української демократії.

Основними чинниками, які визначають зміст удосконалення системи стримувань і противаг, є: закріплення неоднакових форм і способів формування окремих гілок влади; встановлення різних термінів їх повноважень; визначення чітких дискретних повноважень кожної з них; послідовне проведення в життя демократичних принципів організації та діяльності органів державної влади та їх посадових осіб; встановлення конституційно-правової відповідальності за допущені порушення дискретності; здійснення належного конституційного контролю за діяльністю суб'єктів владних повноважень з метою забезпечення верховенства права у їх взаємовідносинах.

Стрижнем конституційних змін мають стати перехід до бікамералізму; роз'єднання джерел формування основних гілок влади, насамперед судової; забезпечення єдності й цілісності виконавчої влади — усунення існуючого її дуалізму.

До європейських стандартів пропонується обмежити обсяг недоторканності парламентарів. Притягнення їх до кримінальної відповідальності має здійснюватись у загальному порядку, аж до набрання

законної сили обвинувальним вироком щодо нього, що має наслідком припинення повноважень народного депутата.

Увесь склад Кабінету Міністрів України має формуватись у парламентський спосіб, тобто з одного джерела — палатою депутатів, яка водночас має бути наділена широкими повноваженнями щодо контролю за діяльністю уряду й перед якою він (уряд) відповідальний. При цьому запровадження парламентської інвеститури, тобто схвалення парламентом Програми діяльності уряду з одночасним затвердженням складу Кабінету Міністрів України, дасть змогу утворити сильну, стабільну виконавчу владу, здатну ефективно співпрацювати з представницьким органом. Пропонована модель організації виконавчої влади та її взаємодії із законодавчою відповідає завданню утвердження в національній державно-правовій системі змішаної форми правління в умовах незавершеності розвитку парламентаризму.

Повноваження Президента України мають бути зосереджені на питаннях зовнішньої політики, національної безпеки і оборони.

Одним із фундаментальних завдань державно-правового розвитку країни та конституційно-правової модернізації є децентралізація влади в Україні. Очевидною стає необхідність децентралізації існуючої системи влади.

Потребує перегляду існуюча система територіально-адміністративного поділу (устрою) країни. Слід визначитися з межами двох складових у публічній системі управління — державного й регіонального (муніципального). Рухатися тут необхідно, спираючись на принцип повсюдності й повновладдя місцевого самоврядування.

У сучасній доктрині конституційної перебудови України важливе місце відводиться питанням удосконалення механізмів контролю влади.

Йдеться про встановлення дієвого парламентського контролю і створення такої судової системи, яка забезпечує ефективний захист прав людини і контроль за діями публічних інститутів влади, зокрема, про запровадження усталеної в практиці розвинутих зарубіжних країн форми парламентського контролю за урядом, а саме: інституту інтерпеляції в її класично-європейському конституційному форматі.

Потребує конституційного унормування й діяльність Уповноваженого з прав людини. Після його висновків про порушення прав людини невідворотно має наставати відповідальність винних осіб, ці заходи мають проводити органи, які наділені відповідною компетенцією, для унеможливлення повторення таких порушень у майбутньому.

Зміни до Конституції України мають створити конституційну основу для реформування судової системи, перетворити суди і правосуддя в справжніх гарантів реалізації та захисту прав людини і громадянина.

Зміни полягають у: запровадженні інституту мирових суддів; закріпленні конституційних гарантій створення в Україні суду присяжних як суду факту; зміні порядку формування Вищої ради юстиції з метою забезпечення у її складі більшості суддів, обраних безпосередньо суддівським товариством; збільшенні вікового цензу суддів до 29 років; виведенні політичних органів (парламент і Президент) із процедури призначення суддів; скасуванні першого призначення суддів на п'ятирічний термін; обранні на посади голів місцевих й апеляційних судів та їх заступників зі складу суддів відповідного суду; встановленні окремого бюджетного фінансування кожного суду.

Далі М. В. Оніщук зазначив, що сьогодні не існує іншого шляху внесення змін до Конституції України, ніж це передбачено її нормами.

Прийняття нової редакції або нової Конституції України на референдумі за народною ініціативою є можливим, однак лише після внесення змін до XIII розділу Конституції України та за наявності відповідних норм у законах України, які регулюють ці відносини.

У своїй доповіді член Конституційної Асамблеї *М. О. Теплюк* зупинився на методологічних питаннях уведення в дію конституційних законів. Одним із перших кроків у роботі Конституційної Асамблеї має стати аналіз практики реалізації чинної Конституції, аналіз того, якою мірою втілено в життя її положення, які положення Конституції є проблемними.

Конституцією 1996 р. вносилися радикальні зміни в існуючу систему відносин, і ці зміни проводилися через її перехідні положення.

Вирішальною на той час виявилася потреба в стабілізації, чим і пояснюється негайне надання чинності новій Конституції з дня її прийняття, за рахунок нехтування правилами юридичної техніки та ігнорування тих суперечностей, які виникають у зв'язку з таким політичним за своєю сутністю рішенням. Конституція 1996 р. стала чинною навіть за відсутності офіційно підписаного її тексту.

Чинність попередньої Конституції припинилася в день ухвалення нової Конституції (як пізніше витлумачив Конституційний Суд), а тому її вимоги перестали бути обов'язковими. Однак нова Конституція не допускає набуття чинності законом (у тому числі й конституційним) раніше дня його опублікування. Крім того, у ст. 57 цієї Конституції

недвозначно встановлено, що закони, які визначають права і обов'язки громадян (розділ II Конституції), не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Отже, ст. 160 Конституції суперечила ст. 57 тієї ж Конституції України.

Крім того, якщо застосувати до набуття чинності Конституцією 1996 р. вимоги, встановлені нею до законів, включаючи конституційні закони, то після її прийняття Конституція разом із законом про введення її в дію мала б бути підписана Головою Верховної Ради України і невідкладно направлена Президенту України (згідно зі ст. 94 Конституції). Яким чином у такому разі розвивалися б події далі, сказати важко, оскільки невідомо, чи підписав би глава держави ухвалену парламентом Конституцію, чи застосував щодо неї вето. Тому єдиноприйнятним виходом із ситуації виявилось урочисте підписання Конституції (а точніше, Закону про її прийняття та введення в дію) одночасно Головою Верховної Ради України та Президентом України 12 липня 1996 р.

Будь-який правовий акт, у тому числі Конституція, має бути підписаний повноважним суб'єктом, без чого він не може вважатися чинним. У статті 160 Конституції України ця вимога фактично проігнорована.

З аналізу практики конституційного процесу в Україні виявляється необхідність у методологічних напрацюваннях з метою вирішення, зокрема, питання співвідношення політичної і техніко-юридичної доцільності у конституційному процесі, значення юридичної техніки для забезпечення належної дії оновленої Конституції України. За умови прийняття окремого конституційного закону про введення в дію оновленої Конституції України логічно з точки зору юридичної техніки усі положення, аналогічні вміщеним у розділі XV «Перехідні положення» Конституції, викласти в цьому законі. Отже, нова редакція Конституції не містила б у собі положень, які перестали бути актуальними і не діють після їх реалізації, але залишаються в тексті Конституції. Це стосується пунктів 2–8, 10, 11, 12, 13 розділу XV Конституції України. Крім того, у разі прийняття законів про внесення змін до Конституції України з прикінцевими та перехідними положеннями не виникало б питання про те, в якій частині текст прийнятого конституційного закону включати в текст чинної Конституції України. А у період із 1 січня 2006 р. до 30 вересня 2010 р. виникла не зовсім вдала з точки зору юридичної техніки ситуація

у зв'язку з прийняттям Закону України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV «Про внесення змін до Конституції України», в якому вміщено розділ II «Прикінцеві та перехідні положення».

В офіційному виданні Конституції України (Київ: Парламентське видавництво, 2006) було вміщено безпосередньо після тексту Конституції під заголовком «Додатки» витяг із Закону від 8 грудня 2004 р., в якому наведено зміст його прикінцевих та перехідних положень. У Додатках вміщено офіційні тлумачення до Конституції України у рішеннях Конституційного Суду України. Разом з тим у цьому «офіційному» виданні Конституції України не було надруковано Закон України «Про прийняття Конституції та введення її в дію» від 28 червня 1996 р., як це було зроблено у першому мініатюрному презентаційному виданні Конституції 1996 р., де вміщено вказаний Закон за підписами Голови Верховної Ради України та Президента України. Отже, прийняття окремо законів про введення в дію Конституції та конституційних законів є необхідністю.

Виступ члена Конституційної Асамблеї *А. Р. Крусян* був присвячений теоретичним засадам оновлення Конституції України. Вона зазначала, що її системне оновлення має відбуватися відповідно до методологічного алгоритму досягнення поставленої мети як оптимальної системи формалізованих завдань і досягнення прогнозованого результату.

Сучасний етап конституційних перетворень в Україні потребує системної конституційної модернізації. Звідси, оновлення Конституції передбачає її модернізацію, що означає не тільки її удосконалення, але й «осучаснення».

Утім при цьому важливо зберегти все найкраще, що є в чинній Конституції України. Важливими є питання щодо характеру та правової форми оновлення Основного Закону. Конституція може бути змінена повністю або частково. Повний перегляд Конституції здійснюється двома шляхами — прийняттям нової конституції відповідно до правил, що передбачені попередньою конституцією, або прийняттям нової редакції конституції. Часткова зміна Основного Закону здійснюється через процедуру внесення змін до його тексту.

Виконання умов дотримання чинної Конституції при зміні її тексту сприятиме встановленню конституційного правопорядку та забезпеченню конституційної законності.

Враховуючи зміст політико-правових перетворень в сучасній Україні, представляється необхідною та обґрунтованою система консти-

туційна модернізація, зокрема шляхом прийняття нової редакції Основного Закону в межах розділу XIII Конституції України.

Концептуально-методологічною основою для розробки тексту відповідного законопроекту має бути Концепція оновлення Конституції України, яка включала б: методологічні принципи; сформульовані напрями (тенденції) сучасних конституційних перетворень, згідно з якими повинно бути здійснено оновлення Конституції України.

Поряд з такими основними методологічними принципами Концепції, як принципи істинності, об'єктивності, детермінізму, виокремлюється, враховуючи сучасні конституційно-правові реалії, принцип системності та антропологізму.

Виходячи з цих принципів, а також ґрунтуючись на системному аналізі конституційно-правової і соціально-політичної практики, з урахуванням чинного конституційного законодавства і міжнародно-правового досвіду у сфері державно-правового будівництва, в контексті формування українського конституціоналізму, можна визначити основні напрями (тенденції) сучасних конституційних перетворень, згідно з якими повинно бути здійснено системне оновлення Конституції України.

Запропонований перелік напрямів конституційних перетворень та кореспондуючих їм аспектів оновлення Конституції України не претендує на детальність і повну завершеність та стосується безпосередньо основ конституційного ладу України. Водночас цей перелік має методологічну спрямованість на визначення основних методологічних принципів та концептуальних напрямів алгоритмічного процесу системного оновлення Конституції України.

У своєму виступі член-кореспондент НАПрН України *А. М. Колодій* зазначив, що для оновлення Конституції України необхідно використовувати усі вищезазначені підходи, методи та способи. Методологія оновлення Конституції України має бути множинною, плюралістичною.

Філософсько-світоглядні підходи мають визначити саму стратегію оновлення Конституції України, їх загальну спрямованість, яка має бути втіленою у науково обґрунтованій Концепції внесення змін до Конституції України та підготовки на її основі законопроекту (законопроектів) про внесення змін до Конституції України. Концепція внесення змін до Конституції України має наочно відображати та демонструвати ті зміни, які планується внести до Конституції України, і вони

мають бути спрямовані на удосконалення конституційного ладу, громадянського суспільства, конституційно-правового статусу людини і громадянина, місцевого самоврядування, а не державних органів, хоча зміни, що будуть стосуватися статусу та діяльності державних органів, також є надзвичайно важливими.

Використання загальнонаукових, спеціально-наукових, власне юридичних методів зумовлює положення, за якого у новій Конституції України у порівнянні із чинною, доцільно змінити назву розділу I Конституції України «Загальні засади», назвавши його «Загальні засади конституційного ладу», оскільки назва розділу I Конституції України «Загальні засади» є недовершеною.

Розділ I Конституції України, використовуючи системний та структурно-функціональний методи, доцільно структурувати на окремі глави, які б могли називатися «Основи політичної системи», «Основи економічної системи», «Основи духовної системи», «Основи соціальної системи», «Основи правової системи», «Основи міжнародних відносин» тощо.

У главі «Основи політичної системи» мають бути статті, присвячені: громадянському суспільству та правовій, демократичній, соціальній державі в Україні; народу України; якісним та формальним ознакам Української держави (демократичності, соціальності, правовому спрямуванню, формі правління, територіального устрою, державного та правового режиму); принципу розподілу влад; місцевому самоврядуванню; політичним партіям; засобам масової інформації; державним символам; зовнішньополітичній діяльності тощо.

У главі «Основи економічної системи» мають закріплюватись конституційні положення про: форми власності; суб'єктів власності; способи її набуття; землю — основу національного багатства; зовнішньоекономічну діяльність; бюджетну систему України; Державний бюджет України; грошову одиницю України тощо.

У главі «Основи духовної системи» мають закріплюватися статті та їх частини про: освіту; мови; навчальні заклади; розвиток духовності; релігію та релігійні організації; збереження пам'яток історії та культури; багатоманітність ідеологій, відсутність цензури і т. д.

У главі «Основи соціальної системи» є сенс закріпити статті, що присвячені: визнанню людини найвищою соціальною цінністю; соціальному захисту осіб похилого віку; соціальній підтримці молоді; соціальному забезпеченню материнства та дитинства.

У главі «Основи правової системи» доцільно зосередити статті та їх частини про: верховенство права у правовій системі; верховенство Конституції України у системі нормативно-правових актів; пряму дію норм Конституції України; пріоритетність норм міжнародних договорів перед національним законодавством, особливо у гуманітарній сфері; принцип «дозволено усе, що прямо не заборонено законом» та його антипод; принцип законності і т. д.

У главі «Основи міжнаціональних відносин» є сенс викласти статті, які б регламентували статус: української нації; національних меншин; корінних народів; інших соціальних прошарків, що формуються за національною ознакою; ставлення держави до них тощо.

Викладення у розділі I майбутньої Конституції України глав, статей, їх частин, які стосуються і суспільства, держави, беззаперечно, буде сприяти їх формуванню як громадянського та правової.

Надзвичайно важливого значення для реформування громадянського суспільства набуває розділ II, або йому аналогічний, Конституції України. Він має називатися «Основи конституційно-правового (або загального) статусу людини і громадянина в Україні», оскільки у ньому йдеться не тільки про права, свободи та обов'язки людини і громадянина, а й про інші елементи конституційно-правового статусу людини і громадянина. Цей розділ також доцільно систематизувати та структурувати, використовуючи системний та структурно-функціональний методи, виклавши його у вигляді взаємопов'язаних частин (глав). А саме: у першій главі викласти принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина; у другій главі є сенс конституційно регламентувати такий елемент конституційно-правового статусу особи, як громадянство, а також основи конституційно-правових статусів інших категорій осіб. У наступних главах мають викладатися права особисті; політичні; економічні; соціальні; духовні права та свободи людини і громадянина. У заключних главах цього розділу нової Конституції України мали б викладатися обов'язки людини і громадянина.

Реформування вимагає розділ III «Вибори. Референдум» чинної Конституції України, який має називатися «Народне волевиявлення» і у якому слід передбачити та регламентувати усі форми безпосереднього народовладдя: вибори, референдуми, збори, мітинги, походи, демонстрації, страйки, рухи опору та непокори; спростити процедуру призначення всеукраїнського референдуму за народною

ініціативою; передбачити можливість проведення всенародних опитувань та ті юридичні наслідки, які вони будуть викликати; запровадити інститути народної законодавчої та адміністративної ініціативи.

Реформуючи розділ IV «Верховна Рада України», необхідно: передбачити конституційні основи для прийняття законів України «Про Верховну Раду України», «Про тимчасові спеціальні, слідчі та спеціальну тимчасову слідчу комісію», «Про парламентську більшість», «Про парламентську опозицію», «Про депутатські фракції та групи», «Про нормативно-правові акти в Україні», «Про закони та законодавчу діяльність», «Про всеукраїнський референдум», «Про місцеві референдуми», «Про народну законодавчу ініціативу»; зменшити конституційний склад Верховної Ради України до трьохсот народних депутатів України; позбавити народних депутатів України абсолютної депутатської недоторканності; утворити двопалатну структуру парламенту задля забезпечення представництва у Верховній Раді України адміністративно-територіальних одиниць.

Реформуючи розділ V «Президент України», необхідно: більш детально викласти процедуру контрастигування актів Президента України, передбачену частиною 4 статті 106 Конституції України, оскільки у Законі України «Про Кабінет Міністрів України» вона має зовсім інший зміст, ніж у Конституції; зробити реальною процедуру усунення Президента України з поста в порядку імпічменту та поширити цю процедуру стосовно інших вищих посадових осіб держави; позбавити Президента України абсолютної недоторканності, враховуючи сучасні досягнення теорії конституціоналізму.

Реформуючи розділ VI «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади», необхідно насамперед: передбачити конституційне положення, за якого усі органи виконавчої влади, керівники їх структурних підрозділів мали б утворюватися, підпорядковуватися, реорганізовуватись, припиняти повноваження, звільнятися за ініціативою Кабінету Міністрів України; вилучити положення, передбачене частиною 4 статті 118 Конституції України, за якого «Голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України», оскільки місцеві державні адміністрації є складовими частинами системи державної виконавчої влади і мають призначатися вищим органом цієї системи.

Реформуючи розділ VII «Прокуратура», необхідно: врахувати положення нового Кримінального процесуального кодексу України; прийняти новий Закон України «Про прокуратуру України». Загалом право на життя має пропозиція про віднесення прокуратури до судової влади.

Реформуючи розділ VIII «Правосуддя», необхідно: внести зміни до цього розділу Конституції України у напрямі більш систематичного врегулювання та охорони суспільних відносин у зазначеній сфері та його редагування відповідно до назви «Судова влада». У всякому іншому випадку незрозумілою стає сутність статті 131 Конституції України, присвяченої Вищій раді юстиції, яка не здійснює правосуддя; започаткувати в Конституції України суди у справах неповнолітніх (ювенальні) та інші спеціалізовані суди (соціальні, трудові).

Реформуючи розділ XI «Місцеве самоврядування», необхідно, насамперед: більш чітко визначити статус районних і обласних рад, оскільки населення району та області громадами не визнаються, а отже, правом на самоврядування не володіють, вказані представницькі органи, таким чином, утворюють так званий вторинний (похідний) рівень самоврядування, який умовно можна назвати регіональним; передбачити забезпечення належного рівня ресурсного забезпечення місцевого самоврядування (його матеріальної і фінансової основ) та чітко визначити територіальну основу місцевого самоврядування; включити статті про виключне управління місцевим самоврядуванням комунальною власністю, а також про недоторканність та повноцінність формування місцевого бюджету; внести зміни до статті 133 Конституції України, закріпивши базову територіальну одиницю — громаду, яка буде включати як територію населеного пункту, так і визначені землі навколо нього; передбачити можливості створення районними та обласними радами власних виконавчих органів. До того ж важливою для реформи системи місцевої публічної влади є ліквідація районної державної адміністрації.

Реформуючи розділ XII «Конституційний Суд України», необхідно, насамперед: на конституційному рівні утвердити і забезпечити право індивідуальних суб'єктів, юридичних осіб на безпосереднє звернення за захистом своїх конституційних прав до Конституційного Суду України, тобто запровадити інститут конституційної скарги як досить ефективний засіб захисту прав людини, що застосовується конституційною юстицією багатьох сучасних держав за умови використання інших способів правового захисту, тобто субсидіарно.

Оновлення Конституції України можливе і на підставі інших методологічних підходів, але їх арсенал має бути достатнім та придатним для удосконалення її форми, змісту та сутності. Необхідно пам'ятати, що про правильність методології оновлення Конституції України буде свідчити лише практика впровадження її у суспільне життя.

На семінарі виступив член Конституційної Асамблеї *В. В. Речицький*, який, зокрема, зазначав, що ухвалений 1996 р. Основний Закон незалежної України виявився еkleктичним, популістським і «легковажним», як і тодішні настрої її політичної еліти. Розробники Конституції пішли шляхом невдумливого копіювання наявних зарубіжних нормативних зразків.

Основний Закон України 1996 року розробляли головню як центральний символ загального політико-правового декору. Глибинного змісту Конституції український владний клас не розумів — це видно бодай із того, що він не усвідомлював політичну реформу 2004 р. як зміну конституційного ладу. В Україні не існує глибокого усвідомлення того, в чому полягає загальний зміст і функціональне призначення органічного конституціоналізму загалом. Ідеться про хибне визначення головних цінностей, стратегічної мети Основного Закону. Пострадянська українська номенклатура певна, що Конституція — це основний закон, який закріплює основи суспільного та державного ладу, передбачає права та свободи громадян, встановлює порядок формування державних органів і органів місцевого самоврядування, а також основи їхньої компетенції...

Насправді такий підхід хибний, як і радянський конституціоналізм загалом. У структурному сенсі це виявляється в тому, що будь-яка органічна конституція — це головний нормативний чинник встановлення та підтримання горизонтальних (слабко-синусовидних) ринкових взаємин, гарант свободи та недоторканності індивіда й громадянського суспільства загалом, правовий засіб прискорення всіх соціальних взаємодій. І лише по тому — інструкція для державного апарату, тобто засіб забезпечення стабільності державного ладу.

Україна перебуває на початковій стадії засвоєння парадигми органічного конституціоналізму та наслідків, що з неї випливають. Зокрема, в Україні не усвідомлюють достатньо глибоко той проблематичний вплив, що його справляє на творчість демократія.

Якщо Україна прагне органічного конституціоналізму, то потрібно починати з рішучого посилення гарантій прав власника та земельної реформи.

На закінчення роботи методологічного семінару були прийняті рекомендації, в яких схвалювалась головна доповідь «Конституція України: загальні питання методології оновлення», з якою виступив О. І. Ющик. Було рекомендовано: Конституційній Асамблеї та її комісіям зосередити увагу на даному етапі роботи на визначенні принципових методологічних засад оновлення Конституції України; науковим установам та вищим юридичним навчальним закладам розширити і поглибити наукові дослідження теорії українського конституціоналізму; продовжити практику проведення методологічних семінарів на базі інших комісій Конституційної Асамблеї.

Матеріал підготував:

О. Скрипнюк, керівник методологічного семінару,
Голова Комісії Конституційної Асамблеї з питань
конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію
змін до Конституції України, академік НАПрН України

Наукові школи Національної академії внутрішніх справ — становлення та здобутки

Сучасний стан розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ відбувається в період здійснення в Україні невідкладних соціально-економічних, політико-правових та організаційно-структурних заходів. Створити науково обґрунтовані засади й критерії побудови інституційної структури органів державної влади, досягти на цій основі їх оптимальної моделі, здатної ефективно забезпечувати права і свободи громадян — ось основна мета цих реформ. Значна роль у цьому процесі належить національним вузам як провідним закладам освіти та науки в Україні, де зосереджено могутній інтелектуальний потенціал, спроможний запропонувати суспільству та державі основні вектори розвитку та механізм їх реалізації задля здійснення якісних змін.

Тому сьогодні для успішного завершення розпочатих у країні реформ як ніколи потрібен симбіоз ефективної демократичної політики та продуктивної науки, здатної впливати на сучасні цивілізаційні процеси.

Варто зазначити, що на всіх етапах становлення та розвитку Національної академії внутрішніх справ (далі — Академія) паралельно формувалась її наукова діяльність, створювались та розвивались наукові школи, у витоків яких стояли наукові лідери непересічного характеру, зокрема: патріарх української юриспруденції, академік П. П. Михайленко, відомий вчений, один із засновників української кримінології, академік А. П. Закалюк, вчений-правознавець, академік В. В. Копейчиков, вчений-адміністративіст Є. В. Додін, видатні вчені-криміналісти М. В. Салтевський, В. П. Бахін та ін.

Вітчизняну наукову скарбницю своїми науковими здобутками значно збагатили наукові школи професорів: О. М. Джужи, А. Я. Дубинського, А. В. Ішенка, І. П. Козаченка, А. М. Колодія, В. К. Колпакова, М. Й. Коржанського, М. В. Костицького, В. С. Кузьмічова, І. П. Лановенка, В. Г. Лихолоба, М. М. Михеєнка, О. Я. Светлова, Л. Д. Удалової, М. Я. Швеця, О. Ф. Фрицького та ін.

Беззаперечно, підтвердженням успішного розвитку правової науки в провідному юридичному закладі освіти є висока оцінка державою результатів наукових здобутків наших фахівців. Зокрема, серед докторів наук і професорів, що працюють в Академії, — 12 академіків та членів-кореспондентів галузевих академій наук України.

Приємно зазначити, що Указом Президента України 14 особам нашого колективу присвоєно звання «Заслужений діяч науки і техніки України», 30 — «Заслужений юрист України», 12 — «Заслужений працівник народної освіти України», 1 — «Заслужений працівник культури України», 2 — «Заслужений працівник фізичної культури і спорту України», 4 — «Заслужений майстер спорту України», 6 — «Заслужений тренер України», 2 — «Майстер спорту СРСР міжнародного класу», 15 — «Майстер спорту України міжнародного класу».

Пишаємось тим, що лауреатами Премії письменника А. Макаренка є І. М. Логвиненко, Державної премії Української РСР — професор О. В. Рибальський. У 2000 р. Державної премії України був удостоєний тодішній ректор Академії професор Я. Ю. Кондратьєв.

Змістовним та цінним є визнання наукової, педагогічної і громадської діяльності учених Академії як в Україні, так і за її межами. Зокрема, академік П. П. Михайленко був обраний почесним членом шести міжнародних академій, наукових центрів та установ США і Великої Британії.

Більше того, приємно відзначити, що протягом останніх років у Національній академії внутрішніх справ продовжують активно функціонувати і розвиватися наукові школи, зокрема з проблем українського конституціоналізму, теоретичних основ забезпечення прав і свобод людини, адміністративного права і процесу, кримінологічних проблем протидії злочинності, реформування кримінального законодавства, теорії та практики оперативно-розшукової діяльності, криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів та ін.

Приємне враження справляє те, що за роки незалежності сформувались наукові школи з проблем юридичної психології, філософії права. Отримали наукове визнання такі сучасні напрями досліджень, як поліцейстика, криміналістична експертологія, кримінологічна віктимологія, юридична компаративістика тощо. Упродовж останніх трьох років започатковано наукову школу з проблем економічної безпеки.

Хочу наголосити, що науковцями Академії традиційно велика увага приділялась розробці проблем кримінального права, кримінального процесу, криміналістики, кримінології. Ці сфери наукової діяльності опановувалися в прикладному аспекті, мали практичну спрямованість. Так, наукова школа професора М. В. Салтевського своїм основним спрямуванням має вимірювальну фотографію, ототожнення людини за зовнішніми ознаками, дослідження зафіксованих на магнітному

носієві, ідентифікацію джерел звукового середовища та звукозаписувальних пристроїв. До переліку нових напрямів входять одорологічні дослідження (дослідження слідів і зразків запаху людини, зібраних на уніфіковані носії), що мають велике теоретичне і практичне значення для одержання доказової інформації. Результати проведених робіт впроваджено в практику розслідування злочинів.

Подальший розвиток наукових шкіл криміналістичного напрямку пов'язаний із плідною роботою професорів В. П. Бахіна та його учнів — В. С. Кузьмичова, А. В. Іщенко, С. С. Чернявського.

Ми пишаємося значними здобутками наших фахівців у судово-фоноскопічній експертизі, одним із піонерів якої в Україні став Ю. Ф. Жаріков, котрий упродовж багатьох років працював у нашому вузі. Він не тільки теоретично обґрунтував методику проведення такого виду експертиз, але й успішно провів ряд досліджень як експерт. Результати експертних висновків Ю. Ф. Жарікова було покладено в основу обвинувальних вироків судів. Крім того, за його участю проведено наукові дослідження з проблем технічного забезпечення органів внутрішніх справ (за деякими з них разом із докторами наук Ю. Ю. Орловим, О. В. Рибальським отримано патенти на винаходи).

Важливим напрямом науково-дослідної роботи в Академії є наукові дослідження проблем сучасного кримінального права. Основоположником цієї наукової школи став професор П. П. Михайленко. Він першим визначив основні етапи та закономірності його розвитку в тісному зв'язку з розвитком загальносоюзного кримінального законодавства, зробив ґрунтовний аналіз підстав і передумов змін у кримінальному законодавстві. На його переконання, принцип нерозривної єдності історії держави та її законодавства, зокрема кримінального, є основоположним в удосконаленні кримінального законодавства. Водночас професор П. П. Михайленко свого часу заснував наукову школу з дослідження історії міліції України, яку сьогодні успішно розвивають його учні. Всього під керівництвом П. П. Михайленка успішно захистили дисертації понад 60 кандидатів та докторів наук. Подальший розвиток теоретичних проблем науки кримінального права знайшов своє відображення в науковій діяльності докторів наук та професорів В. М. Смітєнка, М. Й. Коржанського, П. А. Вороб'я, А. В. Савченко, а також їх учнів.

Варто пам'ятати, що наукові напрями досліджень на кафедрі кримінального процесу склалися з урахуванням відомчої належності

вузу, актуальності проблем, що підлягають розробці. Тому увага науковців кафедри була зосереджена переважно на таких проблемах: дослідження процесуальних питань кримінальної справи; дотримання законності при розслідуванні злочинів; проведення дізнання органами внутрішніх справ; застосування заходів процесуального примусу; процесуальні особливості розслідування окремих категорій кримінальних справ (про злочини неповнолітніх та про діяння неосудних осіб); виконання процесуальних рішень слідчого тощо. Усі ці питання охоплюються в рамках наукової школи проблем досудового слідства, засновником якої є професор А. Я. Дубинський та його послідовники професори С. М. Стахівський, Л. Д. Удалова, Д. П. Письменний.

Проблеми успішної організації та проведення профілактики злочинності органами внутрішніх справ стали предметом наукового пошуку цілого ряду визнаних кримінологів, зокрема, професорів Ю. В. Александрова, В. Г. Лихолоба, А. П. Закалюка. Нині плідно працюють у цьому напрямі професори О. М. Джужа, В. І. Шакур та В. В. Василевич.

Приємно повідомити, що значне місце в науковій школі конституційного права, яку започаткував та розвивав упродовж багатьох років професор О. Ф. Фрицький, відведено розробці проблем українського конституціоналізму, вдосконалення правового статусу, організації та діяльності місцевих органів самоуправління. Нині в Академії подальший розвиток цього напрямку здійснює начальник кафедри конституційного права професор А. М. Колодій.

Теоретичні проблеми реалізації прав людини та громадянина, гуманізації суспільства й розвитку демократії успішно досліджував академік В. В. Копейчиков. Цю роботу з великим натхненням продовжують його послідовники (професори С. Д. Гусарев, О. Д. Тихоміров). Сам засновник наукової школи — відомий вчений-теоретик — брав активну участь у розробці проекту Конституції України, є автором багатьох монографій та підручників із питань теорії держави і права.

Не можна не звернути увагу і на те, що основоположниками теоретичного забезпечення оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ є науковці Академії. Зрозуміло, що це специфічний вид діяльності правоохоронних органів. Саме тому становлення науки оперативно-розшукової діяльності в КВШ проходило під керівництвом професора А. Ф. Возного і було продовжено професорами І. П. Козаченком, Д. Й. Никифорчуком, В. Я. Горбачевським.

У системі наукових підходів до формування, розвитку та функціонування наукових правничих шкіл подальший розвиток юридичної науки неможливий без взаємопроникнення різних галузей науки. Ця тенденція мала місце і в Академії. Цікавим з точки зору розвитку науки і її впливу на практичну діяльність ОВС є застосування даних юридичної психології в роботі оперативних підрозділів. По суті першим науковим розвідником у цьому напрямі став професор Я. Ю. Кондратьєв. Наявність значимих наукових розробок у цій галузі, а також продовження даної справи його послідовниками дає підстави для висновку про формування та розвиток в Академії школи психології оперативно-розшукової діяльності.

Ще одним із основоположників розвитку нового напрямку в юриспруденції — філософії права — став професор М. В. Костицький. Слід зазначити, що виникнення та розвиток цієї наукової школи збігається зі становленням української державності. Дана галузь права була визнана самостійною (шифр наукової спеціальності 12.00.12), тож в Академії було створено спеціалізовану вчену раду із захисту докторських і кандидатських дисертацій з цієї проблематики, яка й понині успішно функціонує.

Варто зазначити, що зусиллями члена-кореспондента НАПрН України Ю. І. Римаренка відбулося становлення наукової школи основ міграцієзнавства. Сьогодні його справу активною працею продовжують його учні — доктори юридичних наук В. І. Олефір, С. Ф. Константинов та ін.

Як відомо, науковці Академії завжди займалися найбільш актуальними питаннями адміністративної діяльності органів внутрішніх справ. Основоположником цієї наукової школи був професор А. П. Ключніченко. Його ідеї в подальшому розвивали професори Є. В. Додін, М. М. Дорогих, І. П. Голосніченко, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко та їх учні. До найбільш значущих наукових здобутків адміністративістів, що поглиблюють поняття сутності державного управління, слід віднести дослідження таких проблем, як історіографія адміністративного права, поняття, сутність державного управління, адміністративно-деліктне право. Учені-адміністративісти Академії здійснювали наукові розробки поняття адміністративно-юрисдикційної діяльності в цілому і стосовно діяльності органів внутрішніх справ зокрема. Досліджувалися проблеми адміністративної юрисдикції як самостійної галузі права і галузі юридичної науки.

Сучасна наукова діяльність Академії дає змогу констатувати той факт, що зусилля наших провідних фахівців спрямовані на проведення фундаментальних досліджень, пошуково-прикладних та дослідно-конструкторських робіт у таких юридичних галузях, як конституційне право, адміністративне право і процес, інформаційне право, кримінальне право і процес, кримінально-виконавче право, цивільне право і процес, кримінологія і криміналістика, юридична психологія та оперативно-розшукова діяльність тощо.

Важливим є й те, що значна увага приділяється правому супроводженню загальнодержавних і відомчих комплексних цільових програм, опрацюванню проектів рішень Президента України та Уряду. Зокрема, на виконання доручення Ради національної безпеки і оборони України в Академії створено цільові робочі групи з підготовки проектів Концепції реформування правоохоронних органів та Концепції реформування судової системи і кримінальної юстиції. Підготовлені проекти концепцій передбачають конкретні напрями оптимізації структури і штатної чисельності правоохоронних органів відповідно до положень Програми Президента України В. Ф. Януковича «Україна — для людей». За дорученнями Міністерства внутрішніх справ України фахівці Академії тривалий час активно співпрацювали у складі робочих груп з доопрацювання проектів Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Показово, що провідні науковці Академії на постійній основі співпрацюють у складі експертних груп Ради національної безпеки та оборони України, Національної координаційної ради боротьби з наркомацією при Кабінеті Міністрів України, Науково-методичної ради при Державній пенітенціарній службі, Міжвідомчої робочої групи з розробки проекту Комплексної програми підтримки розвитку українського села, Кримінологічної асоціації України, Національної академії правових наук України, Ради ректорів Київського регіону, Спілки юристів України, Державної акредитаційної комісії України, Науково-консультативної ради при Верховному Суді України та інших організацій.

Важливим показником діяльності наукових шкіл навчального закладу є розробки наших науковців щодо захисту інтелектуальної власності. Тільки впродовж останніх двох років Академією отримано 10 авторських свідоцтв на науковий твір, подано на реєстрацію 6 патентів на корисну модель (винахід) та 17 заявок на авторське свідоцтво.

І це лише частина здобутків наукових шкіл Академії, які можуть бути покладені в основу українського державотворення. Роль нашого вузу в побудові соціальної, демократичної та правової держави знаходить свій вияв у підготовці висококваліфікованих фахівців для правоохоронних органів, покликаних на високому професійному рівні забезпечити реалізацію завдань та функцій, спрямованих на забезпечення прав і свобод людини і громадянина, охорону правопорядку, протидію злочинності, а також належну та ефективну взаємодію і співробітництво з усіма ланками державного механізму.

Матеріал підготував:

В. Коваленко, доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
ректор Національної академії внутрішніх справ

І Міжнародний форум з практики Європейського суду з прав людини: львівський досвід

30 листопада — 2 грудня 2012 року у Львівському національному університеті імені Івана Франка (далі — ЛНУ) відбувся І Міжнародний форум з практики Європейського суду з прав людини (далі — Форум). Його організаторами виступили: Координатор проектів ОБСЄ в Україні (далі — Координатор), Львівська лабораторія прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України (далі — Лабораторія), юридичний факультет ЛНУ, Львівська міська рада, Координаційна рада молодих юристів України при Міністерстві юстиції України, львівське відділення Асоціації правників України та Ліга студентів цієї Асоціації. Інформаційну й іншу підтримку Форуму надали: «Юридична газета», юридичний портал «Pravotoday.in.ua», «The Ukrainian Journal of Business Law» і правозахисна адвокатсько-експертна група «Конвенція'50».

Форум був покликаний поглибити знання юристів з практики Європейського суду з прав людини (далі — Суд), забезпечити їх навичками, необхідними для супроводу справ у Суді, сприяти налагодженню контактів і обміну думками фахівців. За словами головного доповідача Форуму — судді Суду від Словенії, професора, доктора наук **Боштяна Зупанчича**, Форум є важливою подією, яка має на меті сприяти утвердженню верховенства права, демократії та поваги до прав людини в Україні. І вочевидь, не випадково, що просування до досягнення цієї загальнонаціональної мети розпочалося саме зі Львова, оскільки ініціатором проведення Форуму стала одна з найстаріших європейських правничих шкіл, відома далеко за межами України, — юридичний факультет ЛНУ. Декілька його випускників і зараз підтримують високе реноме цієї школи на міжнародній арені, працюючи, зокрема, у Секретаріаті Суду. Крім того, як відомо, вже тривалий час саме Львів є центром вітчизняних досліджень з філософії прав людини і практики їх реалізації та захисту, зокрема і практики Суду.

На актуальність Форуму саме для України звернув увагу юрист Секретаріату Суду, випускник львівського юрфаку, кандидат юридичних наук **Тарас Пашук**, зазначивши, що «проведення Форуму сприяло поширенню теоретичних знань у галузі європейських стандартів

прав людини, розвитку навичок практичного застосування цих стандартів, підвищенню правової культури та рівня захищеності прав людини в Україні».

Такий висновок, мабуть, є закономірним з огляду на те, що у Форумі взяли участь близько 100 правників — науковців, практиків, чиновників, студентів — з України (Берегово, Дніпропетровськ, Запоріжжя, Київ, Львів, Одеса, Сімферополь, Ужгород, Харків) та Росії (Архангельськ, Новосибірськ, Самара, Санкт-Петербург), а також судді Суду, фахівці, які у різний час представляли у ньому інтереси України, і згаданий юрист Секретаріату Суду.

Форум розпочався з вітальних слів представників співorganizаторів. Проректор з науково-педагогічної роботи та соціальних питань і розвитку ЛНУ, кандидат історичних наук **Мар'ян Лозинський** привітав учасників Форуму від імені ректора ЛНУ, побажав їм плідної роботи та стисло проінформував присутніх про історію львівської правничої школи і її внесок у галузь міжнародного права.

Від імені Координатора виступила національний спеціаліст його проєктів **Надія Скрипка**. Вона, зокрема, подякувала юридичному факультету ЛНУ за плідну співпрацю та відзначила, що «якісна юридична освіта є необхідною умовою для захисту прав людини та незалежності судочинства». А оскільки верховенство права та права людини є одним із пріоритетних напрямів діяльності Координатора, він співпрацює з українськими партнерами над покращенням юридичної освіти й освіти з прав людини, над удосконаленням навичок правничої професії та навчанням правників дотриманню і захисту вказаних прав.

З вітальним словом від імені юридичного факультету ЛНУ та Лабораторії виступив її завідувач — академік НАПрН України, доктор юридичних наук, професор **Петро Рабінович**. Охарактеризувавши внесок львівської правничої школи у теорію та практику прав людини, професор наголосив на унікальності Форуму для Львова та висловив переконання у тому, що він є продовженням ланцюжка львівських подій і досліджень, пов'язаних з правами людини.

Міський голова Львова **Андрій Садовий** висловив переконання у тому, що атмосфера Львова сприятиме активній дискусії під час Форуму. Він відзначив надзвичайну важливість цього заходу для України як для молодого демократії, якій є ще багато чого вчитися у сфері захисту людини та її прав.

Протягом трьох днів учасники Форуму обговорювали важливі проблеми діяльності Суду та впливу його рішень на українську юридичну практику.

Суддя Суду **Боштян Зупанчич**, зокрема, наголосив на двох фундаментальних відмінностях: 1) між західними країнами з властивими їм різними правовими традиціями та функціонуванням верховенства права і країнами з перехідною економікою, в яких донедавна згаданий принцип не був основою державного контролю; 2) між переважно формалістичними континентальними правовими традиціями, з одного боку, та традиціями загального права — з другого. Власне, як зазначив доповідач, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) та Суд були задумані та створені як реакція на європейський юридичний формалізм.

У доповіді «*Права людини та конституційні права*» професор Зупанчич вказав, зокрема, те, що у сенсі Конвенції правом людини є лише та фундаментальна можливість, яка може бути захищена у судовому порядку від порушень з боку Договірної Сторони. А Суд з огляду на тенденції його розвитку поступово стає вищою конституційною інстанцією над конституційними судами європейських держав.

У доповіді «*Європейська конвенція з прав людини: практичний вказівник щодо застосування*» суддя від Словенії охарактеризував систему Конвенції, її історичні витоки, принципи, засади діяльності Суду й особливості виконання його рішень, а також надав цінні практичні поради фахівцям щодо застосування окремих статей Конвенції. Професор Зупанчич, зокрема, наголосив на особливій ролі США у становленні Конвенції та Суду: «Тепер уже історично доведено, — констатував доповідач, — що ініціатива створення Конвенції та Суду прийшла прямо з Вашингтона; більше того, ЦРУ і Держдепартамент таємно у 1950-х рр. не лише ініціювали, але й фінансували весь проект».

Юрист Секретаріату Суду **Тарас Пашук**, який значно посприяв проведенню Форуму, впродовж двох днів детально розповів присутнім про *критерії прийнятності індивідуальних звернень згідно з Конвенцією та практикою Суду*. Доповідач наголосив, що «неналежна обізнаність щодо правил прийнятності є основною перешкодою для правильної підготовки звернення до Суду». Саме тому понад 95 % справ завершуються у Суді рішенням про їх неприйнятність. Знання ж вказаних правил дозволяє «встановити доцільність підготовки звер-

нення до Суду, зменшити загальну кількість звернень, що надходять до Суду, сприяти пришвидшенню їх розгляду Судом і зосередженню його уваги на важливих питаннях застосування Конвенції».

В іншій доповіді, озвученій в останній день Форуму, Тарас Пашук охарактеризував конвенційне *право на справедливий судовий розгляд*, здійснивши детальний огляд відповідної практики Суду щодо України.

Теоретичним аспектам практики Суду присвятили свої доповіді: суддя ad hoc Суду від України, доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України **Станіслав Шевчук** (*«Юрисдикція щодо прав людини: роль судді в умовах конституційної демократії»*); академік НАПрН України, професор кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ **Петро Рабінович** (*«Діалектичний підхід у правопізнавальній діяльності Європейського суду з прав людини»*); доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (далі — НУЮА) **Станіслав Погребняк** (*«Застосування практики Європейського суду з прав людини як джерела права: теоретична модель»*).

До окремих проблем інтерпретації Конвенції зверталися: суддя ad hoc Суду від України (2008), Уповноважений у справах дотримання Конвенції про захист прав і основних свобод людини (2003–2004), головний редактор журналу «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі» **Зоряна Бортновська** (*«Вимоги статей 6 і 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод до кримінального провадження (з практики Європейського суду з прав людини)»*); Заслужений юрист України, колишній Урядовий уповноважений у справах Суду (2006–2010), старший консультант відділу європейського права та міжнародної інтеграції Інституту законодавства Верховної Ради України **Юрій Зайцев** (*«Проблема якості закону у практиці Європейського суду з прав людини»*); кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НУЮА **Ганна Христова** (*«Концепція позитивних обов'язків держави щодо основоположних прав людини у практиці Європейського суду з прав людини та судів України»*); кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ **Тамара Дудаш** (*«Рішення Європейського суду з прав людини як засіб подолання структурних проблем правової системи (за матеріалами пілотних рішень)»*).

Проблемам виконання рішень та застосування практики Суду у національних правових системах присвятили доповіді: кандидат юридичних наук, заступник завідувача кафедри правознавства Новосибірського національного дослідного державного університету **Антон Дідікін** («Виконання рішень Європейського суду з прав людини в Росії: теорія та практика»); старший юрист Юридичного бюро «Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери» (м. Київ) **Арсен Мілютін** («Практика застосування рішень Європейського суду з прав людини у цивільному, адміністративному та господарському судових процесах в Україні»); кандидат юридичних наук, адвокат, юрист Міжнародної юридичної фірми «Гід Лаурет Нуель» (м. Київ) **Олексій Соловійов** («Вплив рішення Європейського суду з прав людини у справі “Шокін проти України” на податкову адміністративну та судову практику в Україні»).

Детальний огляд доповідей, проголошених на Форумі, буде опублікований у найближчих числах «Вісника». Оскільки впродовж Форуму весь його перебіг фіксувався на відеокамери, організатори планують найближчим часом виготовити DVD з усіма доповідями та матеріалами Форуму для поширення серед зацікавлених у відповідній тематиці фахівців.

Матеріал підготували:

- Д. Гудима**, заступник співголів Оргкомітету Форуму, старший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України,
О. Гарасимів, аспірантка кафедри теорії та філософії права юридичного факультету ЛНУ,
О. Ковалишин, магістрантка юридичного факультету ЛНУ

Міжнародний «круглий стіл» з антропології права у Львові: восьмирічний підсумок

Наприкінці минулого року Львівська лабораторія прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України (далі — ІДБМС) та Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (далі — Лабораторія ЛНУ) організували черговий «круглий стіл» на тему: «Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)».

Цей захід, як і попередній, мав статус міжнародного, адже участь у ньому взяли фахівці з 27 навчальних та наукових закладів 6 країн: Азербайджану (Баку), Білорусі (Мінськ), Канади (Квебек), Киргизії (Бішкек), Росії (Архангельськ, Єкатеринбург, Красноярськ, Москва, Новосибірськ, Ростов-на-Дону, Самара, Санкт-Петербург) й України (Дніпропетровськ, Донецьк, Запоріжжя, Київ, Луганськ, Львів, Одеса, Тернопіль, Харків, Хмельницький, Чернівці). Серед учасників були й слухачі трирічної міжнародної програми «Філософія прав людини», провадженої під егідою Інституту відкритого суспільства (Open Society Institute) в рамках ініціативи «ReSET». Як відомо, тенденція до розширення географії закладів та кількості учасників таких «круглих столів» поза межі нашої держави намітилася ще раніше¹.

До початку роботи цього «круглого столу» організаторам удалося опублікувати збірку матеріалів, у якій вміщено 48 статей його учасників (див. рис. 1). Загалом же за останні 8 років у збірках матеріалів таких «круглих столів» було оприлюднено близько 340 статей загальним обсягом понад 200 друк. арк.² (див. рис. 2).

¹ Гудима Д. А. Антропологія права як предмет щорічних всеукраїнських «круглих столів» у Львові / Д. А. Гудима // Право України. – 2009. – № 9. – С. 180–182.

² Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Першого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 16–17 верес. 2005 року). – Львів : Край, 2006. – 320 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Другого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 1–2 груд. 2006 року). – Львів : Край, 2007. – 340 с.; Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Третього всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 23–24 листоп. 2007 року). – Львів : СПОЛОМ, 2008. – 344 с.; Антропологія права: філософський



Рис. 1



Рис. 2

Аналіз змісту цих матеріалів дозволяє виявити певні тенденції у напрямках сучасних правоантропологічних пошуків. Так, якщо у 2005–2007 рр. у доповідях учасників наших «круглих столів» домінували здебільшого проблеми об'єкта, предмета та методології антропології права, у 2008–2009 рр. — конкретні проблеми праворозуміння, у 2010 р. — загальні проблеми філософії прав людини, а у 2011 р. — правові властивості людини й основні антропні властивості права, то у 2012 р. увага дослідників здебільшого була прикута до проблем методології антропології права.

Згаданий «круглий стіл» було проведено 7–8 грудня минулого року за такими чотирма тематичними напрямками: «Праворозуміння як визначальна детермінанта антропології права; методологія антропології права: підходи, методи та засоби досліджень»; «Антропологічні аспекти права у різних типах праворозуміння; правові властивості людини й антропні властивості права»; «Філософія та загальна теорія прав людини: історія та сучасність»; «Універсалізація права і соціокультурні універсалії; плюралізація права та культурно-історичний плюралізм».

Захід відкрили: декан юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, доктор юридичних наук **А. М. Бойко**, декан філософського факульте-

та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Четвертого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 28–29 листоп. 2008 року). – Львів : Край, 2009. – 336 с.; Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 4–5 груд. 2009 року). – Львів : Край, 2009. – 440 с.; Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 3–5 груд. 2010 року). – Львів : Галицький друкар, 2010. – 696 с.; Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 9–10 груд. 2011 року). – Львів : Галицький друкар, 2011. – 572 с.; Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників восьмого Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 7–8 груд. 2012 року). – Львів : Галицький друкар, 2013. – 596 с.

ту цього ж університету, доктор філософських наук **В. П. Мельник** та професор кафедри теорії та філософії права, доктор юридичних наук **П. М. Рабінович**. Вони відзначили актуальність і перспективність дослідження правоантропологічної проблематики як в юридичних, так і у філософських науках, а також наголосили на особливій ролі юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка, якому вже вісім років поспіль вдається організовувати широкий науковий форум для обміну вченими з різних куточків України та зарубіжжя здобутками у дослідженнях проблематики «людина та право».

Перший день роботи «круглого столу» було присвячено обговоренню таких проблем, як: *природно-позитивне право* (доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Юридичного інституту Сибірського федерального університету **В. М. Шафіров**), *розуміння права в архаїчних суспільствах* (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії природничих факультетів Одеського національного університету ім. І. І. Мечнікова **С. П. Шевцов**), *правовий акт як відкритий/закритий твір* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Академії митної служби України **Д. О. Бочаров**), *безвідповідальність інтерпретатора в контексті традиційної теорії тлумачення правових норм* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри основ права ЛНУ ім. І. Франка, науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина ІДБМС **В. В. Гончаров**), *добросовісність інтерпретатора як засада правотлумачної діяльності* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» (далі — ЮАУ ім. Ярослава Мудрого) **С. В. Прийма**), *нормативні підстави судового рішення* (кандидат юридичних наук, завідувач кафедри методології та філософії права Самарської гуманітарної академії **С. М. Касаткін**), *людина як суб'єкт права в біблійній правовій реальності* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Ярослава Мудрого **Д. О. Вовк**), *зворотний бій правосуддя* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Самарської державної обласної академії **В. О. Токарєв**), *класичні підходи до ідентифікації держави* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Ярослава Мудрого **В. С. Смородинський**), *історичний аспект принципу пропорційності* (доктор юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Яро-

слава Мудрого **С. П. Погребняк**), *антропологічні аспекти державно-конфесійних відносин в Україні* (кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія» **О. Е. Никитченко**).

Наступного дня жваві дискусії учасників розгорталися навколо таких питань: *антропологічний вимір свободи совісті й віросповідання в сучасному світі* (кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Південного федерального університету **А. В. Серьогін**), *оцінка регулятивного впливу як механізм реалізації права громадян на участь у державному управлінні* (кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту філософії та права Сибірського відділення РАН **А. Б. Дідікін**), *правовий характер нормативних актів як спростовна презумпція права* (кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права ЮАУ ім. Ярослава Мудрого **О. О. Уварова**), *український консерватизм та питання прав жінки у творчості В. Липинського* (старший викладач кафедри конституційного та адміністративного права Національного гірничого університету **Г. О. М'яких**), *значимість громадянства у міждержавній перспективі та його зв'язок із ціннісними вподобаннями* (кандидат філософських наук, викладач кафедри філософії культури Білоруського державного університету **А. Ю. Дудчик**), *тлумачення юридичного конфлікту у працях Н. Крісті* (викладач кафедри гуманітарних дисциплін Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ **Д. Ю. Кобринський**), *кантівське вчення про космополітичний правопорядок у сучасному світі* (аспірантка кафедри філософії культури Білоруського державного університету **О. Л. Познякова**), *феміністичне тлумачення «політичного» у сучасній філософії* (кандидат філософських наук, викладач кафедри онтології і теорії пізнання Санкт-Петербурзького державного університету **К. І. Наумова**), *прагматика взаємодії соціокультурної реальності та правової практики у філософсько-правових поглядах Сьюзан Хаак* (аспірантка кафедри філософії Національного університету «Одеська юридична академія» **Є. В. Атрашкевич**).

Участь у дискусіях також узяли: доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права ЛНУ ім. І. Франка **С. П. Рабінювич**, доктор юридичних наук, професор кафедри філософії ЮАУ ім. Ярослава Мудрого **С. І. Максимов**, кандидат юридичних наук, професор кафедри цивільного права і процесу Хмельницького уні-

верситету управління та права **М. О. Стефанчук**, доктор публічного права, декан факультету права Університету «Кавказ» **Ф. С. Мехдієв**, докторант Центрального європейського університету, старший викладач Департаменту «Міжнародне і бізнес-право» Американського університету в Центральній Азії **Б. Б. Єсенкулова**, старший викладач кафедри психології та гуманітарного знання Прикарпатського інституту імені Михайла Грушевського **Е. Ф. Єленевський**, кандидат юридичних наук, асистент кафедри філософії ЮАУ ім. Ярослава Мудрого **Н. І. Сатохіна**.

На завершення огляду цієї неординарної події у нашому науковому житті не буде, напевно, перебільшенням зробити висновок про те, що восьмирічна робота у Львові «круглого столу» з антропології права сприяла активізації вітчизняних досліджень у цій галузі з урахуванням сучасних здобутків філософської, соціокультурної, релігійної й інших антропологій та суміжних із ними галузей сучасного наукового знання. Також не буде надмірним зауважити, що юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка продовжує утримувати статус міжнародного центру дослідження проблем антропології права.

Матеріал підготував:

В. Гончаров, асистент кафедри
основ права України ЛНУ ім. І. Франка

Актуальні проблеми екологічного права України

Сучасне екологічне право, що формується на принципово нових національних засадах і державній політиці, на верховенстві права, ґрунтується на забезпеченні екологічної безпеки й підтриманні екологічної рівноваги на території України, безумовно, потребує адекватної йому в умовах сьогодення підготовки студентів, здобувачів наукових ступенів, викладачів, суб'єктів підприємницької діяльності, громадських організацій, працівників органів екологічного контролю й митної служби, органів прокуратури та ін.

Вивченню студентами основних положень екологічного права України, його суттєвих підвалин, еколого-правових інститутів, визначальних екологічних прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, сутнісних приписів щодо екологічних правовідносин сприятиме підручник доктора юридичних наук, професора В. В. Костицького «Екологічне право України»¹. Видання спирається на теоретико-методологічні положення і принципи, вироблені сучасною вітчизняною й зарубіжною юридичною доктриною. Підручник адаптовано до навчальних програм сьогодення.

У цьому виданні на високому науковому й теоретичному рівні автор виклав положення екологічного права, розкрив аспекти правового регулювання відповідних суспільних відносин. Водночас підручник позитивно характеризується ґрунтовністю, послідовністю й доступністю викладу навчального матеріалу.

Підручник складається з двох книг. Перша книга, що рецензується («Загальна частина»), складається зі вступу, 11-ти розділів. У ній розглядаються предмет, методи, принципи, джерела екологічного права України, екологічні права, свободи і обов'язки людини, зміст екологічних правовідносин, інститут права власності на природні ресурси, право природокористування, управління в галузі охорони природи з урахуванням адміністративної реформи 2010–2011 років, раціональ-

¹ Костицький В. В. Екологічне право України. Книга перша : підручник / В. В. Костицький. – Дрогобич : Коло, 2012. – 360 с.

ного природокористування та забезпечення вимог екологічної безпеки, економіко-правовий механізм охорони довкілля та юридична відповідальність за екологічні правопорушення. Кожен розділ поряд із викладенням дидактичного матеріалу містить контрольні питання для самоперевірки. Розділи містять схеми, що допомагатимуть студентам усвідомлювати й опановувати навчальний матеріал. Така побудова видання сприяє цілісному та докорінному засвоєнню ними навчального матеріалу, реалізації на професійному рівні норм екологічного законодавства, а також формуватиме практичні вміння й навички.

Пізнавальним і цікавим для студентів є присвячений проблемам взаємодії суспільства і природи в умовах глобалізації розділ I, у якому висвітлені існуючі концепції їх взаємодії, аналізується екологічне становище України на стику тисячоліть, досліджуються глобальне довкілля як середовище життя і діяльності людини, а також екологічна функція держави (с. 15–70).

Корисним для усвідомлення студентами місця й ролі екологічного права в системі національного законодавства є розділ II «Екологічне право як комплексна галузь права». У ньому автор розглядає наявні підходи до визначення поняття (с. 71–78), предмета (с. 84–86) екологічного права та його місця в системі права, історію його розвитку (с. 78–83), принципи (с. 86–91), об'єкти (с. 93–95) і методи правового регулювання екологічних відносин (с. 91–93). Викликає інтерес система екологічного права, що включає три підсистеми та екологізовані норми інших галузей права, які служать складниками цих підсистем: а) правова охорона природи, б) природоресурсове право і в) право екологічної безпеки (с. 95–98).

У розділі III «Джерела екологічного права та система екологічного законодавства» розкриті особливості джерел екологічного права й системи екологічного законодавства (с. 99–148). Заслужує на увагу розділ IV «Екологічні правовідносини», де визначено поняття екологічних правовідносин, розкрито їх зміст і види, суб'єкти й об'єкти, а також їх правову регламентацію (с. 149–155).

Перевагою цього навчального видання є детальне обґрунтування головних положень, що стосуються управління в царинах використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища (розділ V). Особливу увагу привертає ретельний аналіз функцій управління у сфері охорони довкілля й характеристика компетенції центральних органів державного управління, повноважень місцевих органів влади

в галузі охорони навколишнього природного середовища, а також участь громадськості у здійсненні управління й контролю у ній (с. 156–232).

Важливе значення для формування активної громадської позиції й поведінки є опанування матеріалу розділу VI «Екологічні права, свободи і обов'язки людини і громадянина». Сам він дозволяє залучити до проблем реалізації, гарантування й захисту екологічних прав і свобод. У ньому запропонована їх загальна характеристика і класифікація, наводиться тлумачення таких правових конструкцій, як «екологічні обов'язки» й «межі можливої поведінки громадян» (с. 233–240).

Значне місце в рецензованій праці приділено розкриттю положень, пов'язаних із правом власності на об'єкти довкілля (розділ VII), з аргументацією поняття, змісту й форм права власності (с. 241–254). З'ясовуються питання становлення права власності на об'єкти довкілля. Крім того, детально розглядається (що має особливу вагу) сутність права власності Українського народу на природні ресурси.

Заслуговує на увагу розділ VIII «Право природокористування», в якому запропоновано дефініцію поняття «природокористування», його види і принципи, порядок надання дозволів на право спеціального природокористування (с. 255–266).

У рецензованому підручнику окремо стоїть проблема правового регламентування оцінки впливу діяльності людини на довкілля та його охорони (розділ IX). В Україні формами оцінювання значення впливу людської діяльності на навколишнє середовище автором запропоновано вважати належну екологічну експертизу, екологічний моніторинг, облік та екологічний аудит (с. 267–287).

Розділ X «Економіко-правовий механізм охорони навколишнього природного середовища» викладено відповідно до умов сьогодення. В основі економічного механізму охорони довкілля має лежати усвідомлення певних об'єктивних економічних інтересів соціальних суб'єктів. Ці інтереси слід зіставляти з інтересами збереження й охорони довкілля як предмета — його спільного використання соціумом (с. 288–331).

XI розділ підручника присвячено юридичній відповідальності за екологічні правопорушення. У ньому розкрито поняття, види і склад останніх, а також поняття, функції й види юридичної відповідальності (с. 332–349).

Підручник доктора юридичних наук В. В. Костицького підготовлено відповідно до основних вимог Болонського процесу. Він надає студентам можливість якісного самостійного опанування навчальної

дисципліни «Екологічне право України». Поглиблене його вивчення допоможе їм набути знання про загальні принципи та функціонування системи екологічного права, порівняти здобутки вітчизняного й міжнародного екологічного законодавства і права, ознайомитися з досвідом його становлення й розвитку, з функціями державного управління у царині використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища. Підручник стане у пригоді для усвідомлення правових аспектів екологічно збалансованого використання й охорони природних ресурсів, опанування загальних засад забезпечення й додержання вимог екологічної безпеки. Наукове видання, що рецензується, сприятиме поглибленню критичного бачення й розуміння читачами природи екологічного права, сформованого на теренах України, опанувати необхідні теоретичні положення, засвоїти сутність еколого-правових категорій, зміст еколого-правових інститутів, розібратися в сутності еколого-правових норм, роз'яснень вищих судових інстанцій України та рішень Конституційного Суду України, навчитися правильно їх тлумачити й застосовувати при вирішенні конкретних справ. Підручник послужить справі набуття досвіду в зазначеній царині й удосконалення інтелектуальних, пізнавальних, практичних навичок, а також допоможе розвинути інші здібності, притаманні студентам, зокрема, здатність самостійно досліджувати проблему, виявляти ініціативу й обізнаність із сучасних проблем екологічного права.

У структурі підручника прослідковуються послідовність, обґрунтованість, стиль викладу матеріалу — науково-логічний, виважений і чіткий, мова дохідлива, зрозуміла.

У цілому рецензований підручник професора В. В. Костицького «Екологічне право України» є вагомим внеском у розвиток вітчизняного екологічного права, а його поява — своєчасною й доцільною, оскільки подібні праці допомагають студентам вищих начальних закладів здобувати фундаментальні якісні знання.

А. Гетьман, доктор юридичних наук,
академік НАПрН України, професор,
завідувач кафедри екологічного права,
проректор з наукової роботи Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»;

Г. Анісімова, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри екологічного права Національного університету
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

НАШІ ЮБІЛЯРИ

Юридична громадськість України щиро вітає відомого вченого нашої країни в галузі цивільного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України **Ярославу Миколаївну Шевченко** з ювілейною датою в її житті.

Я. М. Шевченко народилася у м. Києві в сім'ї службовців.

У 1950–1955 рр. навчалася на юридичному факультеті Київського університету ім. Тараса Шевченка, з вересня 1959 р. по квітень 1962 р. — в аспірантурі на кафедрі цивільного права цього навчального закладу.

Із січня 1963 р. Я. М. Шевченко працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де пройшла шлях від молодшого наукового співробітника до завідувачки відділу цивільного і трудового права (з 1989 р.).

У 1964 р. Я. М. Шевченко захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Майнова відповідальність за шкоду, заподіяну дітьми», а у 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні проблеми цивільної відповідальності неповнолітніх за правопорушення».

У 1995 р. Я. М. Шевченко присвоєно вчене звання професора.

У 1996 р. обрана членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна), а у 2000 р. — академіком цієї установи.

Основні напрями наукової діяльності Я. М. Шевченко на сучасному етапі — цивільне право, сімейне право, міжнародне приватне право.

Я. М. Шевченко є автором 310 наукових праць, з яких 4 індивідуальні монографії, 11 колективних. Серед них: «Правовое положение несовершеннолетних» (у співавт., на цю роботу є рецензія у французькому науковому журналі), «Ответственность несовершеннолетних за правонарушения», «Законодавство про сім'ю (теоретичні проблеми співвідношення цивільного і сімейного законодавства)», «Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов

граждан и организаций» (у співавт.), «Имущественная охрана прав личности» (у співавт.), «Власник і право власності» (у співавт.), «Право собствениости в Украине» (у співавт.). Брала участь у розробці майже 80 законопроектів, у тому числі проекту Цивільного кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію прав на об'єкти нерухомого майна».

Підготувала понад 10 кандидатів наук.

У 1983 р. від імені України Я. М. Шевченко в Комітеті по ліквідації дискримінації жінок ООН виступила з доповіддю про становище жінок в Україні. Я. М. Шевченко є членом спеціалізованих рад по захисту дисертацій Київського національного університету імені Тараса Шевченка та Інституту держави і права ім. М. В. Корецького НАН України.

Заслужений діяч науки і техніки України (1993). Лауреат премії НАН України імені М. П. Василенка (2000), нагороджена орденом княгині Ольги III, II та I ступенів (2002, 2007, 2012), Почесною грамотою Верховної Ради України (2003), спеціальними відзнаками Спілки юристів України (2001, 2004), лауреат премії імені Ярослава Мудрого (2009).

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока порядність, почуття відповідальності за доручену справу — це лише деякі риси, що характеризують Я. М. Шевченко.

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ярославну Миколаївну Шевченко** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, добробуту, творчої наснаги, незгасаючої життєвої енергії та подальших досягнень у науковій діяльності.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі міжнародного права, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Володимира Наумовича Денисова**.

Володимир Наумович народився 1 грудня 1937 р. у м. Києві. У 1961 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. В Інституті держави і права він пра-

цює з 1964 р., обіймаючи посади наукового співробітника, вченого секретаря, з 1994 р. — завідувача відділу міжнародного права. У 1982 р. він успішно захистив докторську дисертацію, присвячену правовим системам країн, що розвиваються. Монографія, на підставі якої була підготовлена дисертація, що була перекладена німецькою мовою і у 1984 р. видана в Німеччині, внесла багато нового у методологію вивчення сучасних правових систем світу.

Уся подальша наукова і науково-організаційна діяльність В. Н. Денисова була спрямована на розвиток науки міжнародного права України і обґрунтування її практичної діяльності, а також порівняльного правознавства.

Учень засновника української школи міжнародного права і порівняльного правознавства академіка В. М. Корецького професор В. Н. Денисов почав свій шлях у науці з глибоких розробок у галузі порівняльного правознавства, показав блискучі знання класичних західних систем права, їхню трансформацію в ряді африканських держав, що здобули незалежність, на основі глибокого порівняльного аналізу. В сфері міжнародно-правової науки професор В. Н. Денисов виявив себе як дослідник національних правових систем, що вигідно відрізняє його як різнобічного вченого, який розуміє глибоку закономірність взаємодії внутрішньодержавного і міжнародного правопорядку, що є характерною рисою сучасного міжнародного співтовариства.

Науковій творчості професора В. Н. Денисова притаманна увага до ключових питань сучасного міжнародного права. Крізь призму творчості Гуго Гроція — батька сучасного міжнародного права професор В. Н. Денисов робить філософські узагальнення того важкого шляху, який пройшло людство від XVII ст. до сучасності у своєму міжнародно-правовому розвитку.

Накопичений багаж знань і різнобічність досліджень, не обмежених ідеологічними шорами, дає можливість професору В. Н. Денисову з перших днів незалежності включитися в розробку нагальних проблем міжнародно-правової розбудови України. Він пише ряд робіт, які відіграли значну роль у формуванні міжнародно-правової позиції України, допомогли їй знайти своє місце в міжнародному співтоваристві держав. Практичні матеріали, підготовлені ним на основі результатів наукових досліджень, блискуче служать цій меті.

Слід сказати, що професор В. Н. Денисов прийняв із рук академіка В. М. Корецького справу розвитку науки міжнародного права в Україні, зумів організувати творчий колектив відділу міжнародного права

Інституту держави і права НАН України в центр міжнародно-правових досліджень у країні, об'єднав навколо себе дослідників з Харкова, Львова, Одеси та інших регіонів.

Професор В. Н. Денисов має понад 260 опублікованих праць з питань міжнародного права та порівняльного правознавства. Останніми роками ним опубліковано ряд наукових праць, які стосуються розбудови Української держави в умовах незалежності. Зокрема: «Про зовнішньополітичні аспекти нової Конституції України» (1992), «Проблеми створення механізму правового регулювання зовнішньополітичної діяльності України» (1993), «Про проект Конституції України і міжнародне право» (1993), «Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України» (1995), «Проблеми створення публічного порядку в зовнішньополітичній діяльності України» (1995), «Статус міжнародних договорів в Конституції України» (1997), «Правове регулювання іноземних інвестицій» (у співавт., 1999), «Про особливості імплементації соціально-економічних та культурних прав людини» (2000), «Методологія сучасного парламентаризму» (2000), «Правовые основы имплементации права Европейского Союза во внутренний правовой порядок Украины» (у співавт., 2003), «Антологія української юридичної думки. Міжнародне право» (2004), «Ефективність міжнародного права у правовому механізмі зовнішньополітичної діяльності держав» (2005), «Розвиток правових засад та механізмів верховенства міжнародного права у внутрішньому праві України» (2006), «Организация Объединенных Наций как гарант поддержания мира и безопасности» (2006), «Право Європейського Союзу та правовий порядок України» (2006).

Член Спеціальної тимчасової групи з питання навігаційно-гідрографічного забезпечення мореплавства, член експертної ради з юридичних спеціальностей. Головний редактор «Українського щорічника міжнародного права». Член редколегій багатьох часописів, а саме: «Правова держава», «Український часопис міжнародного права», «Часопис Київського університету права», «Международное право и проблемы интеграции» та інших. Заслужений діяч науки і техніки України (1999), нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2007), лауреат Премії НАН України імені М. П. Василенка (1992).

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Наумовича Денисова** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, нових наукових звершень.



Виповнилося 75 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі загальної теорії держави і права, академіка Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Миколи Івановича Козюбри**, який народився 28 листопада 1937 р. у с. Тетерівка Жашківського району Черкаської області. У 1961 р. він закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. З 1961 р. до 1965 р. працював у органах МВС України, обіймав посади оперуповноваженого, слідчого, старшого слідчого. З 1965 р. до 1967 р. навчався в аспірантурі Сектору держави і права АН УРСР. З 1967 р. до 1990 р. працював в Інституті держави і права ім. М. В. Корецького АН УРСР на посадах молодшого наукового співробітника, старшого наукового співробітника, завідувача відділу історії держави і права. З 1990 р. — завідувач кафедри теорії та історії держави і права Київського національного університету імені Тараса Шевченка. У 1996 р. Указом Президента України призначений суддею Конституційного Суду України. Після виходу у відставку з 2003 р. працює професором факультету правничих наук, завідувачем кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія».

У 1968 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Переконання і примус в радянському праві» (спеціальність 12.00.01). У 1980 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Взаємодія соціалістичного права і суспільної свідомості» (спеціальність 12.00.01). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1981 р. Вчене звання професора присвоєно у 1989 р. Підготував близько 25 кандидатів і докторів наук.

Є автором близько 250 наукових праць, у тому числі 17 монографій (індивідуальних і колективних), 4 підручників і навчальних посібників. Найвизначнішими його роботами є: «Убеждение и принуждение в советском праве» (1970), «Социалистическое право и общественное сознание» (1979), «Правове виховання» (1985), «Демократия и перестройка» (у співавт., 1988), «Конституційне право України» (у співавт., 1999), «Основи конституційного права України» (у співавт., 2001), «Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове

забезпечення реалізації та захисту» (у співавт., 2007), «Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві» (у співавт., 2008), «Правова система України: історія, стан та перспективи» (у співавт., 2008).

У працях М. І. Козюбри набули розвитку такі важливі проблеми, що мають методологічне значення для юридичної науки, як взаємозв'язок права з категоріями справедливості, гуманізму, загальнолюдською і національною культурою, соціальним прогресом.

Значну увагу в своїх дослідженнях М. І. Козюбра приділяв і продовжує приділяти проблемам філософії права — особливостям правового освоєння дійсності та його співвідношенню з науковим пізнанням, співвідношенню теоретичного і емпіричного, абстрактного і конкретного в праві, прогностичній функції правознавства та її особливостям тощо. Фактично М. І. Козюбра одним із перших серед українських правознавців другої половини ХХ ст. започаткував відновлення наукового інтересу до філософських аспектів права у вітчизняній юридичній науці.

У роки становлення і розбудови незалежної України коло наукових інтересів М. І. Козюбри розширилося за рахунок розробки проблем теорії держави та конституційного права. Його перу належить ряд праць, присвячених, зокрема, вибору Україною форми державного правління та форми державного устрою, аналізу меж державної влади в громадянському суспільстві, сутності Конституції України та механізм її реалізації, становленню в Україні конституційної юрисдикції та ін.

Наукову роботу М. І. Козюбра плідно поєднує із законодавчою та правозастосовчою. Він брав, зокрема, безпосередню участь у розробці Декларації про державний суверенітет України, концепції Договору про Співдружність Незалежних Держав, проєктів Декларації про державний суверенітет України, Конституції України, законопроєктів «Про місцеве самоврядування», «Про державну реєстрацію нормативних актів» тощо.

Упродовж 30-ти років він плідно займається педагогічною діяльністю. Читає курс лекцій з теорії держави і права та спецкурси з актуальних проблем теорії держави і права і філософії права на юридичному факультеті Київського національного університету ім. Тараса Шевченка та факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», читав також курси лекцій з названих та інших дисциплін у Міжнародному Соломоновому університеті,

в Чернівецькому університеті, у Вищій адміністративній школі при Раді міністрів Соціалістичної Республіки В'єтнам та інших навчальних закладах.

М. І. Козюбри присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України» (1997). Нагороджений орденом «За заслуги» III (1996) та II (2001) ступенів, орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня (2007), Почесною грамотою Верховної Ради України (2002), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2006).

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Миколу Івановича Козюбру** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.

Свій славний ювілей відзначає **Тетяна Вікторівна Варфоломеєва** — член-кореспондент НАПрН України, яка народилася у м. Саратові (Російська Федерація). У 1968 р. закінчила Київський державний університет ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка) за спеціальністю правознавство. Протягом 1968–1975 рр. працювала старшим лаборантом, молодшим науковим співробітником науково-дослідної лабораторії криміналістики цього закладу. З 1976 р. займається адвокатською діяльністю. У 1976–1990 рр. — вчений секретар, директор Київського громадського НДІ судового захисту і підвищення кваліфікації адвокатів. З 1990 р. — директор Науково-дослідного інституту адвокатури Спілки адвокатів, одночасно віце-президент Спілки адвокатів України. З 2001 р. — перший віце-президент Спілки адвокатів України, а з 2006 р. і до сьогодні — президент Спілки. З 1996 р. і дотепер — ректор Інституту адвокатури при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка (з грудня 2002 р. — Академія адвокатури України). Член Вищої ради юстиції (1998–2004). З 2007 р. — член Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентові України.

У 1973 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Похідні речові докази» (спеціальність 12.00.09), у 1994 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Організаційні, процесуальні та

криміналістичні проблеми захисту адвокатом прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного» (спеціальність 12.00.09). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1994 р. Обрана членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2000 р.

Напрями наукової діяльності — проблеми кримінального процесу, криміналістики, організації адвокатури, захисту прав людини. Опублікувала понад 190 наукових праць, серед яких: «Производные вещественные доказательства» (1980), «Криминалистика и профессиональная деятельность защитника» (1987), «Жертвы репрессий» (1993), «Історія адвокатури України» (у співавт., 1992, 2002), «Експертизи в судовій практиці» (у співавт., 1987, 1993, 2005), «Защита в уголовном судопроизводстве» (1998), «Науковий коментар Кримінального кодексу України» (у співавт., 2001), «Настільна книга адвоката» (у співавт., 2003), «Юридичні терміни: Глумачний словник» (2003), «Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. Частина 1, 2» (у співавт., 2004, 2006, 2008), «Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України» (у співавт., 2008), «Бібліотека адвоката. Історія адвокатури. Правове становище адвоката. Адвокатська діяльність. Правила адвокатської етики» (у співавт., 2008).

Заслужений юрист України (1995). Нагороджена орденом княгині Ольги III ступеня (1999), Почесною грамотою Верховної Ради України (2003).

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Тетяну Вікторівну Варфоломеєву** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, творчої наснаги, нових наукових звершень та усяляких гараздів.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Тацій В. Поняття та система правоохоронних органів: у контексті системних змін до Конституції України.....	3
Рабінович П., Венецька О. Міжнародні стандарти прав людини: загальні ознаки, класифікація	18
Яковюк І. Адаптація і гармонізація законодавства в умовах інтеграції: проблема співвідношення	29
Гетьман І. Правова герменевтика і адаптація законодавства України в умовах становлення європейського правового простору.....	43
Євграфова Є. Інший погляд на дослідження структури і системи права.....	52
Процюк І. Парламентська форма правління: сутність і особливості.....	65

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Єрмолаєв В., Петришин О. Про форму правління та державний режим Гетьманщини часів Б. Хмельницького (до 365-ї річниці Національної революції 1648 р.).....	75
Гончаренко В. Виборчі права громадян за Конституцією УРСР 1937 р.	93
Пилипчук В. Проблеми і напрями дослідження історії суб'єктів сектору безпеки України	102
Андрусишин Б. Юридичні та фактичні підстави незалежності Української держави	114

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Скрипнюк О. Конституційний лад в Україні: методологічні проблеми розвитку та вдосконалення в контексті конституційної модернізації.....	123
Яковлев А. Конституційний процес в Україні 1991–1996 років: ретроспективний погляд на проблему.....	135
Гультай М. Інститут конституційної скарги у Російській Федерації: основні особливості та тенденції розвитку	145

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Спасибо-Фатєєва І. Значення державної реєстрації для цивільних правовідносин	159
Печений О. Деякі аспекти спадкування прав щодо юридичних осіб	172

<i>Устименко В., Джабраїлов Р.</i> Загальні та спеціальні ознаки публічної власності як предмет наукових досліджень	185
<i>Діковська І.</i> Вплив угоди сторін на вибір правових норм, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання	201

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ТРУДОВОГО ПРАВА

<i>Задихайло Д.</i> Економічна система як органічний об'єкт законодавчого забезпечення.....	210
<i>Глібко С.</i> Банківська гарантія як фінансова послуга.....	222
<i>Божко В.</i> Принцип рівності в оплаті праці	233

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

<i>Нижник Н., Гуменюк І.</i> Питання вдосконалення адміністративно-правового регулювання соціальної сфери	246
<i>Дмитрик О.</i> Стабільність як ознака фінансового закону	253
<i>Косінов С.</i> Адміністративна юстиція як основний юрисдикційний механізм контролю за публічною владою	263
<i>Коваленко Л.</i> Проблеми правового регулювання інформаційних відносин	272
<i>Монаєнко А.</i> Поняття бюджетно-процесуального права.....	278

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

<i>Овчаренко О.</i> Правові та організаційні аспекти реалізації права судді на відставку.....	288
---	-----

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Орлеан А.</i> Початок кримінально-правової охорони життя людини	299
<i>Головкін Б.</i> Превентивний вплив системи антикримінального законодавства України на злочинність	308
<i>Шевчук В.</i> Структура тактичних операцій: проблеми та пропозиції	318

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

<i>Суходубова І.</i> Гармонійне співвідношення стабільності і динамізму законодавства як умова його якості та ефективності	329
<i>Ісакова В.</i> Право на правову допомогу в системі прав людини.....	337
<i>Закриницька В.</i> Омбудсмен з прав дитини в механізмі державного захисту прав, свобод і законних інтересів дітей: зарубіжний досвід	346

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Методологічні проблеми оновлення Конституції України (<i>О. Скрипнюк</i>)	357
Наукові школи Національної академії внутрішніх справ — становлення та здобутки (<i>В. Коваленко</i>).....	379
I Міжнародний форум з практики Європейського суду з прав людини: львівський досвід (<i>Д. Гудима, О. Герасимів, О. Ковалишин</i>).....	386
Міжнародний «круглий стіл» з антропології права у Львові: восьмирічний підсумок (<i>В. Гончаров</i>).....	391

РЕЦЕНЗІЇ

Актуальні проблеми екологічного права України (<i>А. Гетьман, Г. Анісімова</i>)	396
--	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

<i>Шевченко Я. М.</i>	400
<i>Денисов В. Н.</i>	401
<i>Козюбра М. І.</i>	404
<i>Варфоломеева Т. В.</i>	406

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (71)

Відповідальний за випуск

О. В. Петришин

Редактор *С. Пашинська*

Коректори: *Н. Шестьора, М. Поточняк*

Комп'ютерна верстка *О. Сенько*

Дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 22.12.2012 р.
Формат 60×90 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 26. Обл.-вид. арк. 23,9. Вид. № 864.

Тираж 400 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: www.pravo-izdat.com.ua

E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Надруковано в друкарні СПДФО Коровін П. Ю.
Тел. (057) 758-35-98

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток

Для нотаток
