

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 1 (64)



Харків
2011

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

Засновник — Президія Національної академії правових наук України,
Національна 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, 2011. — № 1 (64). — 324 с.

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік*
(заступник головного редактора), *Ю. В. Баулін, Ю. П. Битяк, В. І. Борисов,*
М. В. Буроменський, Л. К. Воронова, Ю. М. Грошевий, І. М. Даньшин,
В. П. Колісник, В. В. Комаров, В. О. Коновалова, О. Л. Котиленко, О. Д. Крупчан,
Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, В. К. Мамутов, О. П. Орлюк, М. І. Панов,
О. В. Петришин, О. О. Погрібний, М. Я. Сегай, М. М. Сібільов, В. Ф. Сіренко,
О. В. Скрипнюк, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. В. Сташис, В. П. Тіхий, М. Я. Швець,
Ю. С. Шемиченко, 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, 2011

© «Право», 2011

Доповідь

Президента Національної академії правових наук України В. Я. Тація на загальних зборах Академії, що відбулися 4 березня 2011 року

2010 рік багато в чому був визначним як для нашої держави, так і для нашої наукової установи. На початку року Указом Президента України Академії правових наук України було присвоєно почесне звання національної. Відповідно до законодавства статус національної надається установі, яка досягла найвищих показників у своїй діяльності щодо використання інтелектуального потенціалу нації, реалізації ідеї національного відродження і розвитку України і є провідною серед галузевої групи закладів гуманітарної сфери. Це рішення засвідчило визнання державою провідної ролі Академії у забезпеченні комплексного розвитку правової науки, проведенні наукових досліджень у галузі держави і права та значного внеску в підготовку наукових кадрів.

Водночас висока оцінка діяльності Академії та сприяння розвитку науки з боку керівництва держави вимагає ще більш продуктивної та відповідальної праці на благо українського народу.

Минулого року Академія продовжувала розширення мережі наукових установ, залучення до наукових досліджень провідних фахівців з усіх регіонів України. Постановою Кабінету Міністрів України від 2 березня 2010 р. засновано Науково-дослідний інститут правового забезпечення інноваційного розвитку, а рішенням президії Академії від 26 березня 2010 р. утворено Південний регіональний науковий центр.

Національна академія правових наук України звернулася до Президента України з проханням збільшити чисельність членів Академії, зокрема для формування складу Південного регіонального центру. Президент підтримав ініціативу Академії і 24 вересня відбулися вибори нових членів Академії. На 31 вакантне місце претендували 87 осіб. Кандидатів на наявні вакансії членів Академії висували всі регіони України (Київ, Харків, Донецьк, Дніпропетровськ, Кіровоград, Луганськ, Маріуполь, Одеса, Сімферополь, Львів, Ужгород, Чернівці тощо), 40 провідних наукових і навчальних закладів України. Це були найбільш представницькі вибори за весь час існування Академії. За результатами голосування було обрано 5 академіків та 21 члена-кореспондента.

У загальнодержавному вимірі минулий рік запам'ятався початком найбільш масштабних за всі часи незалежності державно-правових реформ. Значною мірою за рік реформовано вітчизняну судову систему, розпочато реалізацію новітніх підходів у реформуванні бюджетної, податкової та пенсійної системи, сфери соціального забезпечення. Відповідно до Указу Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» розпочато докорінну перебудову адміністративного апарату з метою усунення дублювання повноважень центральних органів виконавчої влади, забезпечення скорочення чисельності управлінців та підвищення ефективності державного управління.

Національна академія правових наук України робить свій внесок у проведення державно-правових перетворень. Так, на замовлення Адміністрації Президента України президією Академії було утворено 7 робочих груп із метою розробки найважливіших нормативних актів, спрямованих на реалізацію соціально-економічних та правових реформ, передбачених програмою Президента України та Кабінету Міністрів України. До складу робочих груп увійшло близько 70 провідних фахівців Національної академії правових наук України та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

За період роботи (а це всього півроку) було розроблено більше 20 нормативно-правових та програмних актів. Зокрема, проект Інноваційного кодексу України, проект Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», проект Закону України «Про внесення змін до Закону України “Про Кабінет Міністрів України”», проект змін до Закону України «Про місцеве самоврядування», проект «Кодексу поведінки державного службовця», пропозиції щодо змін до Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», проект Закону України «Про кримінологічну експертизу проектів нормативно-правових актів».

Усі розроблені законодавчі акти було направлено до Адміністрації Президента України.

Загалом Інститути Академії брали участь у розробленні понад 100 проектів законів та інших нормативно-правових актів за власною ініціативою та за дорученнями органів державної влади та місцевого самоврядування.

Академіки та члени-кореспонденти Національної академії правових наук України самостійно взяли участь у розробці 152 проектів законів та інших нормативно-правових актів. Серед них слід відзначити проекти законів України «Про поліцію», «Про вищу освіту» (О. М. Бандурка), проекти законів України «Про обрання судді» та «Про звіль-

нення суддів» (С. В. Ківалов), проект Закону України «Про енергетичний моніторинг» (В. Я. Настюк), проект Закону України «Про порядок виконання рішень та висновків Конституційного Суду України Верховною Радою України» (А. О. Селіванов).

Провідні фахівці установ Академії на постійній основі беруть участь у діяльності 42 робочих груп із розробки законів та інших нормативно-правових актів, створених з ініціативи центральних органів державної влади. Серед них слід виділити такі групи:

1. Робоча група з питань удосконалення законодавства про вибори (членами групи є В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко, О. Л. Копиленко, В. Т. Маляренко та В. М. Шаповал);

2. Робоча група з питань судової реформи (членами групи є С. В. Ківалов, М. І. Козюбра, О. Л. Копиленко, Н. С. Кузнєцова, В. Т. Маляренко, В. Т. Нор, Д. М. Притика, О. Д. Святоцький, В. Я. Тацій);

3. Робоча група з питань реформування кримінального судочинства (членами робочої групи є С. В. Ківалов, В. В. Коваленко, О. Л. Копиленко, В. Т. Маляренко, Д. М. Притика, В. Я. Тацій, В. П. Тихий).

4. Комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права (членами комісії є С. П. Головатий, С. В. Ківалов, М. І. Козюбра, О. В. Петришин).

Цей напрям роботи установ повинен стати одним із головних, якщо не найголовнішим. За результатами розробки законопроектів і державна, і президія Академії будуть оцінювати ефективність діяльності кожного інституту.

Крім цієї науково-прикладної діяльності установи Академії проводили планові фундаментальні дослідження, які фінансуються з Державного бюджету. Загалом дослідження здійснювалися за 37 фундаментальними темами, з яких 9 було завершено.

За умовами договорів усі науково-дослідні інститути зобов'язані не лише виконати дослідження та надати президії відповідний звіт, а й впроваджувати їх результати у державно-правову практику шляхом надання органам державної влади проектів законодавчих актів, науково-правових експертиз та висновків, пропозицій щодо вдосконалення правозастосовної практики тощо. Разом з тим інститути зобов'язані відслідковувати стан впровадження кожної теми протягом 3-х років після її завершення.

Узагальнюючи, варто констатувати, що всі науково-дослідні установи виконали, а за багатьма параметрами і перевиконали заплановані показники.

Результати різноманітної наукової діяльності Академія доводить до відома громадськості та всіх зацікавлених суб'єктів шляхом видан-

ня наукових, науково-практичних та навчальних робіт. У 2010 році було підготовлено декілька знакових для всієї України видань.

По-перше, це підготовка другого, доповненого й переробленого видання 5-томної наукової праці «Правова система України: історія стан та перспективи» російською мовою. Перше видання здобуло чимало позитивних відгуків із боку науковців та практичних працівників. Тому для поширення здобутків вітчизняної юридичної науки в інших країнах було прийнято рішення доопрацювати та оприлюднити друге видання російською мовою.

По-друге, у ході попереднього засідання президії було прийнято рішення про підготовку оновленого науково-практичного коментаря до Конституції України. Це рішення обумовлено декількома причинами. З моменту виходу першого коментаря Конституції у 2003 році минуло вже понад 7 років. За цей час у конституційно-правовому полі відбулися значні зміни — достатньо згадати лише прийняття у 2004 та скасування у 2010 році змін до Конституції. Жодна інша наукова установа за цей час не змогла підготувати подібне видання. До того ж у 2011 році виповнюється 15 років з дня прийняття Конституції України та 20 років з дня проголошення незалежності.

Коментар до Конституції України буде гідним подарунком юристів Національної академії правових наук України державі та суспільству.

Не можна не згадати у цьому контексті безпрецедентний випадок, який трапився наприкінці 2010 року. Мова йде про викриття плагіату науково-практичного коментаря до Конституції України, виданого Академією у 2003 році. Нікому не відомий студент магістратури Національного університету імені Т. Г. Шевченка видав під власним ім'ям коментар до Конституції України, який майже на 90 % ідентичний коментарю, виданому Академією 2003 року. Причому вказано, що загальне редагування цього видання начебто здійснив професор В. Л. Мусіяка, який офіційно повідомив Академію, що не має до цього видання жодного стосунку і не давав згоди бути редактором коментаря. Згодом з'ясувалося, що цей студент протягом останніх 3-х років видав під власним ім'ям 17 різноманітних підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів практично з усіх галузей права.

Від імені авторського колективу О. В. Петришин, Н. С. Кузнецова та М. П. Кучерявенко опублікували розлогі статті у провідних юридичних виданнях («Юридичний вісник», «Голос України»), оприлюднивши цей ганебний випадок, і закликали всю юридичну громадськість дати адекватну відповідь плагіатору.

Академія звернулася до органів прокуратури із проханням провести необхідну перевірку та порушити відповідно до законодавства кримінальну справу. На наш погляд, ці дії прямо підпадають під ст. 176 Кримінального кодексу України «Порушення авторського права і суміжних прав», а можливо і ст. 190 «Шахрайство»). Також підготовлено цивільний позов для захисту майнових та особистих немайнових прав авторського колективу.

Інформаційним проривом можна назвати підготовку одночасно трьома мовами — українською, російською та англійською юридичного журналу «Право України», що було здійснено за тісної співпраці та підтримки з боку Національної академії правових наук України.

Загалом Національна академія правових наук України у 2010 році повністю виконала план результативних показників із випуску друкованої продукції за всіма бюджетними програмами.

Однак, як показує практика, робота Академії не вичерпується реалізацією передбачених паспортами бюджетних програм показників. Загалом члени Національної академії правових наук України та науковці її структурних підрозділів у 2010 році опублікували понад 440 одиниць друкованої продукції, підготовленої як одноособово, так і у співавторстві, загальним обсягом понад 1000 друк. арк., з яких: 17 монографій, 6 підручників, 8 навчальних та практичних посібників, 3 брошури, 7 словників, 1 довідник, 4 науково-практичних коментарі законодавства, 5 збірників наукових праць, 3 аналітичні матеріали, близько 420 наукових статей та тез наукових доповідей.

У багатогранній видавничій діяльності Академії помітне місце посідає видавництво «Право». Серед книг, що вийшли друком у 2010 році, — 106 різноманітних видань, зокрема, 32 монографії, 21 підручник та навчальний посібник, 17 навчально-методичних посібників, 17 періодичних видань, 11 збірок нормативних актів, 4 перевидання та 4 довідкових видання загальним обсягом понад 1400 друк. арк.

Видавництво «Право» поступово стає одним із провідних видавництв України юридичного спрямування.

Одним із статутних завдань Академії є виконання замовлення центральних органів державної влади стосовно розроблення засад наукової та правової політики, вивчення та узагальнення механізмів реалізації законодавчих актів, підготовка практичних рекомендацій щодо вдосконалення їх діяльності. Установи Академії досить плідно співпрацюють із Президентом України, Верховною Радою України, її комітетами, Кабінетом Міністрів України, Радою національної безпеки та

оборони, Фондом держмайна, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, Міністерством юстиції України, Міністерством освіти і науки України, Міністерством економіки України, Міністерством фінансів України, іншими міністерствами та центральними органами державної влади.

Структурні підрозділи Академії значну увагу приділяли співпраці з вищими судовими органами — Конституційним Судом України, Верховним Судом України, Вищим адміністративним судом України, Вищим господарським судом України, а також із правоохоронними органами — Службою безпеки України, Генеральною прокуратурою України, Міністерством внутрішніх справ України, Державним департаментом з питань виконання покарань тощо.

Так, протягом 2010 року для центральних органів державної влади було підготовлено 178 наукових висновків, пропозицій, рекомендацій та експертиз.

44 науковці Академії протягом багатьох років є постійними науковими консультантами та членами науково-експертних рад, що працюють при центральних органах державної влади. У 2010 році п'ять науковців (Ю. П. Битяк, А. П. Гетьман, О. О. Погрібний, О. В. Петришин, В. П. Тихий) стали консультантами Комітету Верховної Ради України з питань правової політики.

Члени Академії тісно співпрацюють із Вищою атестаційною комісією. О. В. Петришин, О. Л. Копиленко, В. М. Шаповал є членами президії, багато науковців Академії працюють у експертних комісіях ВАК. Унаслідок реорганізації роботи ВАК згідно з Указом Президента України у 2011 році необхідно розробити та внести пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання атестації наукових кадрів вищої кваліфікації.

Представники Академії входять до складу Атестаційної колегії Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, у межах якої здійснюється атестація наукових та педагогічних працівників.

Академія тісно співпрацює не лише з центральними органами державної влади, а й із місцевими та органами місцевого самоврядування. З метою підвищення ролі правової науки в розробці та реалізації ефективної регіональної політики та координації наукових досліджень у галузі держави та права всіх установ Академією було створено 3 регіональних наукових центри: Донецький (голова — В. К. Мамутов), Західний (голова — В. Т. Нор та Південний (голова — С. В. Ківалов). Одним із головних завдань регіональних наукових центрів є планування та координація науково-дослідної діяльності у галузі держави та права членів (академіків) та членів-кореспондентів Академії, а також

усіх установ Академії (лабораторій, інших наукових підрозділів), що розташовані у відповідних регіонах.

2011 рік повинен стати роком становлення та налагодження ефективної роботи створених регіональних центрів. Для цього в апараті президії утворюється новий відділ — регіональних наукових зв'язків, у якому передбачено по дві штатні посади на кожен центр. Зі свого боку керівникам центрів необхідно вирішити питання з розміщення центрів, їх оснащенням, налагодженням співпраці з місцевими державними адміністраціями, органами місцевого самоврядування, судовими та правоохоронними структурами, навчальними та науковими закладами.

У звітному періоді установами Академії здійснено цілу низку наукових досліджень для Харківської обласної державної адміністрації, Харківської обласної ради, Харківської міської ради, а також проведено наукові дослідження для обласних, міських та районних правоохоронних і судових органів багатьох областей України.

Так, для органів державного управління на місцях, органів місцевого самоврядування, правоохоронних та судових органів, державних підприємств, установ та організацій, навчальних закладів здійснено: розробку проектів нормативно-правових актів, їх наукову експертизу, аналіз чинного законодавства з окремих питань, надано пропозиції щодо його вдосконалення, консультації тощо.

У цілому за звітний період на замовлення регіонів було проведено 77 наукових досліджень, за якими надані експертні висновки, пропозиції та зауваження.

З метою обговорення актуальних питань правознавства, що розробляються в рамках тем наукових досліджень, регулярно проводилися наукові конференції, семінари, «круглі столи» тощо.

У 2010 році президія Академії та її Інститути виступили організаторами та співорганізаторами 39 наукових заходів — конференцій, семінарів, «круглих столів», читань. Члени Національної академії правових наук України та науковці її структурних підрозділів взяли участь у 366 наукових заходах.

Важливою подією у науковому житті Академії стало проведення 27–28 травня 2010 року міжнародного симпозіуму «Праворозуміння: питання теорії, правової політики і юридичної практики», в якому взяли участь представники провідних наукових установ України, Російської Федерації і Республіки Білорусь.

На симпозіумі було оприлюднено понад 100 доповідей та повідомлень, підготовлених представниками 41 вищого навчального закладу

і провідних наукових установ України, Російської Федерації і Республіки Білорусь. Серед учасників симпозіуму було понад 40 докторів юридичних наук з теорії держави і права та філософії права.

У рамках пленарного засідання і тематичних секцій симпозіуму відбулися плідні наукові дискусії за такими основними напрямками: філософські і загальнотеоретичні основи праворозуміння; історичні та порівняльні аспекти праворозуміння; правова політика і юридична практика: особливості взаємовпливу.

Жодна установа не може існувати та ефективно розвиватися без належного фінансування. У 2010 році Академія була профінансована з Державного бюджету на 30 млн 100 тис. грн, що майже на 3 млн більше, ніж 2009 року. Незважаючи на цей приріст, Академія відчувала та відчуває суттєву нестачу фінансування. Так, обрані у вересні 2010 році члени Академії досі не отримують передбачених законодавством виплат. Академія зі свого боку надала всі необхідні документи до міністерств та Кабінету Міністрів України та чекає позитивного вирішення цього питання.

За існуючих економічних реалій жодна установа не повинна сподіватися виключно на бюджетне фінансування. Необхідно постійно приділяти увагу пошуку позабюджетних джерел фінансування. Наукові установи Академії шляхом укладення господарських договорів на виконання наукових досліджень, проведення експертиз надають послуги наукового та юридичного характеру зацікавленим державним та недержавним організаціям.

Так, у звітному періоді установи Академії уклали господарські договори на загальну суму 1 млн 57 тис. грн.

У розрізі кожної установи:

Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності — 352, 802 тис. грн; Науково-дослідний центр правової інформатики — 351,9 тис. грн; Інститут вивчення проблем злочинності — 210,155 тис. грн; Київський регіональний центр — 62,500 тис. грн; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва — 49,6 тис. грн; Науково-дослідний інститут правового забезпечення інноваційного розвитку — 17, 5 тис. грн; Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування — 12,9 тис. грн.

Проте у 2009 році ситуація була значно кращою — установи Академії заробили понад 2 млн 500 тис. грн (зменшення за рік майже на 1,5 млн грн).

Директорам установ необхідно терміново звернути увагу на цей напрям роботи інститутів та вдосконалювати його.

Протягом 2010 року за значний особистий внесок у реалізацію державної правової політики, реформування правової системи та законодавства України, підготовку висококваліфікованих фахівців, розвиток вітчизняної науки, формування правової культури населення, підвищення правосвідомості науковці Національної академії правових наук України були відзначені високими державними та урядовими нагородами:

Орденем «За заслуги» III ступеня були нагороджені академіки Ю. С. Шемшученко, О. О. Погрібний, О. Л. Копиленко, А. О. Селіванов; Почесною Грамотою Кабінету Міністрів України — академіки О. В. Петришин, О. В. Скрипнюк.

Лауреатом Премії Кабінету Міністрів України за особливі досягнення молоді у розбудові України став член-кореспондент Р. О. Стефанчук.

Грамотою Верховної Ради України «За заслуги перед українським народом» нагороджені академік В. Т. Нор, член-кореспондент О. П. Орлюк.

Подякою Президента України був відзначений академік В. С. Щербина.

Подякою Прем'єр-міністра України була відзначена член-кореспондент І. О. Кресіна.

Лауреатами Премії імені Ярослава Мудрого у 2010 році стали: академіки А. О. Селіванов, О. В. Скрипнюк, М. В. Цвік, Ю. М. Грошевий, член-кореспондент В. Я. Настюк.

Медаллю «65 років Перемоги у Великій Вітчизняній війні 1941–1945 років» нагороджені академіки: В. І. Семчик, М. Я. Сегай, члени-кореспонденти Г. О. Мурашин, О. І. Процевський, Є. Л. Стрельцов.

На 2011 рік запланована значна за обсягом та відповідальна робота. Варто окреслити її напрями.

1. Одним із головних завдань Академії є науково-консультативний супровід діяльності Конституційної Асамблеї, утвореної відповідно до Указу Президента України від 21 лютого 2011 року. Метою Асамблеї є: підготовка пропозицій щодо вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин, забезпечення максимальної демократичності та деполітизації цього процесу, а також започаткування широкого обговорення конституційних ініціатив, залучення до нього громадськості, вчених, міжнародного експертного середовища.

До складу Науково-експертної групи Конституційної Асамблеї увійшло 7 членів Академії — В. П. Колісник, О. Л. Копиленко, В. Т. Маляренко, В. Т. Нор, В. Я. Тацій, В. П. Тихий, Ю. С. Шемшученко.

Проте всі члени та науково-дослідні установи Академії повинні

взяти активну участь у розробці, обговоренні та вдосконаленні змін до Конституції України.

У червні необхідно організувати та провести на базі Національної академії правових наук України представницьку наукову конференцію із зазначених питань за участю провідних конституціоналістів, державних діячів та практичних працівників.

2. Суттєвого вдосконалення потребує не лише Конституція, а й багато інших визначальних для правової системи нормативних актів. Не можна не погодитися з негативною оцінкою Президентом України стану законодавчого забезпечення в багатьох сферах життя. Показовим є використання у кримінальному процесі Кодексу, прийнятого Верховною Радою УРСР ще у далекому 1960 році. Сотні змін та доповнень, якими намагалися «залатати» численні прогалини, колізії та невідповідності не привели до його якісної зміни. Аналогічна ситуація у багатьох галузях права призводить до того, що значна частина проголошених у Конституції прав не знайшла правових механізмів реалізації, багато законодавчих актів, які необхідні для здійснення конституційних норм, досі не прийняті, а практика реалізації деяких законів свідчить про необхідність їх суттєвої корекції.

Тому одним із завдань Національної академії правових наук України на 2011 рік є розробка правових механізмів реалізації положень Конституції України, забезпечення та охорона прав і свобод людини та громадянина, завершення розпочатих у багатьох сферах правових реформ.

3. Ще одним важливим напрямом діяльності Академії на 2011 рік є науково-правове забезпечення інтеграції вітчизняної правової системи до європейських стандартів та виконання зобов'язань України перед міжнародними інституціями. Вступ України до Ради Європи та проголошення політичної мети набуття членства у Європейському Союзі вимагає реалізації багатьох державно-правових змін.

Для реалізації цієї мети Указом Президента України від 12 січня 2011 року затверджено План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають із її членства в Раді Європи, яким передбачається розробка близько 30 нормативно-правових актів, концепцій, державних програм, на необхідність яких вказували Парламентська Асамблея Ради Європи, Комітет міністрів Ради Європи, Венеціанська комісія, Європейський комітет з питань запобігання катуванням.

Жодна інша наукова установа не зможе надати необхідне консультування Уряду та відповідним міністерствам із такого широкого кола

питань. Тому саме Національна академія правових наук України повинна стати основним експертом із правових питань для Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, окремих міністерств та відомств, правоохоронних та судових органів.

4. Академія повинна постійно вдосконалювати власні форми та методи роботи, знаходити нові.

Необхідно розширювати співпрацю у галузі координації тематики дисертаційних досліджень. Координаційну роботу щодо тематики дисертаційних досліджень з юридичних наук Академія проводить з 1995 року. За цей час видано вже 15 Збірників тем дисертаційних досліджень та постійно оновлюється електронна база даних. Необхідно вносити пропозиції до Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України щодо запровадження такої координації і за іншими науками, затвердити спільний наказ щодо цього Міністерства та Академії.

5. У 2011 році набув чинності новий Перелік пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 роки. Він був розроблений у тісній співпраці з Національною академією наук України та на наступні п'ять років є основним документом для всіх наукових установ Академії під час визначення тематики досліджень.

6. Завданням на 2011 рік є якісне видання 5-томної наукової праці «Правова система України: історія стан та перспективи» російською мовою. Відповідальним за її випуск є видавництво «Право». Ця праця стане своєрідним обличчям вітчизняної юридичної науки на теренах пострадянського простору, а тому питанням якісного перекладу, редагування та добротної поліграфії необхідно приділити найбільшу увагу.

Але вже зараз ми повинні замислитися над наступним кроком — перекладом подібних найкращих праць англійською мовою, тоді мовних бар'єрів для нашої науки не буде у масштабах всього світу.

7. Члени Академії та науково-дослідні установи повинні відновлювати розірвані зв'язки з навчальними та науковими закладами Російської Федерації, Республіки Беларусь, інших держав СНД та активніше встановлювати нові зв'язки з науковцями з Європи, США, інших розвинутих країн. Наука у сучасному світі не має кордонів і може ефективно розвиватися постійно збагачуючись новими ідеями та думками.

У цьому зв'язку цілком логічним і виправданим кроком стало обрання іноземним членом Академії одного з найбільш шанованих на всьому пострадянському просторі науковця — С. С. Алексєєва, який за життя став класиком загальної теорії права.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 340.130.4

Погребняк С., доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Загальні принципи права як джерело права

Уперше розуміння загальних принципів права як джерела права з'являється в *міжнародному праві*. Нагадаємо, що найбільш важливим та відомим прикладом такого підходу виступає ст. 38 п. 1с) Статуту Міжнародного Суду ООН (який, як відомо, є додатком до Статуту ООН та утворює його невід'ємну частину), згідно з яким Суд застосовує «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями» (the general principles of law recognized by civilized nations)¹. У свою чергу це положення Статуту Міжнародного Суду ООН повністю відтворює норму ст. 38 п. 3 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя від 16 грудня 1920 р. (постійно діючого судового органу при Лізі Націй)².

Проте практика посилення в міжнародних договорах на принципи права існувала і раніше. Наприклад, можна згадати про ст. 73 Конвенції про мирне розв'язання міжнародних зіткнень (І Гаазька конвенція) від 18 жовтня 1907 р., в якій зазначалося, що при тлумаченні компромісу, представленого сторонами, арбітражний суд може застосовувати принципи права (the principles of law)³. Також ст. 7 Гаазької конвенції про Міжнародний призовий суд від 18 жовтня 1907 р. (щоправда, вона так і не набрала чинності) уповноважувала суд у випадку відсутності загальноновизнаних правил приймати рішення відповідно до загальних принципів правосуддя і справедливості (the general principles of justice and equity)⁴.

Крім того, слід наголосити на тому, що норма Статуту Міжнародного Суду лише констатувала, якщо не кодифікувала вже існуючу звичаєво-правову норму. Так, починаючи з 1794 р. змішані англо-

¹ http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II.

² http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm#_Toc160729737.

³ http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp.

⁴ <http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/hague/hague11b.html>.

американські комісії, створені відповідно до договорів Джея (Jay Treaty), прямо обґрунтовували свої рішення загальними правовими принципами. З тих часів арбітражні суди безперервно слідували вказаному прикладу, і при цьому правомочність їх рішень ніколи не була оскаржена саме на цій підставі. Отже, враховуючи всю цю передісторію, після затвердження Статуту Міжнародного Суду ООН загальні принципи права безперечно були визнані як пряме джерело міжнародного права незалежно від будь-якого дозволу договірної характеру¹.

Доволі цікавим у формулюванні Статутів є застереження «визнані цивілізованими націями». Воно було внесене за пропозицією американського юриста Е. Рута у 1920 р. при розробці проекту Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя в Консультативному комітеті юристів Ліги Націй, а при прийнятті Статуту Міжнародного Суду ООН у 1945 р. — збережене ООН як реакція на нацизм². Сьогодні «цивілізованими» вважаються всі нації³ і тому це застереження, як правило, розглядають як зайве⁴.

Проте в літературі існує й інше пояснення: згідно з ним до цивілізованих належать держави, які є передовими з точки зору правового розвитку⁵. Тому саме на їхні принципи доцільно орієнтуватися під час розгляду спорів. Це дозволяє визнавати загальними принципами права певні положення, які не обов'язково прийняті всіма внутрішніми правовопорядками. Ураховуючи різноманітність сучасного світу, при встановленні універсального характеру їх визнання необхідно керуватися вимогами здорового глузду⁶, орієнтуючись на практику, що склалася в основних правових сім'ях.

Традиційний інтерес у міжнародному праві викликає питання про *правову природу загальних принципів права*. Доволі популярною є думка, що загальні принципи права є принципами природного права, що діють у системі міжнародного права, складають її основу і є підставою

¹ Нгуен Куок Динь. Международное публичное право : в 2 т. / Нгуен Куок Динь, П. Дайе, А. Пелле ; пер. с фр. – К., 2000. – Т. 1: Кн. 1 : Формирование международного права. Кн. 2 : Международное сообщество. – С. 210.

² Корецький В. М. Общие принципы права» в международном праве / В. М. Корецький // Академічна юридична думка / Укладачі: І. Б. Усенко, Т. І. Бондарчук ; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1998. – С. 265, 289.

³ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом / П. Маланчук ; пер. з англ. – Х., 2000. – С. 86; Нгуен Куок Динь. Международное публичное право : в 2 т. – Т. 1. – С. 211.

⁴ Shaw M. N. International Law. – 6th ed. – Cambridge University Press, 2008. – P. 98.

⁵ Aust A. Handbook of International Law. – Cambridge University Press, 2005. – P. 8.

⁶ Тускоз Ж. Міжнародне право / Ж. Тускоз ; пер. з фр. – К., 1998. – С. 207.

для перевірки позитивних норм на чинність. Позитивісти, як правило, стверджують, що ці принципи випливають із міжнародних угод та звичаєвого права і не здатні додати до міжнародного права нічого нового, крім того, що відображає згоду держав. Радянські фахівці зазвичай захищали підхід, відповідно до якого загальні принципи права повторюють фундаментальні приписи міжнародного права, наприклад, принцип мирного співіснування, принцип заборони застосування сили, принцип суверенної рівності держав та ін.¹

Слід погодитися з тим, що загальні принципи права не можна отожднювати із принципами міжнародного права, хоча вони і формулюють загальні засади, головні ідеї у праві. Природа, зміст принципів міжнародного права і загальних принципів права різні. Так, принципи міжнародного права формуються на основі чинних міжнародних звичаїв та договорів. Загальні принципи права формуються на основі функціонування правових систем як їх закономірності, результат².

Отже, за своїм походженням загальні принципи права є принципами внутрішньодержавного права. Міжнародне право лише констатує вже встановлені, що існують у національних правових системах, принципи. Таке трактування прийняте сьогодні більшістю фахівців³. Тим не менш, існують і більш широкі тлумачення. Так, деякі юристи стверджують, що загальні принципи права можуть походити як із внутрішньодержавного, так і з міжнародного права. Наприклад, в окремій думці щодо рішення Міжнародного Суду ООН від 20 квітня 2010 р. у справі, що стосується целюлозних заводів на річці Уругвай (Аргентина проти Уругваю), Суддя К. Триндаді стверджує, що посилання на загальні принципи права означає не лише посилання на принципи, які присутні *in foro domestico* (у внутрішньому праві), а й на принципи, які притаманні конкретній галузі міжнародного права (так, міжнародне право з охорони навколишнього середовища визнає принципи запобігання і передбачливості)⁴. Проте зазвичай принципи галузей міжнародного права також походять із внутрішньодержавного права.

Досліджуючи феномен загальних принципів права, слід звернути увагу на те, що їх поява як самостійного джерела міжнародного права пов'язується головним чином із проблемою «*non liquet*» в умовах існування прогалів у міжнародному праві. На відміну від національно-

¹ Див.: Shaw M. N. *International Law*. – P. 99.

² Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич, В. В. Мисик, О. В. Задорожний ; за ред. В. Г. Буткевича. – К., 2002. – С. 126.

³ Див.: Нгуен Куок Динь. *Международное публичное право* : в 2 т. – Т. 1. – С. 210.

⁴ http://untreaty.un.org/cod/ICJ/summaries/documents/russian/177_r.pdf.

го судді міжнародний суддя у такій ситуації не має права виносити рішення без спеціального дозволу суб'єктів міжнародного права. Застосування загальних принципів права дозволяє вирішити справу, не виходячи за межі чинного права, розглянути кожну міжнародну ситуацію як питання (предмет) права¹. Саме тому загальні принципи права визначаються як *формальні джерела права*, тобто як один із способів формування права, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права².

Категорія «загальні принципи права» використовується також у європейському праві та праві Ради Європи.

Так, *загальні принципи права ЄС* (general principles of the Union's law) згадуються в п. 3 ст. 6 Договору про Європейський Союз³. Вони розглядаються як первинне право Європейського Союзу (ЄС), як доповнення норм установчих Договорів ЄС. Визнання загальних принципів права самостійним джерелом права ЄС обґрунтовується необхідністю подолання прогалин в умовах дії принципу обмежених окремих повноважень (ЄС діє тільки в межах компетенції, яка була надана їм державами-членами на основі установчих Договорів). Фахівці з європейського права стверджують, що в окремих сферах установчі Договори ЄС утворюють недосконалу правову систему, прогалини в якій належить заповнити. Одним із засобів заповнення прогалин є застосування неписаних правових принципів⁴. При цьому підкреслюється, що загальні принципи права є «дітьми національного права»⁵, тобто джерелом їх походження є національні правові системи держав — членів ЄС. Ці неписані принципи були виведені Судом ЄС із права держав-членів шляхом, який нагадує розвиток загального права англійськими судами.

У *праві Ради Європи* загальні принципи права згадуються в ч. 2 ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Згідно з цією нормою правило «Ніякого покарання без закону» «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи

¹ Див.: Нгуен Куок Динь. *Міжнародное публичное право* : в 2 т. – Т. 1. – С. 211; Shaw M. N. *International Law*. – Р. 99.

² Нагадаємо, що юридична наука виділяє також матеріальні (змістовні) джерела права – творчі сили права, соціально-політичні чинники, які обумовлюють зміст правових норм.

³ Official Journal of the European Union. – С 083, 30.3.2010. – Р. 19.

⁴ Гердерен М. *Європейське право* / М. Гердерен ; пер. з нім. – К., 2008. – С. 181–182.

⁵ Tridimas T. *The General Principles of EU Law*. – 2nd ed. – Oxford University Press, 2007. – Р. 8.

за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями»¹. У даному випадку йдеться про застосування кримінального права проти держави та її «слухняних виконавців», а заборона зворотної дії не стосується «злочинності, посиленої державою»².

У другій половині ХХ ст. загальні принципи права також починають розглядатися як самостійна форма (джерело) права в *сім'ї романо-германського права*³. Це визначається як один із важливих аспектів еволюції сучасного романо-германського права⁴.

На нашу думку, причини появи даної концепції у правових системах, що належать до романо-германського права, відрізняються від причин, які існували в міжнародному та європейському праві. Якщо міжнародне право вирішувало за допомогою загальних принципів права проблему «*non liquet*», європейське право — проблему обмежених повноважень ЄС, то національні правові системи мали запровадити певні запобіжні заходи щодо створення та застосування свавільних законів, взявши до уваги небезпечну практику використання позитивного права окремими європейськими державами всупереч його призначенню. Одним із таких заходів є концепція загальних принципів права як самостійного джерела права, яка дозволяла уникнути ототожнення позитивного права лише за законами (державними актами).

Так, після Другої світової війни Федеральний верховний суд і Федеральний конституційний суд Німеччини у своїх рішеннях зазначають, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає також деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній нормі, що існує надпозитивне право (зокрема, принципи, які іманентні конституційному правопорядку, але не знайшли відображення в тексті писаних законів), яке пов'язує навіть установчу владу законодавця⁵. Наприклад, Конституційний Суд ФРН обґрунтував існування принципу пропорційності: цей прямо не закрі-

¹ Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2371.

² Альбрехт П.-А. Забута свобода: Принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / П.-А. Альбрехт; пер. з нім. – Одеса, 2006. – С. 45.

³ Bell J., Boyron S., Whittaker S. Principles of French law. – Oxford University Press, 1998. – Р. 14; Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. – М., 1996. – С. 108-111.

⁴ Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Р. Леже; пер. с фр. – М., 2009. – С. 38-39.

⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности. – С. 110.

плений у Конституції ФРН 1949 р. принцип є суддівським критерієм визначення відповідності (пропорційності) обраних державою засобів, закріплених у правових актах держави, певній легітимній меті¹.

Крім того, на визнання загальних принципів джерелами права у країнах Європи, ймовірно, вплинули приклад права ЄС та традиція загального англійського права, яке вважалося «резервуаром усіх загальних та всеосяжних принципів, встановлення яких у законі не вважалося за необхідне»².

Слід зазначити, що велику роль в утвердженні цієї ідеї як у праві ЄС, так і національному праві, відіграла *судова влада*. У літературі доволі часто стверджується, що головним джерелом загальних принципів є судова практика³. Концепція, згідно з якою правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права, дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів, знімає із суддів звинувачення в перевищенні повноважень і викривленні законодавства⁴.

Питання про специфічний зміст принципу зазвичай вирішується судами в ході обережного, але безперервного правового розвитку і лише тоді й остільки, коли й оскільки це стає необхідним при вирішенні конкретної справи (шлях «від справи до справи»). Ця політика судів знаходить найбільш яскравий вияв у практиці Європейського суду з прав людини. Імовірно, саме тому, формулюючи конкретні вимоги, що утворюють зміст принципів права, він часто використовує словосполучення «*inter alia*» (між іншим). За посередництвом правосуддя загальні принципи ніби трансформуються у специфічні нормативно-правові вимоги⁵, здійснюється так звана добудова права⁶.

¹ Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) / С. Шевчук // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2000. – № 1 (20). – С. 70–71.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К., 2007. – С. 283.

³ Див., напр.: Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бергель ; пер. с фр. – М., 2000. – С. 166.

⁴ Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Т. К. Хартли ; пер. с англ. – М., 1998. – С. 143, 145.

⁵ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации / Н. С. Бондарь. – М., 2005. – С. 259.

⁶ Циппелиус Р. Юридична методологія / Р. Циппелиус ; пер. з нім. – К., 2004. – 176 с.

Українські суди також починають усвідомлювати (хоча й занадто повільно) свою важливу роль у процесі визнання загальних принципів права та конкретизації тих вимог, що утворюють їх зміст. Ці дії знаходять свій зовнішній вираз у судових актах. Наприклад, Конституційний Суд України доклав зусиль щодо сприйняття українською правовою системою певних загальних принципів права (зокрема, принципів правової визначеності¹ та пропорційності²).

Необхідно звернути увагу на те, що загальні принципи права мають *тісний зв'язок з теорією природного права*: вони доводять підпорядкування права велінням справедливості в тому вигляді, як остання розуміється у певну епоху й у певний момент. На думку Р. Давида, жодна законодавча система не може обійтися без таких корегувань або застережень; їхня відсутність може привести до розбіжності між правом і справедливістю³. Загальні принципи права нерідко ґрунтуються на «природній справедливості», загальній для всіх правових систем⁴, тому вони традиційно пов'язуються з існуванням природного права; ці принципи утворюють моральну основу права, його духовний фундамент. Г. Шварценбергер підкреслював, що загальні принципи права є засобом перенесення природного в позитивне право⁵. Без деяких принципів правопорядок, імовірно, не зміг би існувати. Ідеться, зокрема, про принципи добросовісності, заборони зловживання правом, заборони необґрунтованого збагачення, відшкодування збитків, принцип, який встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі⁶.

¹ Див., наприклад, рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію», від 22 грудня 2010 р. № 23-рп/2010 у справі про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.

² Див., наприклад, рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу, від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні, від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности. – С. 108.

⁴ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом. – С. 87–88.

⁵ Корецкий В. М. Общие принципы права в международном праве. – С. 291.

⁶ Тускоз Ж. Міжнародне право. – С. 208; Міжнародне право / за ред. М. В. Буромського. – К., 2005. – С. 48.

Загальні принципи права надають правопорядку (всередині держави і на міжнародному рівні) його *необхідний аксіологічний вимір*; вони лежать в основі *jus necessarium* та вказують на цінності, які визначають правопорядок у цілому. Загальні принципи права формують підвалини не лише тлумачення та застосування норм права, а й самого процесу правотворчості; вони віддзеркалюють *opinio juris*, яка утворює основу для формування права. На думку судді К. Триндаді, такі принципи є відображенням об'єктивної «ідеї справедливості», на основі якої вони забезпечують єдність права, зачіпаючи засади необхідного права націй. Як вважає суддя, вони постають із людської чи юридичної свідомості як кінцевого матеріального джерела будь-якого права¹.

Тому встановлення факту існування загального принципу права є диференційованим процесом, за якого індукція з юридичних актів і правових інститутів має комбінуватися з обов'язковим урахуванням переваг щодо цінностей, які знаходять чіткий вираз у житті відповідного суспільства².

Водночас деякі загальні принципи права породжені вимогами *юридичної логіки та юридичної техніки* (наприклад, *lex specialis derogat legi generali* (спеціальний закон скасовує загальний); *lex posterior derogat legi priori* (наступний закон скасовує попередній); *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (ніхто не може передати прав більше, ніж має сам))³.

Можна припустити, що широке визнання загальних принципів права як джерел права пов'язане з укладанням *союзу (конвергенцією) між природним правом і позитивним правом*. Так, ще Л. Оппенгейм підкреслював, що формулювання ст. 38 п. 3 Статуту Постійної палати міжнародного правосуддя і Міжнародного Суду ООН свідчить про сприйняття точки зору Г. Гроція, яка, віддаючи належне і визнаючи в цілому вирішальне значення волі держав як творців міжнародного права, не відривала міжнародне право від юридичного досвіду і практики людства в цілому⁴. Додатково зауважимо, що

¹ http://untreaty.un.org/cod/ICJsummaries/documents/russian/177_r.pdf.

² Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Часть вторая / Ф. Быдлински // Вестник гражданского права. – 2006. – № 2. – Т. 6. – С. 208.

³ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом. – С. 87–88; Тускоз Ж. Міжнародне право. – С. 208; Міжнародне право / за ред. М. В. Буроменьського. – С. 48, 57–58; Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії. – С. 126; Земскова П. Е. Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в международном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / П. Е. Земскова. – М., 2010. – С. 10.

⁴ Оппенгейм Л. Международное право [Электронный ресурс] Т. 1. Полут. 1 ; пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом. – Режим доступа: http://www.pravo.vuzlib.net/book_z856_page_6.html.

зазначений компроміс знайшов своє відображення навіть на рівні термінології: якщо конструкція «загальні принципи права» може розглядатися як данина природному праву, то словосполучення «визнані цивілізованими націями» надає терміну позитивістського відтінку. На нашу думку, завдяки визнанню загальних принципів самостійним джерелом права можна уникнути небажаного протиставлення позитивних і надпозитивних принципів права; відповідно до цієї концепції всі загальні принципи розглядаються як елемент позитивного права.

На нашу думку, загальні принципи права виконують такі *функції у процесі застосування права*:

1) допомагають при інтерпретації норм права. Йдеться про те, що право необхідно розглядати як спробу конкретизації загальних принципів. Оскільки особа, яка здійснює тлумачення, має прагнути до того варіанта тлумачення, який найкраще вписується в діючу правову систему, то найбільш обґрунтованим є той варіант, який узгоджується, зокрема, із принципами права, які мають глибоке системоутворююче значення¹. Шукаючи задум закону (суб'єкта правотворчості), інтерпретатор має виходити з припущення, що цей задум полягав у розвитку загальних принципів права, а не в їх запереченні;

2) виступають як підстави для перегляду правових актів. Посилання на принципи може дозволити усунути порушення прав, допущені під час прийняття та застосування норм права. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України адміністративні суди мають повноваження перевіряти нормативно-правові та індивідуально-правові акти (рішення) суб'єктів владних повноважень на їх відповідність таким принципам права, як рівність, пропорційність, добросовісність, неупередженість тощо;

3) допомагають подоланню прогалин у праві. Традиційно використання загальних принципів права пов'язується із застосуванням аналогії права, тобто вирішенням справи (за наявності прогалини й за відсутності «аналогічної» юридичної норми) на основі загальних або галузевих принципів права². Проте, на нашу думку, безпосереднє застосування загальних принципів права є наступним, після аналогії закону й аналогії права, субсидіарним засобом подо-

¹ Быдлинский Ф. Основные положения учения о юридическом методе / Ф. Быдлинский // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1. – Т. 6. – С. 234.

² Рабинович П. М. Основы общей теории права та держави / П. М. Рабинович. – 10-е вид., доп. – Львів, 2008. – С. 179.

лання прогалин¹. Зрозуміло, що застосування загальних принципів права є засобом подолання прогалин, що вкрай рідко використовується при здійсненні правосуддя. Це пояснюється сучасним станом розвитку позитивного права, коли практично всі ситуації, що вимагають правового регулювання, набули відповідної прямої або опосередкованої регламентації в законодавстві.

Одним із найбільш цікавим є питання про *перелік загальних принципів права*. Ураховуючи доволі молодий вік самостійної української правової системи, відмову від спадкування принципів соціалістичного права, а також прагнення до сприйняття європейських цінностей, доцільно спочатку вивчити міжнародний (у тому числі європейський) досвід щодо визначення такого переліку.

Бін Ченг, автор класичної роботи про застосування в міжнародному праві загальних принципів права, виділяє чотири групи таких принципів:

1) принцип самозбереження (він дозволяє вислання іноземців, вчинення заходів, спрямованих на досягнення суспільного добробуту (експропріації, реквізиції, компенсації) та громадської безпеки, обґрунтовує право на самозахист та ін.);

2) принцип добросовісності (вимагає добросовісності у договірних відносинах (наприклад, дотримання вимог *sub spe rati* (укладання угод з надією на затвердження) *pacta sunt servanta*), забороняє зловживання правом, а також передбачає існування інших вимог, зокрема, *fraus omnia corrumpit* (обман знищує все), *nullus commodum capere de sua injuria propria* (ніхто не може отримувати переваги від своєї протиправної поведінки), *allegans contraria non est audiendus* (хто говорить суперечливі речі, того не слухають), обов'язок підтримувати *status quo*, обов'язок повідомляти про зміну політики);

¹ Розмежування аналогії права і безпосереднього застосування загальних принципів права обумовлюється тим, що в основі аналогії закону й аналогії права лежить логічний прийом аналогії: ідеї права, що вже реалізовані в одному місці закону, за допомогою застосування правила рівності генералізуються і таким чином поширюють сферу свого застосування і на інші випадки (ситуації) (див.: Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 106). Використання аналогії побудовано на уявленні про відвічну внутрішню послідовність права і на презумпції послідовності законодавця: якщо б він передбачав цей випадок, то вноормував би його так само, як вирішив унормувати схожі з ним по суті випадки (див.: Васковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васковський. – М., 2002. – С. 342, 348). Проте у випадку звернення до загальних принципів права ми відштовхуємося не від схожості відносин. Для регулювання відносин, що не є подібними до інших, ми прагнемо виробити конкретне правило, яке б найкращим чином узгоджувалося з загальними принципами права.

3) принципи права, пов'язані з юридичною відповідальністю (принцип індивідуальної відповідальності, принцип вини, принцип повного відшкодування, принцип безпосереднього зв'язку);

4) принципи права, пов'язані із судовим процесом (ніхто не може бути суддею у власній справі, має бути вислухана інша сторона, суд знає право, *res judicata* та ін.)¹.

У популярному сучасному підручнику міжнародного права Нгуєна Куока Діня пропонується дещо інше групування:

1) принципи, пов'язані із загальною концепцією права (заборона зловживання правом і принцип добросовісності, необхідність відшкодування шкоди у випадку порушення зобов'язання, принцип правової визначеності і забезпечення законної довіри та ін.);

2) принципи договірної права (принцип корисної дії, принципи, що стосуються неправомірної згоди і тлумачення, врахування обставин форс-мажору, визначення позовної давності відповідно до домінуючої точки зору в теорії);

3) принципи, що стосуються спорів про відшкодування шкоди (принцип повного відшкодування, вимога існування причинно-наслідкового зв'язку між актом і заподіяною шкодою та ін.);

4) принципи позовного провадження (принципи, перенесені в міжнародний правопорядок із національних судових систем);

5) принципи додержання прав громадян;

6) принципи, що стосуються режиму дії правових актів².

До загальних принципів права ЄС зазвичай відносять принципи рівності, пропорційності, правової визначеності і захисту законних очікувань, загальної заборони свавілля, захисту основоположних прав, права на захист та ін.³

На нашу думку, більшість із цих принципів вже розглядаються або можуть розглядатися як загальні принципи українського права. Визнання цих загальних принципів як формальних джерел вітчизняного права має відбуватися у процесі постійної комунікації між суддями, спільнотою юристів та громадськістю. Іншими словами, судові рішення, які ґрунтуються на загальних принципах права, повинні бути схвалені юристами-практиками, юридичною наукою та мають отримати суспільне визнання. Ураховуючи сучасний стан української правової системи, можна припустити, що цей процес не буде легким та швидким.

¹ Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. – Cambridge University Press, 1994. – li, 490 p.

² Нгуєн Куок Динь. *Международное публичное право* : в 2 т. – Т. 1. – С. 212-213.

³ Див., наприклад: Tridimas T. *The General Principles of EU Law*. – P. 59–417; Гердеген М. *Європейське право*. – С. 184–186.

Погребняк С. Общие принципы права как источники права

Статья рассматривает общие принципы права как источники права на примере международного права, права ЕС и национального права. Исследуется правовая природа общих принципов, демонстрируется тесная связь общих принципов права с теорией естественного права, ценностями правовой системы, юридической логикой и техникой, устанавливаются их функции в процессе правоприменения, а также приводится перечень общих принципов права.

Ключевые слова:

Pogrebniak S. The general principles of law as source of law

The article covers the general principles of law as source of law by examples of international law, EU law and national law. In this article the legal nature of general principles of law is examined; the close connection of the general principles of law with natural law theory, the law system values, the juridical logic and technique are showed, its functions in the law-enforcement process are established and also the list of the general principles of law is made.

Kaywords:

С. Бобровник, кандидат юридичних наук,
професор

Правовий конфлікт: поняття, ознаки, природа та різновиди

Складність та багатоаспектність феномену права та первинна принципова різноспрямованість інтересів учасників суспільних відносин не сприяють формуванню однозначних та універсальних понять *правового компромісу та правового конфлікту*. Застосування антрополого-комунікативного підходу до дослідження *правового конфлікту і правового компромісу* потребує орієнтиру на врахування специфіки зв'язку та взаємного впливу феноменів людини та права.

Соціальність права, його націленість на забезпечення комунікативної взаємодії суб'єктів і є основними причинами конфліктності правової сфери. Аналіз правових конфліктів, визначення факторів, що їх породжують, та причин, що сприяють їх виникненню та розвитку, є важливим і актуальним, оскільки спрямований на вдосконалення як форми виразу масиву норм права, так і більш ефективного втілення правових велінь у суспільну та юридичну практику. Не менш актуальним є дослідження юридичного конфлікту на категоріальному рівні. Аналіз ознак та форм вияву конфлікту надає можливість пізнати його природу, сутність, різновиди та визначити основні шляхи подолання цього феномену правової дійсності.

Багатоаспектність правового конфлікту, його поліструктурність та неоднозначність наукових підходів до його характеристики стали причиною деякої фрагментарності наукового аналізу цієї категорії. Певні аспекти її вивчення стали предметом наукового пошуку російських учених П. О. Астахова, В. П. Запрудского, В. С. Жеребіна, В. П. Казимирчука, В. М. Кудрявцева, М. А. Романенко, Ю. О. Тихомирова. Окремі сторони прояву правового конфлікту досліджені і вітчизняними вченими на монографічному та дисертаційному рівнях. Мова йде про праці В. О. Васильченка, В. Д. Бабкіна, В. М. Іванова, В. М. Кривцова, М. І. Козюбри, Н. М. Оніщенко, Л. В. Петрової, О. В. Петришина, П. М. Рабіновича, В. Д. Ткаченка, О. Ф. Скаун, М. В. Цвіка. Однак комплексного дослідження цієї категорії на теоретичному рівні не проводилося, що певною мірою буде запропоновано у цій публікації.

Метою статті є характеристика правового конфлікту як поняття, що має самостійний характер та визначені форми прояву. Досягнення цієї мети буде здійснено завдяки виокремленню таких завдань:

- обґрунтувати авторське бачення категорії «правовий конфлікт»;
- виокремити її суттєві ознаки;
- акцентувати увагу на природі правового конфлікту;
- запропонувати критерії класифікації цієї категорії.

У сучасній правовій доктрині відсутня єдність позицій дослідників щодо визначення *поняття «конфлікт»* як родової категорії стосовно *правового конфлікту*. Поширеною є позиція, згідно з якою юридичний конфлікт можна визначити як протиставлення суб'єктів права у зв'язку із застосуванням, порушенням або тлумаченням норм права¹.

Слід підтримати позицію Ю. О. Тихомирова стосовно наявності підстав для виокремлення вузького та широкого розуміння юридичного конфлікту. Вузьке розуміння юридичного конфлікту зводить його до об'єктивно існуючих протиріч між двома або кількома правовими нормами, що належать до єдиного предмета правового регулювання². Отже, вузьке розуміння *юридичного конфлікту* фактично тотожне поширеному розумінню такого правового феномену, як *правова колізія*. Широке використання зазначеної категорії у вузькому розумінні, на нашу думку, є невиправданим через його очевидну зайвість, та загрозу у хибному тлумаченні широкого розуміння категорії. У широкому розумінні Ю. О. Тихомиров пропонує визначати юридичні конфлікти як протиріччя між діючими правовими нормами, актами та існуючими інстанціями³. Логічний наголос у цьому випадку робиться на наявності колізії в рамках будь-якого *юридичного конфлікту*. Слід підкреслити певну неповноту зазначеного визначення, адже вказівкою на наявність суб'єктів та/або об'єктів — носіїв конфлікту і відповідної колізії коло сутнісних ознак цього явища не обмежується. Адже наявні очевидні складнощі щодо визначення чітко обмеженого кола таких носіїв правових конфліктів.

Інше визначення юридичного конфлікту у широкому розумінні обґрунтовано В. Кудрявцевим. Автор пропонує *юридичним конфліктом* визнавати будь-який конфлікт, у якому спір так або інакше пов'язаний

¹ Див.: Астахов П. А. Юридические конфликты и современные формы их разрешения (теоретико-правовое исследование): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / П. А. Астахов; Моск. ун-т МВД России. – М., 2006. – С. 156–187.

² Тихомиров Ю. А. Коллизионное право: учеб. и науч.-практ. пособие / Ю. А. Тихомиров. – М., 2003. – С. 230–234.

³ Там само.

із правовими відносинами сторін (їх юридично значущими діями або станами) і, як наслідок, суб'єкти, або мотивація їх поведінки, або об'єкт конфлікту мають правові ознаки, а сам конфлікт тягне юридичні наслідки¹.

Принциповою особливістю запропонованого визначення є вказівка на зв'язок юридичного правовідношення та конфлікту як визначальну сутнісну ознаку явища, що відрізняє його від інших видів конфліктів. Слід відзначити, що широке розуміння правового конфлікту в запропонованій редакції не відповідає вимогам щодо окреслення ним чіткого кола явищ, та їх відокремлення від подібних правових феноменів. Це обумовлюється тим, що практично кожний конфлікт можна назвати юридичним, адже динаміка масиву суспільних відносин значною мірою обумовлена правовим впливом. Іншими словами, практично не буває так, щоб не можна було за допомогою правових норм та інститутів вплинути на розвиток конфлікту. В той же час обмеження кола юридичних конфліктів такими, що вирішуються реалізацією захисної функції права, виключає із розгляду коло явищ, що вирішуються внаслідок правового впливу на учасників конфліктних відносин. Це, наприклад, стосується учасників відносин у сфері формування політичних рішень, особливо в частині відносин у рамках механізмів формування та реалізації компромісних засад взаємодії конкуруючих політичних сил, представлених у представницьких державних органах.

Слід зазначити, що більшість авторів не робить спроби визначити сутнісні ознаки родової категорії «конфлікт» у рамках дослідження правового конфлікту при його визначенні і не використовує її безпосередньо як основу визначення. На нашу думку, з'ясування зазначеного питання є передумовою визначення поняття правового конфлікту.

Визначення базової категорії, яка здатна бути основою дефініції правового конфлікту, має ґрунтуватися на сутнісних характеристиках зазначеного явища. Слід погодитися з позицією В. С. Жеребіна, який визначав правовий конфлікт як протистояння його учасників, що переходить у протилежні дії та вчинки². Розвиваючи зазначений підхід, слід визначити, що конфлікт — це специфічний стан суспільних відносин, якому притаманні певні особливості. На нашу думку, саме наявність

¹ Основы конфликтологии : учеб. пособие / А. В. Дмитриев, Ю. Г. Запрудский, В. П. Казимирчук, В. Н. Кудрявцев ; под ред. В. Н. Кудрявцева. – М., 1997. – С. 100–115.

² Жеребин В. С. Правовая конфликтология : учеб. пособие. – Владимир, 1998. – Ч. 1. – С. 55–56.

соціальних протиріч між учасниками конфліктних відносин є однією із визначальних особливостей (ознак) конфлікту в цілому, і правового зокрема.

До основних сутнісних характеристик категорії «конфлікт» можна віднести такі:

- конфлікт порушує або перешкоджає суб'єктам реалізовувати свої інтереси;

- конфлікт завжди має двосторонній характер, що, як правило, характеризується асиметрією суб'єктів, наявністю домінуючої та підпорядкованої сторони;

- передумовою виникнення конфлікту є соціальне протиріччя (порушення заборон, невиконання зобов'язань, зловживання правами, відсутність взаємоповаги до іншої сторони; недобросовісна конкуренція тощо);

- залежно від походження (еволюційна та радикальна концепція конфлікту) та змістовно-функціональних особливостей конфлікт може сприяти стабілізації суспільства, розвитку нових суспільних відносин або призводити до дестабілізації, деструкції;

- конфлікт є процесом, що має суб'єктивно-об'єктивний характер, де суб'єктивною складовою є поведінка суб'єктів, а об'єктивною — соціальне протиріччя.

Слід підкреслити, що конфлікт є явищем, яке об'єктивно притаманне соціальному простору. Різновекторність інтересів учасників суспільних відносин є основою для відтворення прояву конфліктів у масиві суспільних відносин. У таких умовах питання щодо визначення правового (юридичного) конфлікту зводиться до встановлення ознаки, що додатково відрізняє зазначений вид конфліктів у рамках сукупності конфліктів у соціумі. Таким критерієм нами вбачається **специфічний правовий характер соціального протиріччя, яке лежить у основі виникнення правового конфлікту**. Тобто таке протиріччя опосередковується феноменами правової сфери, наприклад, колізійністю правового регулювання певних суспільних відносин та ін.

Таким чином, **правовий конфлікт** — це стан двостороннього зв'язку суб'єктів, який заснований на правовому протиріччі, що характеризується порушенням або перешкодою в реалізації ними своїх інтересів і є причиною розвитку або кризи суспільних відносин.

Саме це визначення надає можливість виокремити ознаки категорії «правовий конфлікт», які відмежовують відповідну категорію від інших конфліктів, що мають місце у суспільстві:

- правовий конфлікт виявляється в юридичній сфері;
- він тягне певні правові наслідки для учасників суспільних відносин;
- заснованість на протиріччі, яке не подолане;
- це вища фаза розвитку протиріччя;
- передбачає двосторонній взаємозв'язок між суб'єктами;
- спричиняє порушення чи перешкоди у реалізації суб'єктивного інтересу;
- має деструктивний характер для правової сфери;
- може стати причиною кризи для суспільних відносин;
- певною мірою є позитивним, оскільки підштовхує суспільні відносини до розвитку.

До основних критеріїв класифікації правових конфліктів, на нашу думку, слід віднести такі: *структура сфери прояву (за характер прояву), характер правових наслідків (або структура конфлікту), метод правового упорядкування, зміст конфліктоутворюючих приписів, галузь правових відносин*.

По-перше, *правові конфлікти* можна класифікувати залежно від *сфери їх прояву (за характер прояву)*. Право є феноменом соціальної сфери, і в той же час є порівняно автономною системою, що може містити протиріччя її складових елементів (наприклад, колізія правових норм). Як наслідок, є підстави для виокремлення двох груп *правових конфліктів*: *внутрішніх та зовнішніх*.

Внутрішньоправові конфлікти виникають у середині правового масиву у вигляді колізій, прогалин правових норм, невідповідності правових норм правовим принципам та в інших подібних формах. Особливістю зазначеного виду *правових конфліктів* є їх опосередкованість формами права як формами зовнішнього виразу правових норм.

Констатація внутрішньоправового конфлікту можлива поза безпосереднього правозастосування в рамках аналізу оцінки текстів нормативно-правових актів у розрізі несуперечливості приписів та їх відповідності правовим принципам, морально-етичним засадам суспільних відносин. Упорядкування цього виду *правових конфліктів* лежить передусім у площині вдосконалення законодавчої техніки та наявності можливості оперативного врегулювання правових прогалин.

У свою чергу, *зовнішні правові конфлікти* виникають у рамках сфери соціальних відносин, що є предметом правового регулювання. Такі конфлікти опосередковуються поведінкою учасників суспільних відносин та виникають у рамках правовідносин через відсутність

можливості успішної реалізації правових інтересів учасників відносин унаслідок їх різної спрямованості.

Упорядкування цього виду *правових конфліктів* лежить у площині побудови ефективних правових механізмів узгодження автономних воľ учасників правових відносин. Неоднорідність характеру правових зв'язків між учасниками таких відносин визначає доцільність поділу *зовнішніх правових конфліктів* залежно від наявності організаційного зв'язку їх учасників на дві групи:

1. Внутрішньоструктурні — виникають у рамках організаційно відокремлених автономних структурних утворень (органів державної влади, підприємств, установ, організацій та ін.). Автономність у даному випадку виявляється у здатності виражати волю, бути носієм самостійних правових інтересів. Зазначена автономність виступає передумовою виникнення конфліктів через здатність обумовлювати поведінку учасника, що йде в розріз із інтересами інших учасників відносин. Прикладом широко відомих у суспільстві *зовнішніх правових конфліктів на внутрішньому рівні взаємодії суб'єктів* є протистояння політичних позицій різних політичних сил у рамках законотворчого процесу у Верховній Раді України.

Об'єктивність правового аналізу наведеного прикладу вимагає певних застережень, адже депутатські фракції, які опосередковують вираз різноспрямованих політичних позицій у законодавчому органі, можуть із певною мірою умовності розглядатись як автономні структури. У разі якщо до їх діяльності долучаються інші суб'єкти (Президент України, Кабінет Міністрів України та ін.), то зазначені правові конфлікти мають розглядатись у рамках другої групи елементів коментованого поділу — *міжструктурних конфліктів (зовнішніх правових конфліктів на зовнішньому рівні взаємодії суб'єктів)*.

2. Специфіка *міжструктурних правових конфліктів (зовнішніх правових конфліктів на зовнішньому рівні взаємодії суб'єктів)* полягає у відсутності організаційного зв'язку між учасниками правових відносин, які є сторонами *правового конфлікту*. Серед основних причин виникнення зазначеного виду *зовнішніх правових конфліктів* — відсутність чітких правових механізмів узгодження волі автономних учасників правових відносин, дублювання компетенції органів влади, інше.

По-друге, за *правовими наслідками або структурою правові конфлікти можна розділити на прості та складні*.

Прості правові конфлікти є одиничним правовим явищем. Виникнення конфліктів цього виду не породжує інших правових конфліктів. Їх упорядкування правовими засобами є, як правило, остаточним.

Складні *правові конфлікти* обумовлюють виникнення інших правових конфліктів. Прикладом може служити *внутрішній правовий конфлікт*, що виражається в колізійному регулюванні суспільних відносин унаслідок помилок законодавчої техніки. Такий конфлікт може бути причиною виникнення правових конфліктів між будь-якими учасниками конкретних суспільних відносин, що врегульовані правовими нормами, між якими є колізія.

По-третє, врегулювання *правових конфліктів* здійснюється із використанням процедур досягнення *правового компромісу*. Зазначені процедури врегульовані певною сукупністю правових норм. Залежно від методу правового регулювання, що реалізується такими нормами, є підстави для класифікації *правових конфліктів* на: *диспозитивно* та *імперативно упорядковані*.

Диспозитивному упорядкуванню підлягають *правові конфлікти*, які виникають у рамках правових відносин, учасники яких не мають можливості за своїм волевиявленням визначати та змінювати обсяг прав та обов'язків інших учасників правових відносин. Основою для регулювання таких *правоконфліктних відносин* є досягнення *правового компромісу* шляхом взаємного узгодження волі учасників цих відносин. Основним засобом правового регулювання та упорядкування зазначеного виду *правових конфліктів* є узгодження або зміна змісту правовідносин.

Імперативно упорядковувані *правові конфлікти* між учасниками правових відносин вирішуються із використанням зобов'язуючих правових норм. Особливістю відносин, у рамках яких розвивається зазначений вид *правових конфліктів* є можливість одного із учасників визначати поведінку інших учасників відносин унаслідок наділення його владними повноваженнями.

По-четверте, за змістом *конфліктоутворюючих приписів* *правові конфлікти* можна поділити на: *матеріально-правові* та *процесуально-правові конфлікти*.

Матеріально-правові конфлікти виникають із приводу фактичного змісту прав та обов'язків учасників *конфліктних правових відносин*. *Процесуально-правові конфлікти*, у свою чергу, обумовлені нормативними протиріччями в порядку реалізації прав та обов'язків учасників правових відносин.

Нарешті класифікація *правових конфліктів* може здійснюватись за галузевою сферою їх прояву. В рамках зазначеного підходу можна виділити різновиди *правового конфлікту* у відповідності із галузевою

диференціацією права України. Іншими словами, у рамках такого підходу мова може йти про цивільно-правовий, цивільно-процесуальний, кримінально-процесуальний, міжнародно-правовий, трудовий, сімейний, адміністративно-правовий, фінансово-правовий конфлікт. Зміст галузевих видів *правових конфліктів* визначається специфікою предмета правового регулювання відповідної галузі права.

Наведене вище дає можливість зробити такі висновки.

1. Дефініцію «правовий конфлікт» необхідно формулювати на основі сутнісних ознак базової категорії «конфлікт».

2. Основною ознакою поняття «правовий конфлікт», що відмежовує його від інших конфліктів у соціумі, є специфічний правовий характер соціального протиріччя, яке лежить в основі виникнення правового конфлікту.

3. На підставі виявлених ознак здійснено визначення правового конфлікту як стану двостороннього зв'язку суб'єктів, який заснований на правовому протиріччі, що характеризується порушенням або перешкодою в реалізації ними своїх інтересів і є причиною розвитку або кризи суспільних відносин.

4. До основних критеріїв класифікації правових конфліктів віднесено: структуру сфери прояву, характер правових наслідків, метод правового регулювання, зміст конфліктоутворюючих приписів та галузь правових відносин.

5. Вивчення правового конфлікту має велике теоретико-прикладне значення, оскільки сприяє пізнанню цього явища, а, отже, і визначенню можливих шляхів його вияву та подолання.

Бобровник С. Правовой конфликт: понятие, признаки, природа и разновидности

На основе применения антрополого-коммуникативного подхода анализируется понятие правового конфликта, обосновываются основные признаки этой категории, определены критерии классификации правовых конфликтов.

Ключевые слова: социальный конфликт, правовой конфликт, особенности и виды правовых конфликтов.

The notion of legal conflict as well as basic features of this category alongside with the criteria of classification of legal conflicts is analyzed on the basis of communicative anthropological approach.

Keywords: social conflict, legal conflict, peculiarities and kinds of legal conflicts.

О. Дашковська, професор кафедри загальнотеоретичних дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Судовий прецедент і судова практика як джерела права

Після проголошення незалежності Україна прагне запозичити той позитивний досвід і традиції, що сформувалися за багатовікову історію розвинених країн у сфері захисту прав і свобод людини. Одним із таких безперечних досягнень є постулат про суди як про самостійну гілку влади поряд із законодавчою й виконавчою.

Саме діяльність незалежної судової гілки влади має особливе значення для забезпечення принципу верховенства права. Суд дедалі більше сприймається як протизвага та певний стабілізуючий чинник щодо виконавчої та законодавчої гілок влади. Підвищення його ролі і значення на сучасному етапі зумовлює розгляд по-новому багатьох пов'язаних із цим проблем.

Тривалий час вітчизняною юридичною наукою воля законодавчого органу держави розглядалася як єдине джерело формування й розвитку права. Судам традиційно відводилася роль органу, уповноваженого виключно на застосування правових норм, можливість впливу судової практики на формування права не визнавалася.

Завданням подальшого розвитку правосуддя в Україні є реальне утвердження верховенства права в суспільстві й забезпечення кожній особі права на справедливий судовий розгляд у незалежному й неупередженому суді. Сутність верховенства права полягає в тому, що права людини й основоположні свободи виступають тими цінностями, які формують зміст і спрямованість діяльності держави. Однак верховенство права так і залишатиметься доктриною, позбавленою практичного значення, доки судді у своїй професійній діяльності не керуватимуться виключно принципом верховенства права, який, зокрема, вимагає юридичної визначеності й подібності судової практики.

Як відомо, у країнах загального права лише частина правового регулювання здійснюється законами. Натомість норми поведінки здебільшого визначаються судами, рішення яких набувають прецедентного характеру. Безперечно, статусу судового прецеденту може набути

далеко не кожне рішення. Отже, шлях до формування положень права у країнах континентальної правової сім'ї і до появи судових прецедентів в англо-саксонській правовій системі є схожим. Правоположення і судові прецеденти є близькими і за своїм характером, і за своєю правовою природою, що зумовлює необхідність звернення до такого питання, як порядок вироблення судових прецедентів та їх вплив на формування і розвиток права.

Загальне право набуло свого розвитку в XII–XIV ст. як єдина для всієї країни сукупність норм, що являла собою модифіковані місцеві звичаї, закріплені у рішеннях королівських судів (прецедентах), які потім застосовувалися при розгляді подібних справ. Виникнення загального права обумовлено діяльністю централізованої судової системи, унаслідок створення якої відправлення правосуддя поступово переходить від місцевих судів до королівських¹.

Повільна зміна кількості видів приписів та форм позовів, відповідно до яких королівські суди приймали справи до свого розгляду, заважала адаптації загального права до розвитку суспільних відносин. Разом з цим це забезпечувало його стабільність, оскільки до XIX ст. судді не розглядали попередні судові рішення зі схожих питань як абсолютно обов'язкові (тим не менш у своїй діяльності вони намагалися не відступати від прецедентів, які вже неодноразово застосовувались їхніми колегами). Приписи та встановлені форми судового захисту, які упродовж століть визначали розвиток та зміст права Англії, призвели до його залежності від процесу, що в подальшому обумовило набуття судами значної автономії від королівської влади та парламенту. З іншого боку, складність судових процедур створила підґрунтя для дуже раннього становлення та стрімкого розвитку прошарку юристів в англійському суспільстві: вже у XIII ст. найзаможніші з них отримали чимало привілеїв і сформували активну та впливову соціальну групу².

Судовий прецедент як результат вирішення конкретного спору за своїм змістом не може ототожнюватись із судовою практикою, як сукупність судових рішень за певною категорією справ.

Прецедентне право — це комплексне явище, яке слід розуміти одночасно як: 1) сукупність юридичних норм, що містяться у судових прецедентах; 2) правові ідеї та принципи, якими керуються судді при створенні нових норм; 3) правила застосування прецедентів (доктрина

¹ Собкова В. Місце судового прецеденту серед інших джерел права у англосаксонській правовій системі / В. Собкова // Право України. – 2007. – № 5. – С. 155–159.

² Мідзяновська В. Прецедент як джерело права в англо-саксонській правовій системі / В. Мідзяновська // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2005. – № 12. – С. 78–85.

прецеденту); 4) особливий стиль юридичного мислення. Це визначення відображає специфіку діяльності суду як суб'єкта правотворчості, який здійснює цю функцію в процесі розгляду справ та у нерозривно-му зв'язку із застосуванням створених ним норм до конкретних правовідносин¹.

Нормам прецедентного права притаманний низький рівень системності та високий ступінь нормативності. Процесу безпосереднього застосування норми прецедентного права передують дві дії: а) пошук прецеденту (найчастіше кількох) вирішення спору за схожими обставинами; б) виокремлення норми з тексту прецеденту. Застосування норми прецедентного права відрізняється від застосування норми закону за «напрямом» здійснення всіх операцій. Вплив норми закону на спірну ситуацію має вертикальний характер, оскільки норма містить абстрактний припис із побічною вказівкою на коло відносин та суб'єктів, які підпадають під її дію, таким чином, її диспозиція поширюється на досить невизначену сферу конкретних ситуацій. Натомість прецедентна норма має горизонтальний характер взаємозв'язків з об'єктом свого регулювання, оскільки останнє здійснюється за принципом «від прецеденту до прецеденту». Приписи прецедентного права не лише базуються на спірних ситуаціях, а й виникають у результаті їх судового вирішення. Тому прецедент не тільки містить норму права, а й пропонує ще і приклад її застосування до конкретних фактів та обставин².

Слід підкреслити, що рішення суду країн загального права (як і рішення суду країн континентального права) спрямоване на вирішення конкретного спору. При цьому таке рішення суду країн загального права, як побічний результат здійснення правосуддя, в окремих випадках може створити загальнообов'язкове правило («binding case»). Водночас правило створюється не за зразком континентальної норми права (гіпотеза — диспозиція — санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід («ratio decidendi»), застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за даних конкретних обставин. Рішення, що створює таким чином нове правило, має застосовуватись у частині «ratio

¹ Мкртумян Понятие судебного прецедента в современной теории права / Мкртумян // Рос. юстиция. – 2009. – № 11. – С. 11–13.

² Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01: теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень / Б. В. Малишев ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2002.

decidendi» нижчими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим же судом чи іншими судами того ж рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ. При цьому порівняння фактичних обставин справ для визначення ступеня «аналогічності» має різне значення у різних країнах — від першорядного (у США) до менш істотного (в Англії). Прецедентні рішення є обов'язковими не в повному обсязі, а лише в частині «ratio decidendi». Решта прецедентного рішення, зокрема і правові позиції, сформульовані судом «між іншим» (мають назву «obiter dictum»), не є обов'язковою. Зазначений спосіб формування прецедентного права вплинув і на спосіб викладення текстів норм у законах країн загального права, які не відповідають відомому континентальному принципу законодавчої економії, відрізняються значно більшою казуальністю, ніж норми країн континентального права, через що потребують постійного доповнення прецедентними рішеннями¹.

Між судовим прецедентом та існуючою практикою як сумарним результатом розгляду конкретних справ не можна ставити знак рівності, оскільки окреслена проблема термінологічної розбіжності цих понять вимагає не тільки оцінки конкретності застосування логічних правил диференціювання, а й урахування особливостей об'єктів права².

У континентальній правовій системі судовий прецедент існує поряд з іншими джерелами права. Натомість вплив суду на формування й розвиток права знайшов своє відображення в теорії судової практики. Усталена судова практика визнається джерелом права країн романо-германської правової сім'ї, зокрема України³. На відміну від судового прецеденту судова практика не може бути сформована на підставі одного судового рішення. Тому якщо щодо судового прецеденту зовнішньою формою його закріплення є конкретне судове рішення, на яке можна посилається, то судова практика такої форми зовнішнього закріплення не має. У конкретних судових рішеннях можуть знаходити відображення вироблені нею положення права. Проте висновок про їх сформованість можна зробити лише у тому випадку, якщо наявна ознака повторюваності, тобто те чи інше правило, вироблене судовою

¹ Стрельцова О. Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) / О. Стрельцова // Право України. – 2004. – № 10. – С. 136–140.

² Гураленко Н. А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект / Н. А. Гураленко. – Львів, 2010.

³ Куйбіда Р. О. Організація і розвиток сучасної судової системи України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Р. О. Куйбіда ; Акад. адвокатури України. – К., 2006. – 21 с.

практикою, щоб набути статусу правоположення, має виступити юридичною основою вирішення цілої низки справ. Така поступовість формування судової практики може забезпечувати легітимність тих правил поведінки, що формуються судовою практикою.

Крім того, важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть служити аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів — Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення¹. Водночас ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджуючись із позицією ВСУ, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, не суперечить чинному законодавству. У той же час існування різних рішень з аналогічних справ на рівні вищих спеціалізованих судів є підставою для перегляду їх рішень у Верховному Суді України².

Отже, у європейських країнах для визначення нормативного значення актів судової влади вживається правова конструкція «усталена судова практика», а не «судовий прецедент». Ці обидва поняття відображають той самий феномен судової правотворчості, але в різних історичних і соціальних умовах. Професор М. Марченко намагався розглянути питання про їх співвідношення, у результаті чого дійшов висновку, що «судова практика, будучи самодостатньою формою суддівського права, водночас має прецедентний, або, що те саме, нормативно-прецедентний характер»³.

У різних правових системах для судів є характерним слідування своїм попереднім рішенням незалежно від формального визнання правила прецеденту. Це стосується не лише національного права, а також є слушним у праві ЄС. Обов'язок судів враховувати свої попередні

¹ Майданик Р. Прецедентні рішення вищих судів і система права України / Р. Майданик // Юрид. вісн. України. – 2009. – 7–13 листоп. (№ 45). – С. 7.

² Попов Ю. Ю. Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи / Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 351–363.

³ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. – М., 2007. – С. 110.

рішення притаманний здійсненню правосуддя, а саме впливає з таких характеристик цього явища, як: недискримінаційне ставлення, однаковостайність, правова визначеність, правова передбачуваність і послідовність (наступність). Важливим також стає принцип юридичної (процесуальної) економії, від якого залежать строки вирішення справ і витрати при цьому. Саме ці принципи суттєво впливають на можливість будь-якої системи мати прецедентний характер.

У межах кожної правової системи держав — членів Європейського Союзу склалося власне уявлення про сутність судового прецеденту судової практики, їх роль у регулюванні суспільних відносин через історичні, національні, державно-правові та інші чинники. Проте значення прецеденту як джерела права в цих країнах характеризується спільною ознакою: судовий прецедент має переважно переконливу силу. У той же час відбуваються зворотні процеси: якщо у країнах загального права посилюється роль закону як джерела права, то в інших державах — членах ЄС зростає роль судових органів у процесі правового регулювання. Спостерігаються поступове взаємопроникнення, конвергенція романо-германського права та англосаксонського, що супроводжується підвищенням ролі та значення судового прецеденту в переважній більшості держав-членів ЄС. Це обумовлено спільністю історичних коренів обох систем: вони впливають із римського права і того правового порядку, який встановився згодом у Європі, а також аксіоми про належність як складових частин до єдиного права, яке є загальноцивілізаційним надбанням. На розвиток прецедентного права у державах — членах ЄС, які представляють романо-германську правову систему, суттєво впливають європейські інтеграційні процеси. Практика судів ЄС, у першу чергу Суду Правосуддя Європейських Співтовариств, безпосередньо позначається на діяльності внутрішньодержавних судів¹.

Класичне розуміння правової природи рішень міжнародних судів лише як допоміжних засобів для встановлення правових норм, що склалося в науці з огляду на Статут Міжнародного Суду ООН, повинно бути переглянутим через важливість діяльності міжнародних судових установ для міжнародного права у зв'язку із суттєвою диверсифікацією та ускладнення міжнародних правовідносин, одним із головних напрямів якого є захист прав людини.

¹ Анакіна Т. Прецедентні рішення Суду Європейських Співтовариств у становленні правопорядку ЄС / Т. Анакіна // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 2. – С. 49–52.

У міжнародному праві спостерігається тенденція збереження судової наступності і становлення елементів міжнародного прецедентного права. На етапі формування перебуває принцип відносної сили попередньо винесеного рішення (переконливого прецеденту) міжнародного суду. Відсутність у загальному міжнародному праві вимоги дотримуватися попередніх рішень міжнародних судів не заважає деяким із них (зокрема, міжнародним кримінальним трибуналам) започатковувати практику врахування попередньо винесених ними судових рішень¹.

Слід зазначити, що результати діяльності судової влади з розгляду конкретних справ все більше визнаються джерелом права ЄС/Співтовариств. Такий висновок можна зробити з огляду на: 1) специфіку права ЄС/Співтовариств, зокрема особливості установчих договорів ЄС/Співтовариств, що впливають на формування прецедентного права судами ЄС; 2) особливого місця судів ЄС в інституційній системі; 3) значення рішень судів ЄС у правопорядку ЄС/Співтовариств.

Так, за допомогою прецеденту значно деталізуються і конкретизуються положення установчих договорів та норми права ЄС/Співтовариств; у прецедентах подаються єдині норми, стандарти, необхідні для ефективного функціонування Союзу в цілому; такі судові роз'яснення набувають нормативного характеру, обов'язкового для дотримання всіма суб'єктами права ЄС/Співтовариств; за допомогою прецеденту судових органів ЄС здійснюється значний регулюючий вплив у національних правопорядках держав-членів.

Хоча формально правило прецеденту в праві ЄС/Співтовариств не закріплено, при вивченні сучасного розвитку цього права можна дійти висновку, що прецеденти судових органів ЄС є важливим джерелом права. Незважаючи на те, що завдання судів ЄС формально обмежене тлумаченням і застосуванням кожного з інших джерел права, вони відіграють ключову роль у розширенні правопорядку ЄС/Співтовариств. Прецедент судових органів ЄС (передусім Суду Правосуддя) у праві ЄС виконує інтегруючу функцію — через нього формується і розвивається це право².

¹ Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства / В. Москаленко // Акт. пробл. держ. упр. – 2005. – № 3 (26). – Х., 2005. – С. 179–186.

² Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу. – Рукопис. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2008

Таким чином, завдяки судовим прецедентам і судовій практиці відбувається не тільки індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Завдання судової влади полягає у здатності вирішити правовий конфлікт і у разі відсутності відповідної норми закону надати захист тим правам людини, які не дістали позитивного закріплення, врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права — загальнообов'язкових правил поведінки, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою.

Дашковская Е. Судебный прецедент и судебная практика как источники права

Статья посвящена анализу правовой природы судебного прецедента и судебной практики, их роли в правовом регулировании общественных отношений как в романо-германской, так и в англо-американской правовых системах.

Ключевые слова: судебный прецедент, судебная практика, судебное право творчество.

Dashkovska O. Legal precedent and judicial practice as sources of right

Article the by devoted the analysis of legal nature of legal precedent and judicial practice, their roles in the legal adjusting of public relations both in European countries and common-law legal systems.

Keywords: Legal precedent, judicial practice, judicial legislation.

Є. Гетьман, начальник відділу координації правових досліджень апарату президії Національної академії правових наук України, кандидат юридичних наук

Кодекс як особливий вид закону

В Україні, як і у багатьох країнах, правова система яких переважно належить до романо-германського типу, право має кодифікований характер. Норми багатьох галузей уміщені в об'ємні, внутрішньо погоджені, систематизовані нормативно-правові акти — кодекси. Термін «кодекс» походить від латинського *codex*, що в перекладі означає навощена дощечка для письма, книга¹. На сьогодні система законодавства України містить понад 20 чинних кодексів, що свідчить про значну роль кодифікації у нормотворчому процесі нашої держави. Разом з тим невирішеними залишаються ряд питань, пов'язаних з особливостями кодексу, місця кодексу в системі національного законодавства, а також критеріями його класифікації.

У сучасній юридичній літературі майже не існує розбіжностей стосовно розуміння юридичної природи кодексу, так, наприклад, кодекс розглядається як систематизований законодавчий акт, що регламентує однорідну сферу суспільних відносин². Майже такої самої позиції дотримувалися радянські вчені Л. С. Галесник³ та П. С. Ромашкін⁴.

Кодекс як нормативно-правовий документ, який у своєму складі містить законодавство відповідної галузі права або інституту наділений певною сукупністю ознак, які і дозволяють його виокремити з-поміж інших правових документів як кодифікаційного типу, так і актів поточної нормотворчості.

Характерними рисами кодексу, на думку О. Я. Рогача, є те, що:

- 1) кодекс, як правило, є актом вищого законодавчого органу держави;
- 2) кодекс повно і всебічно, докладно та безпосередньо регулює визначену групу суспільних відносин, що виключає необхідність деталізації його положень в інших законодавчих актах;

¹ Юридична енциклопедія : в 6 т. — Т. 3 / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. — К., 1998. — С. 130.

² Там само. — С. 130.

³ Галесник Л. С. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Л. С. Галесник ; [под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самошенко]. — М., 1962. — С. 32–35.

⁴ Ромашкин П. С. О научных основах кодификации законодательства союзных республик / П. С. Ромашкин // Сов. государство и право. — 1959. — № 4. — С. 16–25.

3) положення кодексу мають широку сферу застосування в рамках галузі права, оскільки об'єднують норми всіх її основних інститутів;

4) кодекс є кодифікаційним актом, найбільш численним за кількістю нормативних приписів, що містяться в ньому;

5) для кодексу характерна достатньо складна структура побудови, яка має низку особливостей. Статті в кодексі розміщені в суворій послідовності. Кожна стаття має самостійне значення і разом з тим є складовим елементом кодексу. Кодекси переважно будуються за пандектною системою. Вони складаються із двох частин: загальної та особливої. Загальна включає в себе правила, які поширюються на всі чи ряд правових інститутів і правових норм особливої частини цього ж кодексу. Особлива частина містить правові інститути і правові норми, які регулюють певні суспільні відносини¹.

Зазначені вище особливості найбільш точно відбивають юридичну природу такого кодифікаційного акта, як кодекс. Разом з тим не можна погодитися з О. Я. Рогачем стосовно того, що характерною рисою кодексу, яка дозволить виокремити його з-поміж інших кодифікаційних актів, є те, що кодекс, як правило, є актом вищого законодавчого органу. В цьому випадку необхідно звернути увагу на такий кодифікаційний акт, як основи законодавства, який закріплює основні принципи правового регулювання у конкретній сфері суспільних відносин. Основи законодавства досить широко використовується у країнах із федеративним устроєм, разом з тим це не виключає його застосування й в унітарних країнах. Зазначений документ, як свідчить історичний досвід, завжди приймався вищим органом законодавчої влади — парламентом конкретної держави. Тому відносити до характерної риси кодексу те, що він є актом вищого законодавчого органу, є не зовсім правильним, оскільки основи законодавства також приймаються вищим органом законодавчої влади.

Крім того, необхідно внести деякі уточнення щодо структури кодексу, яка поділяється на загальну та особливу. Поділ кодексу на загальну та особливу частини у більшості випадків застосовується у галузевих кодексах, таких як Кримінальний, Кодекс про адміністративні правопорушення та ін. Разом із тим Цивільний кодекс, який також є галузевим, не поділяється на загальну та особливу частини, у ньому виділяються лише Загальні положення. У більшості ж спеціальних (внутрішньогалузевих) кодексів відсутній поділ на загальну та особливу частини. Про відсутність у спеціальних кодексах дворівневої

¹ Рогач О. Я. Кодифікаційні акти в системі законодавства України : монографія / О. Я. Рогач, Ю. М. Бисага. – Ужгород, 2005. – С. 62–63.

системи наголошував також Д. В. Чухвичев¹. У зв'язку з цим необхідно вести мову про те, що дворівнева система кодексу, а саме поділ його на загальну та особливу, спостерігається у більшості галузевих кодексів, усі ж інші кодекси, на зразок спеціальних (внутрішньогалузевих), міжгалузевих можуть або мати таку структуру, або ні. Вказана ознака не є обов'язковою для всіх нормативно-правових актів типу кодексів.

Поділ кодексів на дві частини є загальновизнаною позицією, разом із тим спірним залишається питання стосовно третьої частини. Наприклад, Трудовий кодекс Киргизької Республіки крім загальної та особливої містить спеціальну частину². Такий поділ не є новим для структури кодексів. Трирівневу систему також можна спостерігати у Трудовому кодексі Російської Федерації.

Н. М. Пархоменко до зазначених особливостей, які притаманні виключно кодексу, наводить ще й такі:

1) кодекс є відображенням високого рівня впорядкування норм права у певній однорідній сфері суспільних відносин;

2) кодекси характеризуються специфічним предметом і методом правового регулювання;

3) має найвищу юридичну силу в системі галузевих правових актів, яка знаходить прояв у можливості встановлювати, скасовувати або змінювати правові відносини;

4) кодекс має стабільний характер дії³.

Переходячи до розгляду основних особливостей кодексу, запропонованих Н. М. Пархоменко, хотілося б наголосити на тому, що на сьогодні такий кодифікаційний акт, як кодекс, не має вищої юридичної сили порівняно з іншими галузевими правовими актами, така ситуація може бути виправлена шляхом прийняття відповідного закону про нормативні акти. Отже, надання кодексу більшої юридичної сили порівняно з іншими актами є найбільш дискусійним питанням у юридичній літературі.

Надання кодексу більшої юридичної сили спостерігається у деяких країнах колишнього СРСР. Наприклад, у Законі Білорусії "Про нормативно-правові акти", прийнятому 2000 р., прямо вказано, що поточний закон має

¹ Чухвичев Д. В. Особенности законодательной техники при проведении кодификации / Д. В. Чухвичев // Право и политика. – 2005. – № 10. – С. 37.

² Михайленко М. Т. Новая кодификация законодательства о труде Кыргызской Республики / М. Т. Михайленко, М. В. Молодцов // Рос. юрид. журн. – 2001. – № 1. – С. 119.

³ Пархоменко Н. М. Кодифікація законодавства України на сучасному етапі / Н. М. Пархоменко // Проблеми кодифікації законодавства України : матеріали наук.-практ. конф. / [за заг. ред. В. П. Нагребального]. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – С. 13.

меншу юридичну силу порівняно з кодексом. Разом із тим більшість правників Білорусії вказують на деякі недоліки такої ієрархії, оскільки відбувається певний дисбаланс правової системи країни¹.

У Російських юридичних джерелах пропонується надавати кодексу більшої юридичної сили, порівняно з актами поточної нормотворчості, шляхом прийняття вказаного акта як конституційного закону². З такою позицією полемізує інший російський науковець С. В. Башно, який наголошує на тому, що прийняття кодексу як конституційного закону не відповідає сутності самих конституційних норм, а також практиці нормотворення. Також науковець вказує: «Безперечно, прийняття конституційного закону набагато важче за прийняття поточного законодавчого акта, але ця складність — незмінний супутник тих питань, які можуть регулюватися лише конституційними актами»³. З цією позицією автора важко не погодитися, оскільки конституційні закони, які приймаються у зв'язку з внесенням змін до Основного Закону України, покликані врегулювати лише ті питання, які безпосередньо зазначені у Конституції. Разом із тим конституційні закони, як відомо, або конкретизують положення Основного Закону, або містять відсилання до останнього. У зв'язку з цим необхідно вказати, що прийняття кодексу як конституційного закону є нездійсненним.

Якщо розглядати погляди російських вчених на проблему надання кодексу більшої юридичної сили порівняно з іншими законами, то крім позитивного ставлення до такої ієрархії вбачається й негативне. Наприклад, В. В. Бриксов, досліджуючи проблему юридичної сили кодифікаційних федеральних законів, доходить висновку, що федеральні кодифікаційні закони «являють собою лише форму кодифікації законодавчих положень на федеральному рівні. Законодавець федерації не вправі доповнювати встановлені Конституцією РФ форми законодавчого регулювання і відповідно наділяти федеральні закони, у тому числі кодифікаційні, щодо інших федеральних законів більшою юридичною силою»⁴.

¹ Балащенко С. О. Доповідь на «круглому столі» / С. О. Балащенко // Екологічний кодекс України: міфи і реальність : матеріали міжнар. «круглого столу», Київ, 12–13 травня 2005 р. – К., 2005. – С. 5.

² Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики) / В. Ф. Яковлев. – М., 2002. – С. 212.

³ Башно С. В. Современное развитие теории и практики кодифицированных актов / С. В. Башно // Современное право. – 2004. – № 1. – С. 45.

⁴ Бриксов В. В. О юридической силе кодифицированных актов / В. В. Бриксов // Журнал рос. права. – 2003. – № 8. – С. 91–92.

Г. Знаменський при дослідженні проблем кодифікації та гармонізації економічного законодавства слушно наголошує на тому, що процес законотворення в Україні ускладнюється тим, що «окремі законодавці та деякі дуже енергійні лобісти намагаються надати особливого значення тому чи іншому кодексу. Наприклад, їх часто поділяють на найголовніші, головні, менш головні, а потім і на зовсім прості. Щоб уразити уяву обивателів, якийсь із кодексів отримує ярлик «Друга конституція», «Економічна конституція» або й «Шапка Мономаха»¹. Водночас автор наголошує на тому, що надання кодексу більшої юридичної сили порівняно з іншими законами неможливо, оскільки Конституція України є єдиним законодавчим актом, що має вищу юридичну силу порівняно з іншими нормативно-правовими актами. У цьому зв'язку вчений вказує на те, що кодекс є специфічним законом².

Позиція Г. Знаменського є найбільш виправданою на сьогоднішній день. На підтримку цього хотілося б також навести деякі міркування стосовно того, що кодекс являє собою особливий різновид закону, оскільки, по-перше, вони приймаються й утверджуються вищим органом законодавчої влади, по-друге, на сьогодні процедура прийняття кодексу не відрізняється від процедури прийняття поточного закону, і, по-третє, існують такі галузі законодавства, в яких діє лише один нормативно-правовий акт (кодекс), прикладом чого може служити Кримінальний кодекс України, ч. 2. ст. 3 якого передбачає, що «Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності».

На нашу думку, є неможливим надання кодексу більшої юридичної сили порівняно з іншими законами, оскільки загально визнаною є думка, відповідно до якої теорія кодексу нерозривно пов'язана з теорією закону. Зазначена позиція склалася на початку XIX ст. і дістала назву «Позитивістська концепція кодексу», відповідно до якої між кодексом і законом не існує ніякої сутнісної відмінності, єдина відмінність між ними полягає лише в їхньому обсязі, оскільки кодекс являє собою сукупність законів. До того ж він (як і закон) приймається Верховною Радою України, тобто органом, що наділений єдиною компетенцією.

Разом з тим існує необхідність вказувати в кодексі, що у разі протиріччя між нормативно-правовими актами поточної нормотворчості й кодексом слід застосовувати норми кодексу, оскільки останній являє собою особливий різновид закону і містить у своєму складі основні

¹ Знаменський Г. Кодифікація і гармонізація економічного законодавства / Г. Знаменський // Юрид. вісн. України. – 2003. – №3 8. – С. 1, 4.

² Там само. – С. 4.

принципи конкретної галузі законодавства або конкретного інституту. Такі норми містяться у більшості кодексів Російської Федерації. Зазначена вказівка також застосовується і в новому Цивільному кодексі України, Кодексі адміністративного судочинства та в інших. Така норма надасть можливість у подальшому уникнути в правореалізаційній діяльності питань, пов'язаних із тим, норми якого нормативно-правового документа (кодексу або іншого акта) слід застосовувати у разі невідповідності їх одна одній. Крім того, це дозволить уникнути законодавчих колізій. Значення вказаної норми також дозволить уникнути безсистемності нормативних актів. Але в цьому випадку не слід вести мову про те, що така вказівка приведе до розуміння кодексу як кодифікаційного акта, що має більшу юридичну силу порівняно з іншими поточними законами, кодексом, прийнятим декілька років тому, може бути не враховано нові суспільні відносини, у зв'язку з чим може виникнути потреба у внесенні змін до самого кодексу.

Поділяючи погляди Н. М. Пархоменко, хотілося внести деякі уточнення стосовно останньої ознаки кодексу. В цьому випадку необхідно наголосити на тому, що стабільність кодексу, як і будь-якого іншого кодифікаційного акта, слід розглядати у двох напрямках — це внутрішня стабільність (безпосередньо зміст норм уміщених у кодексі) та зовнішня (безпосередня форма кодифікаційного акта, його здатність тривалий час існувати у часі, прикладом чого можуть служити Кримінально-процесуальний кодекс УРСР, Кодекс законів про працю УРСР та деякі інші). У цьому зв'язку необхідно наголосити на тому, що саме розуміється під стабільністю.

На нашу думку, віднесення до кодексу такої особливості, як внутрішня стабільність, не є виправданим, оскільки у більшості випадків після його прийняття через деякий проміжок часу вносяться зміни. Наприклад, значна кількість змін, що вносилися до Кримінального кодексу України (з 2001 р. і до сьогодні до нього внесено понад 30 змін), а також до Цивільного кодексу (з 2004 р. — понад 20 змін), Земельного (з 2004 р. — понад 20 змін) та інших кодексів. Разом із тим необхідно звернути увагу на зовнішню стабільність такого документа. Прикладом може служити Кодекс про адміністративні правопорушення (прийнятий 7 грудня 1984 р. і діє дотепер), Кримінально-процесуальний кодекс (прийнятий 28 грудня 1960 р. і діє дотепер) та інші кодекси, які діяли на території УРСР.

Таким чином, при розгляді основних ознак кодексу необхідно вести мову про належність останньому такої ознаки, як зовнішня стабіль-

ність, тобто можливість кодексу довго існувати у часі, а також динамізм змісту таких актів. Разом із тим, на нашу думку, при здійсненні кодифікації уповноважений орган державної влади повинен спрямувати свої дії на розробку такого правового документа, до якого буде вноситися незначна кількість змін у майбутньому.

Отже, підсумовуючи усе вищевикладене, слід наголосити на тому, що серед основних ознак, що належать такому кодифікаційному акту, як кодекс, слід виділяти такі:

1) кодекс об'єднує певну групу норм, предметом регулювання яких є однорідна сфера суспільних відносин;

2) кодекс містить загальні принципи, на підставі яких здійснюється регулювання певної групи суспільних відносин;

3) положення кодексу мають широку сферу застосування в рамках галузі права;

4) кодекс характеризується зовнішньою стабільністю, тобто можливістю довго існувати у часі, прикладом є такі, що діють дотепер Кримінально-процесуальний кодекс, Кодекс законів про працю, Кодекс про адміністративні правопорушення тощо.

Наступним спірним питанням, пов'язаним із таким кодифікаційним актом, як кодекс, є критерії його класифікації. Традиційно в юридичних джерелах кодекси поділяються на матеріальні та процесуальні. В основі такої класифікації лежить вид норм, уміщених у кодексі. До матеріальних кодексів слід відносити Цивільний, Кримінальний, Митний кодекси та багато інших. Процесуальними є Цивільний-процесуальний та Кримінально-процесуальний кодекси України.

У юридичних джерелах існує поділ кодексів на галузеві та комплексні. Перші регулюють конкретну сферу суспільних відносин — це Кримінальний, Цивільний кодекси. Комплексні кодекси систематизують норми не за галузями права, а за предметом регулювання значної (комплексної) сфери суспільних відносин у галузі державної діяльності, господарства або соціально-культурного будівництва¹. Таким чином, основним критерієм такої класифікації є обсяг об'єкта кодифікаційної діяльності, тому поряд із галузевим і комплексним необхідно виділяти загальний і спеціальний кодекси. Наприклад, спеціальний кодекс уміщує нормативні приписи певної підгалузі або інституту права, до структури загального кодексу входять норми з основних галузей законодавства.

¹ Российская юридическая энциклопедия / под ред. А. Я. Сухарева. – М., 1999. – С. 334.

О. І. Ющик поділяє кодекси на завершені (повні) та незавершені (неповні). Завершені кодекси охоплюють усі законодавчі акти відповідної галузі законодавства, а незавершені — лише частину цих актів. Крім того, науковцем виділяються також спеціальні кодекси. Як зазначає сам автор, до спеціальних кодексів входять положення, якими регулюється лише спеціальна, відокремлена сфера суспільних відносин¹.

О. Ф. Скакун пропонує поділяти кодекси на традиційні та новаційні. В основі цієї класифікації лежить ступінь модернізації нормативних приписів, що містяться в такому нормативно-правовому акті. Відповідно до такої класифікації традиційними є кодекси, що «створені у традиційному дусі. Вони підсумовують минулі досягнення в регулюванні тієї чи іншої сфери суспільних відносин, підводять їм підсумок або, будучи складені на ортодоксальній підставі, уступають незначною мірою вимогам суспільства, що розвивається, йдуть із ним на компроміс... Вони ґрунтуються на традиційно устояних концепціях кодифікованих законодавчих актів, враховують внесені зміни і доповнення, проте є далекими від принципового відновлення нормативного матеріалу»².

У свою чергу, новаційні кодекси являють собою «створені на новій або принципово оновленій концепції права, яка значно відрізняється від колишньої. Такі кодекси не обмежуються систематизацією та узгодженням уже накопичених законодавчих актів і урахуванням внесених до них змін і доповнень. Вони припускають нову нормативну будову кодексу, змінений зміст (відповідно до волі законодавця), більш досконале його документально-технічне оформлення»³.

Майже аналогічної точки зору дотримується Є. О. Харитонов, який поділяє кодекси на пассіонарні, тобто кодекси, які побудовані на принципово новій, або значно оновленій порівняно з тією, що існувала у державі і суспільстві, концепції прав, та підсумкові кодекси, які є завершальними актами того чи іншого етапу розвитку певної галузі законодавства⁴.

Обґрунтованість класифікації кодексів за зазначеними вище критеріями не викликає сумнівів, проте, на нашу думку, слід також звернути

¹ Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / [Ю. С. Шемшученко, О. І. Ющик, Л. М. Горбунова, М. О. Теплюк, Л. В. Гульченко, В. І. Риндюк] ; за заг. ред. О. І. Ющика. – К., 2007. – С. 96.

² Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. – Х., 2006. – С. 474–475.

³ Там само. – С. 475.

⁴ Харитонов Є. О. Новий цивільний кодекс України – завершення кодифікації чи її початок? / Є. О. Харитонов // Цивільне право : наук.-практ. журн. Одеської нац. юрид. акад. України. – 2002. – Вип. № 1. – С. 10–11.

увагу на такий критерій класифікації кодексів, як предмет їх регулювання. Серед них можна виділити правоохоронні кодекси (Кримінальний, Кримінально-процесуальний, Кримінально-виконавчий, Кодекс про адміністративні правопорушення, Цивільний процесуальний кодекс); природоохоронні кодекси, серед яких слід виділити Земельний, Лісовий, Водний, Кодекс законів про надра; транспортні кодекси (Кодекс торгового мореплавства, Повітряний кодекс та деякі інші).

Таким чином, кодекси класифікуються за різними критеріями, основними з яких є:

- за видами норм права, уміщених у кодексі: матеріальні та процесуальні. Матеріальні — це такі кодекси, які містять норми, що визначають зміст первинних прав і обов'язків суб'єктів права, їх правове становище і безпосередньо спрямовані на регулювання суспільних відносин. У свою чергу процесуальні кодекси містять у своєму складі норми, які забезпечують процедуру та захист норм матеріального права;

- за об'єктом кодифікації: а) загальні кодекси, які є результатом проведення загальної кодифікації, у результаті чого створюється «кодекс кодексів»; б) галузеві, які є результатом здійснення галузевої кодифікації (Цивільний, Кримінальний та ін.); в) спеціальні, що об'єднують правові норми одного чи кількох інститутів права (Водний, Лісовий кодекси та ін.); г) міжгалузеві, які містять у своєму складі норми, що спрямовані на регулювання комплексної сфери суспільних відносин у галузі державної діяльності, соціально-культурного будівництва, у сфері транспорту, зв'язку та ін.;

- за ступенем охоплення суспільних відносин, що регулюються: а) завершені (повні); б) незавершені (неповні).

- за ступенем новизни кодексу: а) традиційні; б) новаційні.

- за предметом регулювання: а) правоохоронні; б) природоохоронні; в) транспортні.

Гетьман Е. А. Кодекс как особый вид закона

Статья посвящена юридической природе и сущности кодекса. Проведена классификация кодексов за разными критериями. Кодекс рассматривается как особый вид закона.

Ключевые слова: систематизация, кодификация, кодекс, закон.

Getman E. A. Code as a special form of law

The article is devoted to the legal nature and essence of the code. The classification codes for different criteria. The Code is considered as a special kind of law.

Keywords: systematization, codification, the Code, the law.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.72

Серьогін В., кандидат юридичних наук,
доцент, начальник кафедри конституцій-
ного та міжнародного права ХНУВС

Приватне життя як об'єкт конституційного права на недоторканність приватного життя

Право на недоторканність приватного життя (прайвесі), як і будь-яке інше суб'єктивне право особи, завжди на щось спрямоване, тобто має власний об'єкт. Як відомо, об'єктом суб'єктивних прав можуть служити явища і предмети оточуючого нас світу, здатні задовольнити потреби й інтереси людини — носія даного права, тобто різноманітні матеріальні й духовні блага. Як правило, «посилання» на об'єкт (благ) міститься в самій назві відповідного суб'єктивного права. Виходячи з таких міркувань, визначення об'єкта права на недоторканність приватного життя, на перший погляд, не викликає жодних труднощів — ним є приватне життя особи. Проте саме поняття «приватне життя» є сьогодні дискусійним, що суттєво ускладнює нормативне закріплення, охорону і захист права на недоторканність приватного життя як одного з фундаментальних прав людини і громадянина.

Дискусійність поняття «приватне життя» значною мірою зумовлена тим, що наукова спільнота відносно недавно звернула увагу на цю сферу існування людини. Тільки на початку ХХ ст. філософія екзистенціалізму (М. Хайдеггер) виявила тему повсякденного існування людини у світі. Згодом поява категорії «гендер» і гендерних досліджень сприяла дослідженням приватного життя, котре в суспільстві класичного капіталізму було традиційно жіночим і не потрапляло у фокус уваги традиційної історії, філософії, психології й соціології. Саме гендерно-орієнтовані соціологи й історики «відкрили» для дослідників таку тему, як приватне життя, інспірувавши розуміння цієї сфери життя людини як підстави, а не «виворотки» буття. У юриспруденції протягом першої половини ХХ ст. при вирішенні проблем, пов'язаних із захистом приватного життя, виходили здебільшого з повсякденного, «побутового» розуміння даної сфери. І тільки у повоєнний період,

у зв'язку з початком глибоких і масштабних досліджень змісту й обсягу права на недоторканність приватного життя (прайвесі) конституційно-правова наука вперше звернулася до з'ясування приватного життя як соціального феномену. У західній науці відповідні дослідження пов'язані з іменами знаних конституціоналістів і соціологів: А. Вестіна, А. Етціоні, Дж. Іннесс, Д. О'Брайєна, Д. Солова та ін. У радянській літературі термін «приватне життя» повсюдно був замінений на «особисте і сімейне життя» і розглядався або у побутовому плані (М. І. Ліфанов), або у нерозривному зв'язку із суспільним (громадським) життям (Ф. Б. Садиков, Х. Л. Сабіров та ін.). У пострадянській державознавчій літературі протягом останніх років простежується певний сплеск активності у пошуках сутнісних характеристик та змістовного наповнення приватного життя. Цієї проблематики торкались у своїх працях Н. Г. Беляєва, Н. П. Лепьошкіна, Г. О. Мітцукова, І. Л. Петрухін, Г. Б. Романовський, В. С. Сивухін, Р. О. Стефанчук та ін., проте рівень опрацювання цієї проблематики досі не відповідає вимогам сьогодення.

Механізм реалізації права на недоторканність приватного життя, аби бути цілісним і ефективним, повинен спиратися на міцну концептуальну базу, яка б давала змогу надавати відповіді на конкретні питання швидкоплинної політико-правової дійсності, однак сучасний рівень наукового осмислення права на недоторканність приватного життя змоги сформувати такий механізм поки що не дає. Означені фактори зумовлюють актуальність обраної нами теми.

Метою цієї статті є системний аналіз усіх аспектів (складових) приватного життя, його сутнісних рис і меж правового впливу на нього з боку держави. Отримані результати мають бути придатні для формування нормативної основи ефективного захисту права на недоторканність приватного життя у межах загального механізму забезпечення основних прав і свобод людини і громадянина в Україні.

Досягненню означеної мети служитиме узагальнення висловлених у вітчизняній та зарубіжній науці поглядів на цю проблему, їх критичний аналіз, виявлення семантичних аспектів проблеми, а також системно-структурний підхід до змісту приватного життя.

Передусім проведений аналіз існуючих у науці точок зору дає змогу виокремити *два основних підходи* до визначення поняття приватного життя.

Перший із них полягає у переліченні елементів його змісту. Таким підходом користуються Н. Д. Єгоров¹, Л. О. Красавчикова², М. Н. Малеїна³, І. Л. Петрухін⁴, Г. Б. Романовський⁵, вказуючи певні сторони чи сфери приватного життя. При цьому загальна кількість таких елементів, як і їхні види, у класифікації кожного з названих авторів суттєво різняться.

Зокрема, Л. О. Красавчикова виокремлює десять сторін прояву приватного життя, серед яких: 1) інтимна — визначає індивідуальність особи (наприклад, звички); 2) побутова — визначає уклад повсякденного життя; 3) сімейна — охоплює стосунки у сім'ї; 4) майнова — визначає порядок і характер користування речами; 5) культурна — виявляється в освоєнні людиною досягнень культури; 6) організаційна — виявляється у встановленні розпорядку дня, обранні місця навчання чи роботи тощо; 7) санітарно-гігієнічна — охоплює особисту гігієну; 8) оздоровча — виявляється у діях, спрямованих на підтримання здоров'я; 9) сторона дозвілля — охоплює відпочинок і розваги; 10) комунікаційна — визначає неформальні зв'язки з друзями, знайомими і т. д.⁶

На початку 2000-х років найбільш структурованого й розгорнутого вигляду такий підхід набув у працях Н. П. Лепешкіної. На думку цієї російської дослідниці, приватне життя як соціальне явище складається з таких складових⁷:

1. Внутрішня духовна сфера: а) світогляд людини, спосіб її мислення; б) віра в Бога, інші надприродні субстанції або її відсутність; в) точка зору особи щодо конкретних питань; г) ментальні здібності,

¹ Єгоров Н. Д. Личные неимущественные права и их защита / Н. Д. Егоров // Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав : сб. науч. тр. / [отв. ред. В. В. Бугаев]. – Ярославль, 1988. – С. 26.

² Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации : автореф. дис. на соискание учен. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражд. право; предпринимат. право; семейное право; междунар. част. право» / Красавчикова Лариса Октябрьевна ; УрГЮА. – Екатеринбург, 1994. – С. 7.

³ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита / М. Н. Малеина. – М., 2000. – С. 7.

⁴ Петрухин И. Л. Личные тайны (человек и власть) / И. Л. Петрухин. – М., 1998. – С. 11.

⁵ Романовский Г. Б. Право на неприкосновенность частной жизни / Г. Б. Романовский. – М., 2001. – С. 64–65.

⁶ Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова. – М., 1983. – С. 16.

⁷ Лепешкина Н. П. Неприкосновенность частной жизни, что это? / Н. П. Лепешкина // Адвокатская практика. – 2005. – № 2. – С. 37.

рівень інтелектуального розвитку; д) культурна сторона, в якій відображається опанування людиною досягнень культури; е) почуття, пристрасті, бажання, потреби особи; ж) риси характеру; з) політичні погляди й переконання (як різновид пп. «а» і «в»).

2. Сфера міжособистісного спілкування і зв'язків: а) члени сім'ї, родинні відносини і зв'язки; контакти і стосунки в сім'ї; б) особисті контакти й відносини зі знайомими, друзями, близькими людьми; в) відносини інтимного характеру, сексуальні зв'язки.

3. Організаційна складова: а) дати (народження, прийняття на роботу, укладення шлюбу тощо); б) професія; в) місце роботи, навчання; г) місце проживання, номер телефону; д) членство в клубах, партіях, громадських об'єднаннях тощо; е) побутовий уклад.

4. Медико-фізіологічна сфера: а) зовнішність людини; б) особливості фізіології; в) фізичні й психічні відхилення, розлади, хвороби різноманітного походження й характеру; г) ставлення людини до свого здоров'я, зовнішності, санітарно-гігієнічна сторона, заняття спортом.

5. Сфера поведінки: а) звички особи, особливості поведінки в нормальних та екстремальних умовах; б) діяння, вчинки особи в рамках відносин, які не зачіпають публічну сферу.

6. Майнова сфера: а) наявність, перелік, кількість майна особи; б) джерела доходу (заробітна плата, подарунки, доходи від внесків тощо); в) джерела, способи, час набуття майна; г) рух коштів, іншого майна.

Аналогічного підходу, але у дещо узагальненому вигляді, дотримується і Г. Б. Романовський. Цей російський автор, розглядаючи розмаїття сторін особистого життя, зводить їх у п'ять класифікаційних груп: 1) коло неформального спілкування (коли особа сама визначає коло спілкування, з ким його підтримувати, а з ким і перервати; 2) вимушені зв'язки (коли особа не в змозі не входити в контакт із зовнішнім світом щодо розкриття елементів свого внутрішнього світу); 3) власне внутрішній світ людини (власні переживання, думки, переконання, побут, дозвілля, хобі, звички, характер, домашній уклад, симпатії тощо); 4) сімейні зв'язки; 5) релігійні переконання¹.

Класифікація проявів приватного життя за певними сферами життєдіяльності дозволяє нам розкрити даний термін як цілісний соціальний комплекс і надає більш повне уявлення про те, що може зачіпатися при охороні недоторканності приватного життя. Та й саме приватне життя постає в цьому випадку в більш структурованому, систематизованому вигляді.

¹ Романовский Г. Б. Право на неприкосновенность частной жизни / Г. Б. Романовский. – М., 2001. – С. 64–65.

Водночас позиції кожного з науковців, що намагаються навести перелік елементів приватного життя, не позбавлені суттєвих недоліків. Передусім, за відсутності загального визначення приватного життя, такий підхід не дає змоги відповісти на питання про те, що ж об'єднує всі прояви приватного життя в єдине ціле, що є спільного між ними. У підсумку це породжує загрозу того, що, з одного боку, до структури приватного життя будуть долучені зайві, «чужорідні» елементи, а з другого — що поза межами уваги можуть залишитися чимало інших проявів приватного життя. Загалом, відсутність загального, синтезованого поняття приватного життя суттєво підвищує ступінь суб'єктивізму при визначенні тих чи інших його елементів. Не дарма у кожного з прихильників такого підходу загальний перелік аспектів приватного життя суттєво різниться як за їхньою кількістю, так і за видами. У І. Л. Петрухіна елементами приватного життя є певна міра можливої поведінки особи, тоді як у Н. П. Лепьошкіної — об'єкти інформації, а у Г. Б. Романовського класифікаційні групи включають взагалі різnorідні об'єкти (у першому випадку — певне коло осіб, у другому — певні зв'язки, у третьому — «внутрішній світ»).

Класифікація Н. П. Лепьошкіної, крім того, має ще одну суттєву ваду: вона ґрунтується на видах інформації, яка визнається персональною, ототожнюючи прайвесі з персональними даними. Насправді, далеко не всі персональні дані стосуються приватного життя (зокрема, дані про партійність чи наявність окремих видів майна). До того ж прайвесі не обмежується персональною інформацією, а має низку інших аспектів (територіальний, фізичний тощо).

Більшість згаданих вище спроб (минулих і сучасних) визначити сферу приватного життя мають дещо спільне: усі вони беруть за основу інституціонально-позитивний підхід до її визначення, тобто намагаються локалізувати і назвати певні галузі даної сфери. Однак, як засвідчує аналіз праць, присвячених вивченню приватного життя, деяка суперечність і пробільність концепцій закладена в самому інституціонально-позитивному підході. Названий спосіб формулювання дефініції поняття (шляхом наведення основних ознак і сторін явища) до досліджуваної категорії навряд чи може бути застосований. Адже сфера приватного життя вельми динамічна, із розвитком суспільних відносин вона постійно структурується і змінюється, тому інституціональні визначення постійно застаріватимуть і суперечитимуть один одному. Визначення приватного життя через перелічення його елементів навряд чи дозволить з абсолютною точністю з'ясувати зміст при-

ватного життя, оскільки воно залежить від історичного періоду розвитку суспільства, панівної ідеології, релігії, рівня розвитку культури і багатьох інших об'єктивних факторів. Західні дослідники Ф. Арьєс і Г. Дабі цілком слушно зазначають із цього приводу таке: «Приватне життя за своїм характером не є даністю від початку часів. Це історична реальність, котру різні суспільства тлумачать по-різному. Межі приватного життя не визначені раз і назавжди; розподіл людської діяльності між публічною і приватною сферами є об'єктом змін. Приватне життя має сенс лише стосовно публічного життя; його історія передусім — це історія його визначення»¹.

Другий підхід до визначення поняття приватного життя полягає у прагненні не перелічити всі елементи приватного життя, а виокремити його найбільш суттєву, конститууючу ознаку чи декілька таких ознак. Такий підхід не вимагає більш чи менш точного зазначення меж приватного життя. Його прибічники вважають, що необхідності вказівки всіх можливих сторін приватного життя людини немає, — це лише захарастить поняття приватного життя і підвищить ризик прогалин. Навіть Л. О. Красавчикова визнавала, що для людини важливі будь-які сторони (аспекти) її особистого життя, незалежно від послідовності їх перерахування і проявів у суспільному житті², а їх перелік не може бути вичерпним, оскільки людське буття є таке ж різноманітне, як і вияви людської індивідуальності.

Як зазначає І. М. Хужокова, «дати вичерпне універсальне нормативне визначення поняттю «приватне життя» неможливо з огляду на багатоманітність предмета, а логіка нормативного акта виключає його спрямованість на будь-який «окремих випадок»³. Аналогічну думку висловлює й український цивіліст Р. О. Стефанчук: «Попри важливість вказаних сторін особистого життя для його системного розуміння, ми вважаємо, що сам підхід, який би ґрунтувався лише на висвітленні поняття «особисте життя» за рахунок визначення його основних сторін, є безперспективним, оскільки таких сторін у розумінні вказаного поняття може бути безліч»⁴.

¹ A history of private life: Vol.V. Riddles of identity in Modern Times / gen. ed. Pf. Aries, G. Duby. – Harvard : Belknap Press, Harvard University Press, 1994. – P. 3.

² Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова. – М., 1983. – С. 16–17.

³ Хужокова И. М. Реализация права на неприкосновенность частной жизни в Российской Федерации / И. М. Хужокова. – СПб., 2006. – С. 10–11.

⁴ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук. – К., 2008. – С. 476.

Переважна більшість прихильників такого підходу як визначальну характеристику приватного життя розглядають автономію суб'єкта, непідпорядкованість цієї сфери життєдіяльності особи безпосередньому контролю з боку державних органів, громадських об'єднань, інших осіб. Одним із перших у вітчизняній науці цю думку висловив А. І. Денисов, який визначав приватне життя як «сферу індивідуального способу задоволення матеріальних і духовних потреб людини при загальній її обумовленості суспільним життям»¹. «Якщо ми звернемося до конституційного права, — продовжує цю думку сучасний російський дослідник Б. Н. Кадников, то приватне життя — це суверенітет окремої людини, громадянина від держави, суспільства, від інших людей. Це її незалежність від усіх інших суб'єктів, але при розумінні того, що всі інші громадяни також мають свої суверенітети»². За словами Н. Л. Пушкарєвої, приватна сфера — це та сфера життя й побуту, котра залежить від індивідуальних, приватних рішень³. М. Є. Петросян під приватним життям розуміє сферу особистих, інтимних, сімейних, побутових та інших відносин між людьми, «котра контролюється самим індивідом, тобто є вільною від зовнішнього впливу»⁴.

Приватне життя центроване навколо людини, наділеної якостями суб'єктності й особистості, людини, яка робить вибір стилю життя, друзів, партнерів. Сфера приватного життя постає в сучасному світі, диференційованому на різноманітні «самозаконні» сфери, своєрідним «заповідником суб'єктності». Він/вона обирають свою ідентичність, намагаючись влитися в те чи інше співтовариство, свідомо планують свій імідж, створюють антураж, режисують життєвий шлях, вірячи, що в житті, як у добрій п'єсі, немає нічого випадкового. При цьому функцію впорядкування життя, надання сенсу світові й існуванню самої людини сьогодні часто перебирає на себе не тільки Розум, а й естетичне почуття.

Один із провідних російських учених у галузі конституційного права М. В. Баглай — розглядає автономію суб'єкта у сфері приватно-

¹ Денисов А. И. Общая система социалистической демократии / А. И. Денисов. — М., 1975. — С. 176.

² Кадников Б. Н. К вопросу о понятии «частной жизни» человека / Б. Н. Кадников // Междунар. публичное и частное право. — 2007. — № 1. — С. 67.

³ Пушкарева Н. Л. Частная жизнь и проблема повседневности глазами историка : текст доклада на конференции «Демографическая модернизация, частная жизнь и идентичность в России» // Электронная версия бюллетеня «Население и общество» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.demoscope.ru/weekly/knigi/konfer/konfer_017.html

⁴ Петросян М. Е. Что такое неприкосновенность частной жизни? / М. Е. Петросян // Правозащитник. — 1995. — № 1. — С. 49.

го життя у нерозривному поєднанні з прагненням втаємничити цю сферу. Він зазначає, що зміст приватного життя «складають ті сторони особистого життя людини, котрі вона в силу своєї свободи не бажає робити надбанням інших. Це своєрідний суверенітет особи, що означає недоторканність її «середовища існування». У даному випадку таємниця відображає природне прагнення кожної людини мати власний світ інтимних і ділових інтересів, прихований від чужих очей»¹. Аналогічний підхід простежується і в дисертаційному дослідженні українського конституціоналіста В. С. Сивухіна. На думку цього автора, особисте (приватне) життя, з одного боку, є постійно функціонуючою взаємодією соціальних та біологічних явищ, обставини якого людина, у силу своєї свободи, не бажає робити надбанням інших, — вважає таємницею, відображаючи, у такий спосіб, природне прагнення кожної людини мати власний світ інтимних і ділових інтересів, прихований від чужих очей, а з другого — форма існування людини у суспільстві, завдяки якій остання втілює власну індивідуальність, що перебуває під охороною закону².

Прагнення кожної людини втаємничити свою приватну сферу значною мірою об'єктивно зумовлено тим, що її оприлюднення може зробити людину беззахисною перед іншими людьми і суспільством у цілому. На цю особливість приватного життя цілком справедливо акцентують увагу О. Л. Красавчикова та І. В. Смолькова. На думку цих авторів, приватне життя — це «сфера найбільш делікатних і психологічно вразливих відносин, що ґрунтується на людському естві й пов'язаних зі свободою особи»³.

Слід відзначити, що двома названими підходами до визначення приватного життя наукова думка не обмежується. У спеціальній літературі приватне (особисте) життя визначається як фізична і духовна сфера буття людини, що контролюються самим індивідом, тобто вільні від спрямованого зовнішнього впливу⁴; окремий прояв особистої

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник для вузов / М. В. Баглай. – М., 2001. – С. 181.

² Сивухін В. С. Конституційне право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя та його забезпечення органами внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Владислав Сергійович Сивухін. – К., 2007. – С. 75.

³ Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Л. О. Красавчикова. – М., 1983. – С. 17; Смолькова И. В. Проблема тайн в уголовном судопроизводстве : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09 / Смолькова Ираида Вячеславовна. – Иркутск, 1998. – С. 55.

⁴ Самодін А. Н. Недоторканність особистого життя людини як принцип кримінального процесу / А. Н. Самодін // Вісн. Одес. ін-ту внутр. справ. – 2004. – № 1. – С. 123.

свободи, яка дозволяє людині усамітнюватися, спілкуватися із близькими їй особами та самовиражатися поза межами виконання службових обов'язків¹; частина людського буття, яка має бути вільною від стороннього втручання через свій виключно особистісний, внутрішній характер і значущість для індивіда² тощо. На думку українського конституціоналіста В. С. Сивухіна, загальним у наведених визначеннях особистого життя є те, що ця сфера людського буття є окремим проявом особистої свободи, яка вільна від будь-якого стороннього направляючого впливу (у т. ч. правового), однак повинна мати правове забезпечення³.

На наш погляд, пошук оптимального визначення приватного життя людини доцільно починати із самої семантики слів «життя» і «приватний». Стосовно видового поняття «приватне життя» родовим є поняття «життя». Словник.net — найповніший та найактуальніший універсальний тлумачний словник української мови в мережі Інтернет — наводить одразу десять значень слова «життя»: 1) вища форма існування матерії; 2) стан живого організму в стадії розвитку, зростання; 3) період існування кого-небудь; вік; усе пережите, зроблене людиною за час її існування; 4) спосіб існування кого-небудь; 5) жива істота; 6) щось дороге, необхідне, важливе; 7) прояв фізичних і духовних сил живих істот; 8) пожвавлення, рух, посилення діяльності живих істот; 9) сукупність явищ, що характеризують існування, визначають розвиток чого-небудь; 10) те, що реально існує; дійсність⁴. Серед наведених варіантів найбільш прийнятним у контексті нашого дослідження виглядає дев'яте: **життя як сукупність явищ, що характеризують існування, визначають розвиток людини**. Саме в цьому значенні використовується воно і у словосполученні «приватне життя».

Від родового поняття «життя» перейдемо до його видового прояву — життя приватного. Згаданий вище Словник.net містить такі значення слова «приватний»:

1) який належить окремій особі (особам): а) не державний, не суспільний; б) який утримується коштом однієї або кількох осіб; в) пов'я-

¹ Петрухин И. Л. Личные тайны (человек и власть) / И. Л. Петрухин. – М., 1998. – С. 14.

² Полторацкая Н. С. Реализация конституционного права на неприкосновенность частной жизни: теория и практика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Наталья Сергеевна Полторацкая. – СПб., 2004. – С. 12.

³ Сивухін В. С. Конституційне право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя та його забезпечення органами внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Владислав Сергійович Сивухін. – К., 2007. – С. 68.

⁴ Словник.net : Портал української мови та літератури [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.slovnkyk.net/?swrd=%E6%E8%F2%F2%FF&x=52&y=20>

заний з індивідуальним господарюванням, володіє чим-небудь індивідуально;

2) який стосується окремої особи (осіб): а) особистий; не пов'язаний зі службовою або суспільною діяльністю; б) який не має офіційного значення; в) не діловий; г) який обслуговує окрему особу (осіб) або виконується поза державною службою; д) який не перебуває на державній службі.

Звідси приватне життя — це сукупність явищ, які характеризують існування, визначають розвиток людини як приватної особи.

Для з'ясування справжнього сенсу поняття «приватне життя» необхідний комплексний аналіз усіх наведених тлумачень, виявлення всього, що є прийнятним для їхньої характеристики. Проведений нами аналіз і подальше використання індуктивного методу дає змогу сформулювати таке визначення приватного життя: *«Приватне життя — це сфера життєдіяльності людини, що являє собою сукупність явищ, які характеризують існування і визначають розвиток людини як приватної (пересічної) особи, стосуються тільки її, не пов'язані з виконанням нею публічних функцій і вилучені з поля зору громадськості».*

Наведене нами визначення перекликається з дефініцією приватності, яку наводить О.М. Мануйлов. «Під приватністю, — пише цей відомий російський антрополог, — ми розуміємо поле відносин, контактів, речей (у їхніх функціях і значеннях), в якому актори виступають в інтеракцію як унікальні персони, при цьому їхні статуси, що отримані в інших полях і є продуктом серійності (як її розуміє Ж. Бодрійяр), не є релевантними даній інтеракції, відповідно, ігноруються»¹. Проте, на наш погляд, приватне життя не можна зводити до відносин. Будь-які відносини передбачають наявність не менш як двох суб'єктів (акторів), тоді як приватне життя цього зовсім не передбачає. Більше того, за такого підходу зі сфери приватного життя виявляються вилученими такі важливі прояви приватності, як усамітнення чи ведення особистих щоденників, з яких, власне, й почалося юридичне оформлення прайвесі.

Тому більш коректно в даному випадку вести мову саме про «сферу життєдіяльності», що включає в себе поведінку особи як у межах відносин з іншими особами, так і поза відносинами. Більше того, при визначенні меж приватності головним є не стільки вид контрагентів чи речей, яких стосується поведінка особи, скільки мета такої поведінки та статус (роль) особи при її здійсненні. Поведінка особи у сфері приватного життя (як активна, так і пасивна) спрямована на реалізацію її особистих, а не гру-

¹ Мануйлов А. Н. Практики приватности в южно-российском селе (кейс-стади) / А. Н. Мануйлов // Антропологический форум. – 2007. – № 6. – С. 181.

пових чи загальносоціальних потреб, і виступає вона при цьому як унікальна особистість, а не представник певної соціальної групи чи всього соціуму. Відповідно, й певні контакти й речі виступають елементами приватного життя тільки як предмети, що перебувають під впливом відповідної поведінки особи, тобто забезпечують життєдіяльність особи як неповторної особистості, позбавленої групових чи загальносоціальних рис, сприяють реалізації суто приватних інтересів особи.

Сформульоване нами визначення має загальносоціальний характер, а тому для успішного використання в юриспруденції потребує «транскрипції» через певні юридичні категорії. Як відомо, право регулює найважливіші суспільні відносини, тому й «юридизоване» поняття приватного життя має надаватися через визначення тих суспільних відносин, які належать до цієї сфери чи, принаймні, торкаються її. Відповідно, визначення приватного життя набуває такого вигляду: *«Приватне життя як предмет правового впливу — це система суспільних відносин, що характеризують існування і визначають розвиток людини як приватної (пересічної) особи, стосуються тільки її, не пов'язані з виконанням нею публічних функцій, вилучені з поля зору громадськості й, як такі, охороняються і захищаються правом»*.

До основних (юридично значущих) ознак приватного життя належать:

1. Соціальний характер. Про приватне життя як антипод публічного є сенс вести мову тільки в умовах людського суспільства.

2. Персоніфікованість. Приватне життя стосується тільки конкретної особи, нерозривно пов'язане з нею як представником людської спільноти.

3. Нерольовий характер. У будь-яких відносинах, що складають приватне життя особи, вона виступає не як представник певної соціальної групи чи виконавець певної соціальної ролі, а як неповторна особистість із власним внутрішнім світом.

4. Гомоцентризм. Приватне життя концентрується навколо відповідної людини, має індивідуалістичну спрямованість.

5. Непублічний характер. Приватне життя не знає влади-підпорядкування, це царина «приватного суверенітету» конкретної особи.

6. Негласний характер. Відомості про ті чи інші аспекти приватного життя за загальним правилом вилучені з поля зору громадськості. Які аспекти свого приватного життя, в якому обсязі та в який момент робити надбанням громадськості, за власним розсудом визначає виключно сама особа.

7. Відсутність соціальної значущості. Аспекти приватного життя не мають суттєвого значення для суспільства і держави і, як такі, не підлягають правовому регулюванню, а потребують тільки правового забезпечення (охорони і захисту). Відповідні цінності та моделі поведінки зовсім не обов'язково мають поділятися іншими членами суспільства чи громадянами.

Петришин О. Громадянське суспільство – підґрунтя формування правової держави в Україні / О. Петришин // Вісн. Акад. правових наук України. – 2003. – № 2–3. – С. 160.

8. Юридична правомірність чи, принаймні, нейтральність. Поведінка людини у сфері власного приватного життя не повинна суперечити правовим приписам, посягати на права і свободи інших осіб, у тому числі не повинна втручатися у приватне життя інших осіб. Вчинення протиправних дій у межах приватних (і навіть інтимних) відносин автоматично переводить ці відносини в розряд правових і тягне за собою юридичну відповідальність.

Категорія «приватне життя» не має юридичного змісту; правове регулювання лише встановлює межі її недоторканності («приватності») і, відповідно, межі допустимого втручання, дослідження яких є перспективним напрямом подальших досліджень у цій сфері.

Серёгин В. А. Частная жизнь как объект конституционного права на неприкосновенность частной жизни (прайвеси)

Предпринята попытка системной, развернутой характеристики содержания и объема права на неприкосновенность частной жизни (прайвеси) как одного из основных прав человека и гражданина. Сделан вывод, что частная жизнь как объект правового воздействия — это система общественных отношений, характеризующих существование и определяющих развитие человека как частного лица, касающихся только его, не связанных с исполнением им публичных функций, изъятие из поля зрения общественности и, как таковых, охраняемых и защищаемых правом.

Ключевые слова: права человека, частная жизнь, прайвеси, неприкосновенность частной жизни.

Seryogin V. A. Private life as object of constitutional right to inviolability of private life (privacy)

An attempt of the system, developed description of the content and scope of the right to inviolability of private life (privacy) as a fundamental rights of human and citizen. Concluded that the private life as an object of legal action — a system of social relations that characterize the existence and determine the development of man as an individual, related only to its non-performance of his public functions, which are excluded from public view and, as such, protected and protected by law.

Keywords: human rights, private life, privacy, inviolability of private life.

УДК 340.12

В. Невідомий, кандидат юридичних наук

Українська Конституція у світлі проблеми гармонізації національного та європейського права

Багатопланові інтеграційні процеси, що відбуваються в сучасному світі, з одного боку, відзначаються своєю об'єктивністю (будучи одним із виявів самоорганізаційної динаміки людського суспільства). З другого ж боку, як, власне, і будь-який буттєвий феномен, згадані процеси мають доволі суперечливий характер (зокрема, у сенсі їхньої пов'язаності з низкою полярно спрямованих тенденцій); тож наразі вони все ще не набули своєї однозначної політико-правової оцінки.

Наприклад, на тлі популяризації «європейського вибору України» як першорядного «стратегічного орієнтиру»¹ нерідко доводиться стикатися і з діаметрально протилежними думками з цього приводу. Останні зазвичай ґрунтуються на аргументації щодо несумісності європейського та українського національного права: «як показав історичний досвід, жоден союз України із своїми сусідами не зробив цей союз вічним і ніколи не приводив до внутрішньої стабільності. Проте, ігноруючи свій грізний історичний досвід, ми з завидною затятістю продовжуємо ці спроби і тепер, утрачаючи своє обличчя й специфіку. Такі дії призводять до того, що страждає власний народ, а Україна залишається незрозумілою для своїх сусідів. Політики... не розуміють найголовнішого — того, що реалізувати свої чисті наміри їм не вдасться. Тому що не можна реалізувати найбагатороднішу ідею, якщо майже половина людей у цій місії не має потреби. Не можна ж кийком загнати людей до раю. Те, що для одних є раєм, для інших може бути пеклом»².

Звичайно ж, силоміць не можна навіть доправляти людину до медичного закладу, однак ця обставина навряд чи слугуватиме вагомим аргументом на користь висновку про недоречність медицини як такої. Як щодо власного фізичного здоров'я, так і стосовно своєї політико-правової позиції, кожний суб'єкт має зробити вільний та свідомий

¹ Див.: Скрипник О. Європейський вибір України: проблеми реалізації принципу законності / О. Скрипник // Право України. – 2009. – № 1. – С. 101.

² Кондович В. Ю. Про несумісність європейського й українського національного права / В. Ю. Кондович // Європейські інтеграційні процеси та трансформація права на постсоціалістичному та пострадянському просторі : Матеріали міжнародного науково-практичного семінару (Київ, 23–24 вересня 2005 р.). – К., 2006. – С. 125.

вибір. Щоправда, при цьому доцільно буде враховувати не тільки специфіку своїх індивідуальних упереджень та настроїв, а й насамперед незалежну від них ситуацію, що склалася на момент даного вибору в самій реальності. Адже «оздоровчі заходи», безвідносно до того, чи стосуються вони життя певного індивіда, чи життя певної нації, далеко не завжди бувають приємними та «жаданими», що, напевне, не може справляти визначального впливу на оцінку ступеня їх об'єктивної необхідності.

Метою статті є визначення кардинальних спрямувань удосконалення вітчизняного конституційного законодавства щодо його узгодження з тенденціями становлення інтегрованого європейського правового простору.

Низці аспектів дослідження шляхів реформування конституційних основ українського права в контексті розгортання процесів європейської та світової інтеграції присвячувалися наукові праці О. Данильяна, Н. Карпачової, А. Колодія, В. Кондовича, М. Костицького, Н. Оніщенка, О. Скрипника, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та багатьох інших авторів. Разом з тим майже не вивченими поки що залишаються залежності показників оптимальності згаданих шляхів від самоорганізаційної динаміки сучасної політико-правової реальності.

Гадається, потреба активізації участі України в європейських інтеграційних процесах зумовлена насамперед тим, що цього вимагає вже навіть сам розвиток сучасної ринкової економіки, для якої сьогодні вже затісні її обмеження суто національними рамками. Відповідно, умовою не тільки прогресивної динаміки та збалансованого функціонування вітчизняної економічної системи, а й самого її виживання в контексті дедалі розширюваної економіко-політичної структури Євросоюзу є аж ніяк не ізоляціоністська домінанта у зовнішній політиці нашої держави. До речі, попри те, що з висоти нинішнього історичного досвіду можна у багатьох відношеннях критикувати марксистську суспільно-політичну доктрину, однак об'єктом цієї критики навряд чи може обґрунтовано фігурувати одна з її ключових формул, згідно з якою «політика є концентрованим вираженням економіки». Щодо цього варто згадати, що формування так званого єдиного європейського простору було ініційоване Паризькими домовленостями (1951 р.) про економічну співпрацю у вугільновидобувній та сталеплавильній галузях промисловості, а кількома роками пізніше (1957 р.) створенням Європейської економічної спільноти, «спільного ринку», та Європейського співтовариства з атомної енергетики. Ці інтеграційні кроки посприяли

згодом підписанню Маастрихтського договору про Європейський Союз (1992 р.), зміни та доповнення до якого були закріплені Амстердамським договором 1997 р. Тим самим економічна інтеграція переросла у політичну, що, у свою чергу, актуалізувало на початку ХХІ ст. розробку наднаціонального європейського права, зокрема Європейської Конституції. І хоча наразі цей процес все ще гальмується низкою труднощів, зумовлених, з одного боку, інерційним небажанням ряду держав передати частину свого суверенітету наддержавним політичним інституціям, а, з другого — наявністю певних технічних проблем стосовно форм реалізації безпосередньої демократії при формуванні та функціонуванні органів Європейського Союзу, однак рух до об'єднаної Європи, спричинений та підтримуваний самоорганізаційними механізмами суспільної системності від її економічних основ до практично всіх сфер міжнародного співробітництва, виявляє ознаки досить сталої тенденції. Тим більше, що в умовах інтернаціоналізації ринку політико-правове інтегрування забезпечує істотні додаткові можливості щодо протидії негативним наслідкам, спричинюваним періодичними кризовими явищами, котрі, на жаль, є закономірними для хвилеподібної динаміки ринкової економіки.

Зважаючи на відзначені обставини, Україною у 1994 р. було укладено з Євросоюзом «Угоду про партнерство і співробітництво», після набуття чинності якої розпочався процес інституціоналізації відносин між нашою державою та ЄС. Зокрема, згідно з прийнятою у 2004 р. урядовою програмою «Реформи для процвітання» було передбачено насамперед набуття Україною членства в СОТ, основною умовою якого є приведення українського законодавства у відповідність до стандартів країн із розвинутою системою сучасної ринкової економіки (адже лише на цій основі уможлиблюється оптимізація створення та розширення зони вільної торгівлі між такими країнами, оскільки регулювання прав власності та виконання контрактних зобов'язань отримують при цьому примусове забезпечення). Зрештою, за ступенем реалізації даних програмних завдань можна вести мову й про членство України в ЄС.

Незважаючи на те що чинна українська Конституція розроблялася за допомоги та за сприяння Європейського Союзу, Ради Європи, ОБСЄ та інших організацій, а тому загалом вона складена відповідно до основних європейських та світових стандартів, наявний на сьогодні досвід її реалізації переконує в необхідності специфікації, коригування та узгодження ряду її положень. Така необхідність зумовлена не лише

суто формальними вадами (неоднозначністю, суперечливістю та пробільністю в нормативній системі конституційного законодавства), а й динамічними змінами самої політико-правової реальності як у національних межах, так і у сфері міжнародних відносин. До того ж, «аналізуючи питання інтеграції українського права в європейське, можна стверджувати, що... приведення національного українського законодавства у відповідність до європейського — це лише передумова інтеграції. Закон не лише має бути прийнятим. Він має виконуватися. А в цьому аспекті є проблема, яка полягає в тому, щоб на рівні менталітету, соціальної свідомості зафіксувати принцип «*lex sunt servanta*» (закон має виконуватись)»¹. Проте доволі очевидним є те, що у низці моментів деякі конституційні положення залишаються суто декларативними: по-перше, через відсутність чи недосконалість механізмів забезпечення їх реалізації; по-друге, через неоднозначність (а подекуди й полярність) їх сприйняття представниками різних верств населення, далеко не всі представники якого поділяють прагнення інтеграції України до яких-небудь міжнародних політичних структур взагалі чи саме до європейських зокрема; по-третє, через все ще поширене нігілістичне ставлення до закону, котрий лише номінально є «однаковим для всіх».

Тож проблема взаємоузгодження національного і міжнародного права є актуальною для України «у зв'язку з: 1) усвідомленням необхідності удосконалення змісту конституційного регулювання щодо різних суб'єктів (зокрема щодо взаємозв'язку і взаємовпливу національного і міжнародного права) шляхом проведення реформи Основного Закону; 2) задекларованими намірами стосовно участі в європейських та світових інтеграційних процесах»². Тим більше, що в нинішніх умовах світового розвитку забезпечення міжнародного правопорядку не може бути здійсненим виключно на основі міжнародного права, потребуючи, відповідно, щоб таке забезпечення стало першочерговим конституційно закріпленим завданням національно-правового регулювання. Саме тому тексти більшості новітніх національних конституцій відтворюють зміст основних міжнародних актів (особливо це простежується стосовно нормативізації прав людини й громадянина, створення передумов участі держав у інтеграційних

¹ Див.: Костицький М. В. Філософські та психологічні проблеми інтеграції українського й європейського права / М. В. Костицький // міжнародного науково-практичного семінару (Київ, 23–24 вересня 2005 р.). – С. 138.

² Див.: Шаповал В. Конституція і міжнародне право: до питання про взаємозв'язок та взаємовплив / В. Шаповал // Право України. – 2009. – № 7. – С. 88.

процесах, закріплення основних принципів міжнародного права тощо). Тобто спостерігається трансформація норм міжнародного права в норми права національного. Наприклад, ст. 10 Конституції Італії передбачає узгодження національного правопорядку із загальновизнаними нормами міжнародного права. Стаття 25 Конституції ФРН визначає, що «загальновизнані норми міжнародного права є складовою частиною федерального права»; більше того, «вони мають пріоритет перед законами і безпосередньо породжують права і обов'язки для осіб, що проживають на території Федерації».

Гармонізацію у сфері права (безвідносно до того, чи здійснюється вона у формі трансформації міжнародних правових норм у національні, рецепції усталених нормативних стандартів інших держав чи наддержавних політичних утворень, інкорпорації або конвергенції правової нормативності) загалом розуміють «як створення передумов для прийняття і застосування компетентними органами різних країн подібних нормативно-правових актів або як зниження чи усунення розходжень у правовому регулюванні, або ж як спільну еволюцію двох чи більше країн до загальних стандартів поведінки і правових засобів їхнього забезпечення»¹.

Зокрема, стосовно країн Західної та Центральної Європи, така гармонізація розглядається як інструмент економічної, політичної, правової, гуманітарної та ін. інтеграції, спрямованої на формування цілісного «європейського простору», регульованого спільними та узгодженими нормами права. При цьому для так званих «третіх держав» (до яких належить і Україна), що обрали шлях приєднання до ЄС чи встановлюють з ним певні відносини, найбільш характерною формою правової гармонізації є рецепція європейського права правовими системами таких держав. Це пояснюється тим, що «для країн ЄС європейське комунітарне право вже є наднаціональним. Воно являє собою завершений продукт процесу внутрішньої конвергенції, що пропонується також і для зовнішнього застосування». Така рецепція «може бути позитивною і негативною. У першому випадку йдеться про внесення до національного законодавства норм ЄС без зміни, у другому — виключення з національного законодавства норм, що не відповідають

¹ Див.: Данильян О. Г. Гармонізація європейського й національного права: теоретико-методологічний аспект / О. Г. Данильян // Європейські інтеграційні процеси та трансформація права на постсоціалістичному та пострадянському просторі : Матеріали міжнародного науково-практичного семінару (Київ, 23–24 вересня 2005 р.). – К., 2006. – С. 98.

міжнародному праву»¹. Певна річ, при цьому повинні враховуватися національно-культурні особливості, оскільки в іншому разі подібні нормативні запозичення стикатимуться з істотними перешкодами через їх несприйняття менталітетом населення відповідної країни.

У сучасному європейському праві поступово утверджується і знаходить своє конституційне закріплення у правових системах ряду держав ідея пріоритету (або «примату») міжнародного права над національним в інтересах розвитку міжнародного правопорядку. Щодо цього вже згадувалася ст. 25 Основного Закону ФРН; аналогічним чином це простежується у Конституції Нідерландів, ст. 90 якої визначає, що «уряд повинен сприяти розвитку міжнародного правопорядку», а ст. 94 позбавляє сили чинні положення національних законів, «якщо їх застосування суперечить загальнонормативним положенням міжнародних договорів та актів міжнародних організацій».

Щоправда, ця ідея поки що доволі неоднозначно сприймається різними європейськими державами, що знаходить свій відбиток у наявності кардинально різних способів конституційного формулювання принципів взаємовідношення національного та міжнародного права. Скажімо, на відміну від згаданого вище безумовного примату міжнародного права над національним, у конституціях ряду держав зустрічаються своєрідні «умовні» репрезентації такої пріоритетності. Зміст останніх полягає в нормативному визначенні тих «умов» (тобто обмежуючих обставин), що встановлюють рамки дієвості принципу примату міжнародного права над внутрішньонаціональним законодавством. Наприклад, ст. 55 Конституції Франції передбачає можливість відступу від дотримання даного принципу за умови невиконання договірних зобов'язань іншими учасниками міжнародної домовленості: «Договори чи угоди, належним чином ухвалені або ратифіковані, з моменту їхньої публікації мають силу, яка перевищує силу внутрішніх законів, за умови застосування такого договору чи угоди іншою стороною».

Зрештою, розглядуваний примат може обмежуватися його поширенням не на будь-які міжнародні домовленості, але принаймні на загальновизнані принципи і норми міжнародного права (як це має місце в основних законах Греції, Словенії, Чорногорії тощо).

¹ Див.: Данильян О. Г. Гармонізація європейського й національного права: теоретико-методологічний аспект / О. Г. Данильян // Європейські інтеграційні процеси та трансформація права на постсоціалістичному та пострадянському просторі: Матеріали міжнародного науково-практичного семінару (Київ, 23–24 вересня 2005 р.). – К., 2006. – С. 99.

Однак, попри відзначену новітню тенденцію встановлення пріоритетності міжнародного права перед національним, на сьогодні в конституціях багатьох держав цей принцип взагалі не закріплений (особливо це стосується країн, що поки не стали членами ЄС). Прикладом тому може служити і Основний Закон України, що не містить жодних нормативних положень, з яких (бодай в умовно обмеженій формі) випливав би примат міжнародного права чи міжнародних договорів. Можна навіть стверджувати, що чинна українська Конституція передбачає саме зворотний принцип — примат національного права над міжнародним. Адже, як передбачено ч. 2 ст. 9 цієї Конституції, «укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України». Тобто у разі відсутності таких змін ці договори, згідно з ч. 1 тієї ж статті, взагалі не розглядатимуться як частина національного законодавства України, а тому й ні про який їхній «примат» не може бути й мови.

До речі, формулювання ч. 1 ст. 9 Основного Закону України видається дещо суперечливим. Воно, як відомо, визнає за чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, статус частини національного законодавства України. Однак «законодавство зазвичай розглядається як сукупність актів внутрідержавного права, до яких міжнародні договори не віднесені»¹. Тож, з метою усунення такої термінологічної невідповідності та спричинюваної нею суперечливості формулювання цього конституційного положення, вбачається за доцільне в даному контексті вести мову не про «національне законодавство України», а про «внутрішнє *право* України» (оскільки останнє поняття є значно ширшим за своїм логічним обсягом, що охоплює не тільки систему внутрідержавного законодавства, а й систему всіх чинних юридичних принципів і норм певної держави чи міждержавного політико-правового об'єднання).

Якщо ж у конституції певної держави ні в явній, ні у латентній формі не передбачається примат міжнародних договорів, то при цьому так чи інакше, за умови ратифікації міжнародного договору, останній набуває сили закону для даної держави.

З іншого ж боку, варто відзначити й ту обставину, що саме по собі конституційне закріплення пріоритетності міжнародно-правових норм та договорів перед національними законами логічно не передбачає

¹ Див.: Шаповал В. Конституція і міжнародне право: до питання про взаємозв'язок та взаємовплив / В. Шаповал // Право України. – 2009. – № 7. – С. 92.

необхідності поширення цього примату на сам *основний* закон: будучи базисним щодо решти законодавчо-нормативних положень, він разом з тим не є «основою самого себе». Справді, якщо положення А є підставою для обґрунтування положення В, то це, напевне, аж ніяк не означає, що А обґрунтовує А (тобто є повністю самодостатнім). Тож ідея конституційного визнання примату міжнародного права над національним жодним чином не підриває самої національної конституційності, а, отже, й не суперечить традиційно інтерпретованій ідеї державного суверенітету.

Хоча, звичайно ж, беручи членство у міжнародних політичних об'єднаннях, держави-учасниці відповідної інтеграційної угоди мають поступитися частиною свого суверенітету на користь наднаціональних інституцій. Як, наприклад, задекларовано в ч. 2 ст. 24 Конституції Німеччини, «федерація може з метою забезпечення миру увійти в систему взаємної колективної безпеки; при цьому вона погодиться на обмеження своїх суверенних прав з метою встановлення й забезпечення мирного та стійкого ладу в Європі, а також у відносинах між народами усього світу». Зокрема, «для створення об'єднаної Європи Федеративна Республіка Німеччина бере участь у розвитку Європейського Союзу, котрий відданий принципам демократії, правової, соціальної та федеративної держави, а також принципу субсидіарності і забезпечує, по суті, аналогічно даному Основному Закону захист основних прав. Для цього Федерація може шляхом прийняття закону, що потребує схвалення Бундесрату, передавати суверенні права» (ч. 1 ст. 23).

Для тих же держав, котрі у своїх зовнішніх політичних відносинах не обмежені подібними договірними зобов'язаннями, характерним є закріплення в основних законах принципу верховенства національної конституції щодо міжнародних договорів. Скажімо, ч. 6 ст. 125 Конституції Російської Федерації передбачається, що міжнародні договори, які їй не відповідають, «не підлягають введенню в дію та застосуванню»; згідно зі ст. 8 Конституції Білорусі, взагалі не допускається укладання договорів, що суперечать даній Конституції, тощо.

Але ж як бути у тому разі, коли суперечливість спостерігається не тільки між національним конституційним законодавством та міжнародними договірними нормами, але й усередині самого цього законодавства? Адже, як відомо, практично будь-яка конституція не є абсолютно бездоганною щодо відсутності невизначеностей, колізій та прогалин (не згадуючи вже про труднощі в забезпеченні її адекватнос-

ті доволі мінливим динамічним тенденціям розвитку політико-правової реальності). На такі випадки Парламенту України, наприклад, висловлюються пропозиції «внести зміни до ст. 9 Конституції України, щоб не тільки чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, були частиною національного законодавства України, як є нині, а й визнавався примат норм міжнародного права над національним у разі колізії норм законодавства»¹.

Щоправда, варто, мабуть, визнати таку пропозицію доречною винятково як «екстрений» тимчасовий захід: по-перше, тому, що принципи і норми міжнародного права є надто узагальненими та абстрактними, щоб бути спроможними замінити собою більш адаптоване та специфіковане національне законодавство; по-друге, колізійність останнього є сигналом про необхідність його термінового коригування або ж навіть реформування у напрямі «зняття» його внутрішніх суперечностей та гармонізації з міжнародним правом; мірою ж успішності таких корективних процедур розглядувана пропозиція втрачатиме свою актуальність.

У контексті новітньої європейської політико-правової організації спостерігається тенденція посилення ролі судової влади (особливо з появою конституційних та наднаціональних судів). Ця обставина зумовлена насамперед ознаками кризової ситуації в системі парламентаризму, не спроможного надати належної підтримки урядові стосовно забезпечення та захисту основних прав людини і громадянина, котрі, відповідно, все частіше доводиться відстоювати і поновлювати через звернення до судових органів.

В Україні ж, котра обрала для себе шлях до об'єднаної Європи, стан правосуддя є досить віддаленим від задовільного (щодо цього достатньо згадати той факт, що Україна входить до числа «висококорумпованих» держав світу; при цьому основним джерелом корупції в нашій країні виступають суди та правоохоронні органи). Тож участь України у процесах євроінтеграції передбачає термінове реформування судової системи, починаючи з конституційних засад її функціонування. Наприклад, при визначенні повноважень Федерального Конституційного Суду Основним Законом ФРН, зокрема, у п. 4а ст. 93 цього Закону передбачено, що даний орган виносить рішення «за конституційними скаргами, які можуть бути подані будь-якою особою, що заявляє про порушення державною владою одного з її основних прав або

¹ Див.: Карпачова Н. Міжнародні стандарти у галузі прав і свобод людини та проблеми їх реалізації в Україні / Н. Карпачова // Право України. – 2009. – № 4. – С. 20.

одного з прав, зазначених в абзаці 4 статті 20, статтях 33, 38, 101, 103 та 104». У той же час чинна Конституція України, як це випливає із ст. 150, не передбачає можливості звернення до Конституційного Суду громадян, котрі не входять до наступного переліку посадових осіб та органів влади: Президент України, не менш як 45 народних депутатів України, Верховний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та Верховна Рада Автономної Республіки Крим.

Окрім цього, вітчизняна судова система є невиправдано ускладненою (за рахунок специфікації судів аж до вищого рівня включно, надмірної багатоступінчастості судової влади тощо). Ця система й надалі продовжує розростатися, що, на жаль, аж ніяк не позначилося відчутними позитивними наслідками щодо сприяння її оптимізації. Скажімо, господарські та адміністративні суди в Україні мають по чотири інстанції, «чого не можуть собі дозволити навіть США та Німеччина»¹. Отже, «судова система має бути максимально спрощеною і доступною для громадян. Суддів місцевих судів має обирати народ. Спеціалізація повинна стосуватися суддів у місцевих судах, а на вищому рівні достатньо обмежитися відповідними палатами у складі Верховного Суду України. Слід також скоротити судові ланки і посилити авторитет Верховного Суду України як вищої координуючої інстанції, скасувати конституційну норму про те, що судді обіймають посаду безстроково (ст. 126 Конституції України)»².

Варто зауважити, що процеси гармонізації європейського та українського національного права ускладнюються ще й тією обставиною, що сама уніфікація правової бази Євросоюзу постійно стикається із суттєвими перешкодами, пов'язаними насамперед з проблемою взаємозгодження суверенних прав держав, котрі є членами цієї організації, та повноважень органів наднаціональної влади. Схоже, саме через прагнення ряду держав, принаймні у публічно-правовій сфері, зберегти неподільний суверенітет та національну юрисдикцію проект Конституції Європейського Союзу досі не був прийнятий (оскільки для визнання його легітимності потрібна згода всіх країн, що є членами даного політичного об'єднання).

Цілком очевидно (хоча б навіть з огляду на усталену ідею непорушності національного суверенітету), що створення інтегрованого правового поля в Європі не може здійснюватись у вигляді певної «уні-

¹ Див.: Шемшученко Ю. Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму та державного управління в Україні / Ю. Шемшученко // Право України. – 2009. – № 11. – С. 23.

² Там само.

фікаційної диктатури». Відповідно, «останнім часом зростає роль модельних актів в уніфікації правових норм. Такі акти є законодавчими актами рекомендаційного характеру, що містять типові норми та дають нормативну орієнтацію для законодавця. Вони не є обов'язковими для законодавчих органів і служать для них нормативним стандартом»¹. Тим самим стосовно країн, котрі беруть участь у євроінтеграційних процесах, забезпечується сприяння тому, щоб, по можливості, нівелювати невинновдані розбіжності при регулюванні однотипних відносин та ситуацій. Також при цьому уможливується врахування й органічне поєднання національних правових традицій, загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, політики наддержавних інституцій, світового міжнародно-правового досвіду та культурно-етнічної специфіки правовідносин при модернізації національних законодавств.

Разом з тим згадану «уніфікацію» не варто розуміти як спрямованість на створення певного «єдиного наднаціонального права», котре б прийшло на зміну праву національному. По-перше, зробити це було б практично неможливо (вже хоча б через кардинальні розходження в принципах самої організації юридичних систем, що належать до різних правових сімей). По-друге, культурно-цивілізаційна самоідентифікація особи є найдавнішою та найстійкішою серед усіх інших її форм; однак врахувати цю обставину (з метою згладжування конфліктності в суспільстві між представниками різних культур) значно ефективніше можна саме на національному рівні при плідній співпраці державних та громадських організацій. Тож на тлі інтеграційних процесів із притаманним їм посиленням значущості міжнародного права ані трохи не зменшується роль національного конституційного законодавства у регулюванні та здійсненні функцій держави як у внутрішній, так і у зовнішній її політиці. При цьому основним засобом оптимізації таких процесів має бути не стільки «апріорна уніфікація» закону, скільки юридичне сприяння налагодженню ефективної й багатобічної інтернаціональної взаємодії державних та недержавних структур, спрямованої на якомога повніше здійснення прав людини, загальне благо та процвітання. Адже лише в контексті розгортання й систематизації такої взаємодії активізуються самоорганізаційні ме-

¹ Див.: Кондович В. Ю. Про несумісність європейського й українського національного права / В. Ю. Кондович // Європейські інтеграційні процеси та трансформація права на постсоціалістичному та пострадянському просторі : Матеріали міжнародного науково-практичного семінару (Київ, 23–24 вересня 2005 р.). – К., 2006. – С. 84.

ханізми правового смислоутворення, «дух» та нормативність якого зрештою мають знайти своє втілення в «літері» закону. Інакше легітимність (а отже, й зобов'язувальну силу та фактичну дієвість) останнього гарантувати буде досить важко.

Украинская Конституция в свете проблемы гармонизации национального и европейского права

В статье анализируются некоторые основные дилеммы реформирования украинской Конституции в контексте современных интеграционных процессов в Европе, а также потенциальные пути и факторы их разрешения.

Ключевые слова: конституционная реформа в Украине, гармонизация европейского и национального права.

The article deals with the analysis of some main dilemma of the Ukrainian Constitution's reforming in the context of modern integrative processes in Europe, and also the potential ways and factors of their dissolution.

Keywords: constitutional reform in Ukraine, harmonization of European and national law.

УДК 340.12

І. Гетьман, кандидат юридичних наук
провідний науковий співробітник НДІ
державного будівництва та місцевого са-
моврядування НАПрН України

Опосередкованість розвитку національного громадянського суспільства правовим забезпеченням процесів інформатизації за реалій постмодерну

Відповідно до контексту європейського вибору України необхідно враховувати те, що в епоху постмодерну зміцнення фундаменту національного громадянського суспільства розглядається як один із головних напрямів вирішення питань, обумовлених глобалізаційними та інформатизаційними процесами.

Наукове дослідження заявленої проблематики на сторінках цієї роботи має за мету проілюструвати первинність громадянського суспільства (у тому числі й національного) перед державою, обґрунтувати необхідність, умови і завдання створення його інститутів, роль та призначення права у цьому процесі; взаємозв'язок і взаємодію процесів створення інформаційного суспільства й побудови національного громадянського суспільства за допомогою законодавчого регулювання. Як наріжна ідея концепції національного громадянського суспільства виступає наукове обґрунтування розвитку суспільства і держави процесами соціалізації людини, характером відносин індивідів та їх утворень, в які вони вступають на основі взаємного визнання власних невід'ємних прав як суб'єктів, з чітко окресленим правовим статусом. Крім того, у підсумках набуде свого теоретичного доведення детермінація розвитку інститутів громадянського суспільства процесами глобальної інформатизації.

Для вирішення поставлених теоретичних завдань звернімося до вивчення тієї обставини, яким чином побудована громадянська взаємодія (спілкування) між індивідами у соціумі. Дійсно, погодимося з поглядами більшості вчених про те, що суспільство як визначена система соціальних взаємин не може перебувати у стані хаосу, відносини між суб'єктами мають бути врегульовані у певний спосіб залежно від ролі в них державних чи недержавних підстав і механізмів.

мів¹. Як правило, низький рівень соціальної активності індивідів, відсутність громадянських об'єднань чи їх недосконалість компенсується надмірним втручанням у суспільні відносини з боку інститутів державної влади².

На противагу цій ситуації наявність широкого кола питань з організації сумісної життєдіяльності людей, які вирішуються автономно в межах різних вільно створених останніми інституцій (об'єднань), істотно знижує потребу у використанні засобів державного примусу. З цих позицій уявляється можливим зробити висновок про те, що природний процес формування державної влади опосередкований приватними інтересами, на підставі яких індивіди вступають у соціально значущі взаємовідносини, які у подальшому консолідуються інституціями громадянського суспільства.

Таким чином, беручи до уваги все викладене вище, можна охарактеризувати спрямованість побудови національного громадянського суспільства як сфери найбільшого переплетіння суспільного і приватного, відокремленого від держави; як інституту, в якому громадяни створюють об'єднання і асоціації відповідно до їх індивідуальних потреб та інтересів. Поряд з цим для повноцінного функціонування громадянське суспільство вимагає наближення у побудові до ефективного демократичної й правової держави. Остання необхідна задля обмеження егоїстичних і антисоціальних потягів, характерних для індивідів, які складають суспільство, а також для виконання окремих функцій із розвитку та захисту соціуму. Саме під таким кутом зору демократична країна і національне громадянське суспільство повинні й можуть виступати як рівноправні суб'єкти соціальної взаємодії.

Виходячи з наведеного, ідея громадянського суспільства розглядається у правовій науці як філософська концепція розвитку людського суспільства, причому чільне місце в ній посідає людина, її життя, ін-

¹ Див. у зв'язку з цим: Петришин О. Громадянське суспільство – підґрунтя формування правової держави в Україні / О. Петришин // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3. – С. 142–161; Загальна теорія держави і права : [підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф. акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – С. 465–479; Данильян О. Г. Виникнення та особливості правосвідомості глобального громадянського суспільства / О. Г. Данильян, Ю. Ю. Калиновський // Проблеми глобалізації та геополітичний вектор розвитку України : 36. тез (за матеріалами XIX Харківських політологічних читань). – Х., 2007. – С. 41–43.

² Див. детальніше: Гетьман І. В. Концепція правового спілкування: зміст, витоки, перспективи : монографія / І. В. Гетьман. – Х., 2007. – 240 с.

тереси, потреби¹. Отже, за наявності такої ситуації громадянське суспільство набуває свого прояву зовні у численних громадянських інститутах, котрі створюються індивідами і функціонують на засадах самоврядування (серед них: приватні підприємства, комерційні організації, об'єднання за інтересами, політичні партії, громадські організації, профспілки, недержавні засоби масової інформації тощо). Як було вже встановлено раніше, інститути громадянського суспільства обумовлені безпосередніми потребами та інтересами людей (серед основних потреб: життя, свобода, безпека, приватна власність). Взаємозв'язок, який існує в громадянському суспільстві між індивідами, є характерною рисою різних видів соціального спілкування, визначальне місце серед яких за умов розбудови правової, демократичної держави належить правовому спілкуванню рівних у власних свободах і правах індивідів, з метою досягнення взаєморозуміння й компромісу². Не піддається оспору обставина, котра встановлює здатність до діалогічних взаємин і досягнення компромісу під час ведення правового спілкування як характеристики *високорозвиненої особистості*. Тільки у нинішніх умовах формування громадянського суспільства, коли розвиток цивілізації унеможливив розуміти право як владний наказ, який засновується на силі примусу, індивід починає бажати досягти діалогічного взаєморозуміння з подібним собі під час правового спілкування. Така обставина продиктована тим, що тільки компроміс і діалогічне спілкування стають надійним знаряддям забезпечення єдності людства, оскільки вони є альтернативою аномії, війнам, революціям, насильству людини над людиною. У зв'язку з цим важливу роль відіграє *рівень правової культури*, особливо суб'єкта правового спілкування, як якісне становище правового життя суспільства, яке характеризується досягнутим рівнем розвитку правової системи — станом і рівнем правової свідомості, юридичної науки, системи законодавства, правозастосовної практики, законності та правопорядку, правової освіти, а також рівнем гарантованості основних прав і свобод людини³. Тому поважне ставлення до права, належний (категорія оці-

¹ Зимогляд В. Я. Феномен громадянського суспільства в контексті глобалізації / В. Я. Зимогляд // Проблеми глобалізації та геополітичний вектор розвитку України : 36. тез (за матеріалами XIX Харківських політологічних читань). – Х., 2007. – С. 63.

² Цит. за: Гетьман І. В. Концепція правового спілкування: зміст, витоки, перспективи : монографія / І. В. Гетьман. – Х., 2007. – С. 126.

³ Див.: Загальна теорія держави та права: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х., 2002. – 432 с.

ночна, але вкажемо її як достатній для повсякденного життя) рівень правової поінформованості, вміння адекватно, відповідно до встановлених взірців, будувати власну модель поведінки, реагувати на опонента і свідчать про рівень правової культури індивіда.

Проілюстровані позитивні тенденції відносно формування громадянського суспільства в Україні можуть набути власного майбутнього розвитку за наявності таких передумов.

По-перше, поступова відмова у розумінні права як одностороннього, державно-владного припису. Право за таких умов має як власне призначення реалізувати дійсно існуюче у його квінтесенції соціально-гуманістичне призначення. Тепер останнє повинно являти собою втілення компромісу і взаємопорозуміння.

По-друге, виникає необхідність відмовитися від превалюючого призначення примусу, оскільки права за умов постмодерну було б не зовсім обґрунтовано вважати тільки системою погроз, які спираються на силу. Аксіологія права тепер здебільшого полягає у встановленні рівноваги між примирювальними процедурами і примусом. Право покликане допомагати знаходити такий компроміс між різними цінностями, котрий дозволяв би людям із різними цінностями (моральними, політичними, соціальними) мирно і, що найголовніше, у безпеці співіснувати разом.

По-третє, під час правового регулювання міжсуб'єктних відносин, що складаються у громадянському суспільстві, пріоритет повинен надаватися примирювальним і погоджувальним механізмам (процедурам) права (правозастосування). Тим більше, що вже у нинішніх умовах національне галузеве законодавство України поступово починає тяжіти саме до такої тенденції. Підтвердженням цього, наприклад, виступають принципи свободи волі договору і диспозитивний метод правового регулювання, закріплені у цивільному законодавстві; діяльність політичних партій та органів самоорганізації населення; правова природа Конституції України, проведення всеукраїнських і місцевих референдумів, всенародних обговорень, опитувань суспільної думки, котрі передбачені у конституційному законодавстві, зазначені у трудовому законодавстві примирювальні процедури з урегулювання індивідуальних і колективних трудових спорів; інститути мирової угоди, відмови від позову й визнання позову, притаманні законодавству про судочинство тощо.

По-четверте, виникає практична необхідність враховувати взаємозв'язок і взаємообумовленість при становленні громадянського

суспільства в Україні процесами глобальної інформатизації, що тягнуть за собою виникнення повноцінного інформаційного суспільства.

Якщо порівняно з минулими десятиліттями вітчизняна юридична наука не оперувала поняттям «інформаційного суспільства», то в нинішніх умовах розвитку соціуму ми можемо взяти на себе сміливість констатувати наявність усіх передумов, і перш за все законодавчих, для формування нової галузі законодавства — інформаційної. Зараз перехід від індустріального суспільства до інформаційного набуває вже не теоретичного, а прикладного характеру і виходячи з цього інформаційні процеси безпосередньо впливають на становлення інститутів громадянського суспільства.

Мотивувальну базу взаємопов'язаності громадянського суспільства та інформаційних процесів підкріплюють твердження дедалі більшого числа теоретиків права як вітчизняних, так й іноземних, оскільки, як вже акцентувалося вище, сучасне суспільство зазнає докорінних змін, які іноді порівнюються з «неолітичною революцією» — виникненням інтенсивних способів ведення господарства, становленням класової структури суспільства і формуванням перших зачатків державності. Сучасний перелом, на думку багатьох вчених, характеризується глобальними ознаками і не має рівних у історії людства. Його сутність — виникнення «якісно нової форми соціальної матерії»¹. Указані раніше зміни стосуються перш за все соціально-економічної сфери. Наприклад, в економічній сфері відбулися трансформації в галузі виробництва, обміну, розподілення і споживання матеріальних благ. Головна з них — всеохоплюючий вплив науки на виробництво. Такий стан суспільства науковці часто називають постіндустріальним суспільством, інформаційним суспільством чи суспільством епохи постмодерну². Економіст В. Л. Іноземцев займався аналізом характерних рис постіндустріального чи «постекономічного суспільства». За часів «економічного суспільства», вважає він, домінував матеріальний інтерес, основним видом діяльності була праця, припускалася експлуатація людини людиною та передбачався оплатний обмін продуктами і діяльністю. У постекономічному суспільстві труд людини наповнюється якісно новою ознакою — він перетворюється на творчість. Основним завданням, яке постає перед людиною, є її розвиток як особистості. Інформація (знання) виступає тепер визначальним критерієм соціаль-

¹ Зиновьев А. А. Великий эволюционный перелом / А.А. Зиновьев. – М., 2000. – С. 451–507.

² Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования / Д. Белл. – М., 1999. – 956 с.

ної диференціації, новим способом панування. Тому сучасна соціальна нерівність викликана не економічними чи політичними факторами, а інтелектуальними¹.

Отже, спираючись на доробок сучасних теоретиків права, ми довели, що стосовно характеристики сучасного суспільства часто використовується термін «інформаційне суспільство». Інформаційне суспільство характеризується динамізмом, ускладненням соціально-економічних, комунікаційних, міжособових зв'язків, запровадженням нових управлінських методів, посиленням значущості так званого «людського» фактору та екологічних вимог. Інформаційно-комунікаційні процеси лежать в основі всіх еволюційних змін в оточуючому нас середовищі. Основою інформаційного суспільства, виходячи вже із самої назви, виступає інформація та вільний обмін нею. Інформація, за таких умов, набуває важливого значення у функціонуванні суспільних і державних інститутів та в житті окремо взятої людини. Однією із важливих ознак соціального прогресу стає зростання інформаційного сектору в економіці. Інформація називається у числі основних ресурсів зростання продуктивності². Такі докорінні зміни в суспільному ладі позначилися і на житті людей. Кожна людина присвячує значну частину свого життя взаємодії з іншими за допомогою самовизначення у мовленнєвих актах, на письмі й спілкуванні з іншими, в ході якого індивіди досягають більш повного і багатого втілення своїх потреб, головна з яких — потреба один в одному³. За таких умов первинною для людини стає не вартість праці, а вартість знань. Традиційний ринковий тип господарювання, основу якого становить індустріальний спосіб виробництва, зазнає трансформації під впливом позитивних надбань науково-технічної й інформаційно-комунікаційної революції, оскільки сучасне суспільство нерозривно пов'язане з інноваційною діяльністю.

Таким чином, на підставі викладеного вище можна зробити висновок про те, що можливість швидкого обміну різноманітною інформацією (політичною, економічною, науковою тощо), застосування прогресивних інформаційних технологій в усіх сферах суспільного життя й особливо у виробництві та управлінській сфері є благом для людей,

¹ Иноземцев В. Л. Собственность в постиндустриальном обществе и исторической ретроспективе / В. Л. Иноземцев // Вопр. философии. – 2000. – № 12. – С. 10–12.

² Шеннон К. Работы по теории информатизации и кибернетике: Сб. ст. / К. Шеннон: [пер. с англ. А. Н. Колмогорова]. – М., 1963. – С. 54.

³ Воронин А. А. Техника как коммуникационная стратегия / А. А. Воронин // Техника, общество и окружающая среда: Материалы междунар. науч. конф. (18–19 июня 1998 г., Москва). – М., 1998. – С. 98.

оскільки вільний доступ до інформації, свобода обміну нею та процеси комунікативної взаємодії (спілкування) між індивідами сприятимуть становленню особистості.

Європейське співтовариство з 1994 р. визначило пріоритетним завданням побудову інформаційного суспільства. Приблизно з цього часу побудова інформаційного суспільства відбувається і в нашій державі. Так, III розділ Закону України «Про концепцію Національної програми інформатизації»¹ закріплює необхідність проведення державної політики інформатизації, як складової частини соціально-економічної політики держави в цілому, задля створення сучасної інформатизаційної інфраструктури з урахуванням усіх світових тенденцій і досягнень, що сприятиме рівноправній інтеграції України у світове співтовариство та вирішенню комплексу поточних і перспективних завдань розвитку України як незалежної, демократичної держави з ринковою економікою. Статтею 2 Закону України «Про Національну програму інформатизації»² (надалі — Закон) вказується на важливість формування в нашій державі власної Національної програми інформатизації, яка являє собою комплекс взаємопов'язаних окремих завдань (проектів) інформатизації, спрямованих на реалізацію державної політики та пріоритетних напрямів створення сучасної інформаційної інфраструктури України за рахунок концентрації та раціонального використання фінансових, матеріально-технічних та інших ресурсів, виробничого і науково-технічного потенціалу держави, а також координації діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій усіх форм власності і громадян у сфері інформатизації. Створення Національної програми інформатизації головним чином має за мету створити необхідні умови для забезпечення громадян та суспільства своєчасною, достовірною та повною інформацією шляхом широкого використання інформаційних технологій, забезпечення інформаційної безпеки держави (ст. 5 Закону). Крім того, з метою виконання завдань, закріплених у Міжурядовій програмі ЮНЕСКО «Інформація для всіх», в Україні працює Національний координатор³, який проводить діяльність відповідно до загальних рекомендацій ЮНЕСКО в галузі створення та розвитку інформаційного суспільства, системи інформації та комунікації (п. 1 Положення «Про Національного координатора Міжурядової програми ЮНЕСКО

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 182.

² Там само. – Ст. 181, з наступними змінами.

³ Офіц. вісн. України. – 2004. – № 31. – Ст. 2066.

“Інформація для всіх”» (надалі — Положення). З цією метою Національний координатор має право відповідно до п. 4 Положення: аналізувати проекти державних цільових програм, спрямованих на реалізацію основних напрямів Міжурядової програми ЮНЕСКО «Інформація для всіх» (надалі — Програма); проводити моніторинг реалізації основних напрямів Програми; налагоджувати співробітництво з національними органами країн — членів ЮНЕСКО, що здійснюють координацію робіт із реалізації основних напрямів Програми; узагальнювати досвід роботи з використання інформаційно-комунікаційних технологій в Україні та забезпечувати широкий доступ до інформації тощо.

Усе розглянуте вище у найбільш структурованому вигляді може проілюструвати твердження О. І. Ракитова. Так, вчений підсумовує, що суспільство може вважатися інформаційним у випадку, якщо: кожен індивід, група осіб, підприємство чи організація в будь-якій частині держави незалежно від часу доби можуть отримати за відповідну оплату чи на безкоштовній основі на підставі автоматизованого доступу систем зв'язку всіляку інформацію і знання, необхідні для їх життєдіяльності чи вирішення особистих або ж соціально значущих завдань. При цьому в суспільстві створюється, функціонує і доступна будь-якому індивіду, групі осіб чи підприємству й організації сучасна інформаційна технологія¹.

Викладене на сторінках цієї статті надає можливість зробити такі висновки стосовно становлення національного громадянського суспільства під час побудови глобального інформаційного простору за умов епохи постмодерну. Перш за все, необхідно враховувати той факт, що формування громадянського суспільства в Україні (як і в більшості країн пострадянського простору) почалося порівняно зі світовими критеріями відносно нещодавно і беручи їх за взірць, таких що переживають вже процеси побудови соціальної держави, ще знаходиться на початку шляху до «суспільства масового споживання і масової культури»². Окрім цього, становлення громадянського суспільства в Україні проходить за умов вкрай неоднозначної політичної ситуації відстоювання власного суверенітету і державної незалежності. І, наостанок, слід враховувати той факт, що в ситуації відстоювання власної, якісно нової ідеології всесвітні інформаційно-глобалізаційні процеси

¹ Цит. за: Ракитов А. И. Философия компьютерной революции / А. И. Ракитов. – М., 1991. – С. 32–33.

²

не завжди сприяють етапності і врівноваженості запровадження національної ідеї, що істотно впливає на суб'єктивну компоненту процесу формування інститутів громадянського суспільства.

Гетьман І. В. Опосередкованість розвитку національного громадянського общества правовим забезпеченням процесів інформатизації в реаліях постмодерну.

Робота посвячена дослідженню процесу становлення національного громадянського общества і ілюстрації факта організації соціума з точки зору первинності громадянського общества перед державою, в нинішніх умовах правового регулювання побудови інформаційного общества. Також була теоретично доведена детермінація розвитку інститутів громадянського общества процесами глобальної інформатизації в ситуації постмодерну.

Ключевые слова: громадянське общество, національне громадянське общество, інформаційне общество, глобалізаційні процеси, постмодерн.

Get'man I. V. Determinism of a development a national civil society by legal guarantee processes of the informatization in the real of postmodern.

The article dedicates to the investigation of the process to become of a national civil society and to illustration the fact of the organization sociality in a point of view the first place civil society before the states nowadays, in the conditions lawful regulation to build the information society. Also were theoretical proved the determinism of a development the institution of civil society from the side of global information processes in the situation of postmodern.

Keywords: a civil society, a national civil society, the information society, the global processes, postmodern.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

А. Козаченко, кандидат юридичних наук,
доцент Полтавського юридичного інсти-
туту Національного університету «Юри-
дична академія України імені Ярослава
Мудрого»

Організаційно-правова діяльність земського самоврядування з метою модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин (1865–1890 рр.)

Селянська реформа 1861 р. викликала процес модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин. Найважливішою складовою трансформування аграрних суспільних відносин, і зокрема відносин власності, була проблема формування ринку землі та фермерських господарств. Досвід проведення таких реформ, на думку багатьох вчених, залишається актуальним і в наш час.

Уперше проблеми земельного ринку торкнулися земські статисти-ки та економісти О. О. Русов, М. В. Порш, О. М. Зак, В. В. Святловський. У радянський період побачили світ наукові праці з питань формування ринку землі в українських губерніях М. Н. Лещенка, В. П. Теплицького, С. М. Дубровського, І. О. Гуржія та інших істориків. Формування ринку землі після проголошення незалежності України стимулювало науковий інтерес щодо цього процесу. Історичні дослідження становлення аграрного ринку у другій половині XIX ст. проводили О. П. Рєснт, Ю. П. Присяжнюк, І. В. Хміль, В. М. Шевченко, М. А. Якименко¹. Окремі аспекти участі земського самоврядування у цьому процесі стали предметом вивчення вчених-земствознавців А. І. Лохматової, Т. В. Лобас та ін.²

¹ Див.: Шевченко В. М. Проблема ринкових аграрних відносин в Україні другої половини XIX – початку XX ст. в історіографії / В. М. Шевченко // Укр. іст. журн. – 2007. – № 5. – С. 188–205.

² Див.: Лохматова А. І. Катеринославське земство / А. І. Лохматова. – Запоріжжя, 1999. – С. 48–66; Лобас Т. Земські заклади і становлення інститутів управління аграрною галуззю економіки Лівобережної і Слобідської України у другій половині XIX – на початку XX ст. / Т. Лобас // Наук. зап. – Вип. 45. – К., 2002. – С. 44–51.

З огляду на актуальність зазначеної проблеми автор статті поставив собі за мету на прикладі Полтавського земства розкрити роль земського самоврядування у процесі модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин на селі у період з 1865 по 1890 рр.

Як відомо ринок землі складає основу для формування ринкових відносин у аграрній галузі. Законодавство Російської імперії про скасування кріпосного права 1861 р. врегульовувало порядок викупу селянами землі у поміщиків. Однак процес формування ринку землі гальмувався низкою факторів: малоземеллям, відсутністю коштів у селян, урядовою політикою, що мала за мету захист поміщицького землеволодіння, протидією дворянства. У другій половині XIX ст. царський уряд не мав чіткого та послідовного плану проведення реформ. Консервативна частина дворянства, поміщики та державні чиновники схилилися до необхідності реалізації пруського шляху розвитку ринкових відносин на селі, який мав еволюційний характер і передбачав поступову трансформацію аграрних відносин, збереження поміщицького землеволодіння та панщини. Ліберальне крило дворянства, буржуазія й селянство підтримували американський революційний шлях розвитку аграрних відносин, який мав за мету створення великих фермерських господарств¹. Така невизначеність суспільства і держави відповідним чином позначалося на діяльності земських установ.

Важливою складовою організаційно-правової діяльності земського самоврядування було забезпечення динамічного розвитку аграрного виробництва. Пріоритетність такого напрямку діяльності зумовлювалася кількома факторами. По-перше, соціальними протиріччями у селянському середовищі після скасування кріпосного права 1861 р. По-друге, аграрним характером виробництва Російської імперії взагалі та Полтавської губернії зокрема. По-третє, низьким рівнем продуктивності праці аграрної галузі і як наслідок — недостатнім забезпеченням населення продуктами харчування. Після реформи 1861 р. у Полтавській губернії 2/3 селянських господарств складали малоземельні одноосібні господарства, які мали натуральний характер. У таких господарствах використовувалися примітивні засоби праці та агротехніка, що було причиною надзвичайно низького рівня продуктивності праці. Унаслідок продажу землі суттєво скоротилося дворянське землеволодіння, яке становило основу товарного господарства. Стрімке зростання кількості населення стало причиною малоземелля, що спри-

¹ Див.: Литвак Б. Г. Переворот 1861 года в России: почему не реализовалась реформаторская альтернатива / Б. Г. Литвак. – М., 1991. – С. 257.

чинило зростання цін на землю. Якщо в 60-ті роки XIX ст. десятина землі у Полтавській губернії коштувала близько 20 крб, то на початку XX ст. її вартість зросла до 300 крб за десятину¹.

Положення про губернські і повітові земські установи 1864 р. (далі — Положення) до відання земських установ відносило «місцеві господарські справи». Стаття 2 Положення 1864 р. вказувала, що до відання земства належали забезпечення населення продуктами харчування, здійснення протиепізоотичних заходів, захист посівів зернових та інших сільськогосподарських культур, організація боротьби із природними шкідниками². Окрім цього діяльність земства в аграрній галузі регламентували загальноімперські нормативно-правові акти Державної ради, Сенату, Комітету міністрів; циркуляри, положення, інструкції, програми та правила Міністерства внутрішніх справ, Міністерства державного майна і Міністерства землеробства; циркуляри і розпорядження губернаторів, розпорядження уповноваженого від Міністерства землеробства по Полтавській губернії, управляючих державним майном та удільною конторою, губернських та повітових агрономів і ветеринарних лікарів.

До 90-х років XIX ст. Полтавське земство не мало спеціальних органів, які б забезпечували виконання заходів, спрямованих на розвиток виробництва сільськогосподарської продукції. Для вивчення окремих проблем селянства і аграрної галузі земські збори під час кожної сесії формували тимчасові комісії. Втім у складі земських управ спеціального відділу для організації ведення місцевого господарства у цій галузі не існувало.

Земства співпрацювали із сільськогосподарськими товариствами, які були створені у 1865 р. Полтавське сільськогосподарське товариство тривалий час очолював відомий земський діяч Д. К. Квітка³. Сільськогосподарські товариства — громадські організації, до складу яких входили представники від селянських господарств, волосного й сільського управління. При розгляді проблем аграрної галузі представники сільськогосподарських товариств запрошувалися на засідання земських установ. За їх участю Полтавське земство розглядало питання кредитування селян, торгівлі зерновими культурами, проведення виставок,

¹ Див.: Панченко П. П. Аграрна історія України : підручник / П. П. Панченко, В. А. Шмарчук. — К., 2000. — С. 34–35.

² Положение о губернских и уездных земских учреждениях 1864 г. // Полн. собр. законов Рос. империи. — СПб., 1867. — Собр. 2. — Т. XXXIX. — № 40457. — С. 2.

³ Див.: Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865–1892 гг.). — Полтава, 1893. — С. 73.

створення дослідних полів, проведення статистичних досліджень. Як зазначав Б. Б. Веселовський, губернське земство надавало значної допомоги Полтавському сільськогосподарському товариству¹.

Під час сесій 1866–1868 рр. губернські земські збори визначили коло проблем, які існували в аграрній галузі після реформи 1861 р. Земство ухвалило низку постанов, що передбачали вирішення цих проблем за допомогою пільгового фінансування і кредитування безземельних та малоземельних селян. У 1867 р. губернське земство запропонувало уряду створити Центральну земську кредитну контору, яка б забезпечувала діяльність кредитних установ на місцях². Однак фінансові пропозиції земства не знаходили підтримки уряду. Лише у 1872 р. земство організувало діяльність кредитно-ощадних товариств для надання дрібних короткострокових кредитів селянам.

У 80-ті роки XIX ст. завдяки діяльності поміркованої дворянської партії на чолі з О. В. Заленським, який очолив також губернську земську управу, процес надання фінансової допомоги селянам для купівлі землі помітно активізувався. Особливо цьому сприяло упровадження Селянського поземельного банку, відділення якого розпочало свою роботу в Полтаві у 1883 р. Відповідно до Положення про Державний селянський поземельний банк від 18 травня 1882 р. банк надавав іпотечний кредит на суму не більше 500 крб під 8,5 % річних терміном на 24,5 — 34,5 років залежно від суми кредиту. За статтями 5 та 6 Положення до складу правління банку входило троє осіб, двох із них обирали земські збори, що давало можливість земству брати участь в управлінні відділенням банку³.

У 1880 р. уряд підтримав пропозицію Полтавського земства про створення земельного банку, який надавав кредити на суму до 100 крб під заставу землі терміном на 43,5 років під 6 % річних⁴. Створена у 1881 р. піклувальна рада розглядала питання кредитування безземельних і малоземельних селян за рахунок земського бюджету. Для цього у 1882 р. губернське земство заснувало спеціальний фонд і щорічно виділяло 10 тис. крб для купівлі селянами землі. У 1884 р. земські

¹ Див.: Веселовский Б. История земства за 40 лет / Б. Веселовский. – Спб., 1911. – Т. 4. – С. 293.

² Див.: Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865 – 1892 гг.). – Полтава, 1893. – С. 68.

³ Див.: Головка О. М. Участь адміністративно-поліцейського апарату, органів самоврядування в управлінні державними фінансами Російської імперії на українських землях (кінець XVIII – початок XX ст.): монографія / О. М. Головка. – Х., 2005. – С. 138.

⁴ Див.: Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865 – 1892 гг.). – Полтава, 1893. – С. 68, 71.

збори схвалили «Статут піклування», яким передбачалося надання фінансової допомоги малоземельним селянам із питань довгострокової оренди або купівлі землі, сприяння щодо працевлаштування або переселення в іншу місцевість, надання фінансової допомоги у випадку стихійного лиха¹.

Роль земства у здійсненні іпотечного кредитування зросла із прийняттям закону від 2 травня 1886 р., згідно з яким покупець землі міг звернутися до повітової земської управи з клопотанням провести експертизу якості землі та встановити її вартість. Результати експертизи земство направляло до місцевого відділення Селянського поземельного банку для визначення суми позички. Згідно зі ст. 28 зазначеного закону повітова земська управа могла підтримувати прохання перед банком несумлінного позичальника про надання пільг у сплаті кредиту, якщо це було зумовлено незалежними від порушника обставинами².

Проблему фінансового забезпечення ринку землі намагалися вирішувати повітові земства. Прилуцьке, Роменське і Хорольське земства неодноразово порушували перед губернським земством питання про створення товариств взаємного кредиту, але за відсутності відповідної нормативної бази їм було відмовлено. Проти надання селянам фінансової допомоги з метою купівлі землі виступало консервативно налаштоване дворянство. Так, гласний Миргородського земства граф П. А. Капніст у 1881 р. наполягав на винесенні догани членам управи за те, що вони порушили питання про надання допомоги селянам щодо придбання землі³.

Таким чином, у 70–80-ті роки XIX ст., незважаючи на протидію царського уряду та консервативного дворянства, земство розпочало фінансування викупу селянами землі. Завдяки фінансуванню і кредитуванню селян розпочав формуватися ринок землі. Землю змогли придбати безземельні й малоземельні селяни. Але такі заходи були недостатніми, вони не мали комплексного характеру. Високі відсотки за кредит сприяли підвищенню ціни на землю, приносили надприбутки державі і фінансовій буржуазії та призвели до зубожіння переважної частини селянства.

¹ Див.: Велецкий С. Н. Двадцать пять лет деятельности земства в Полтавской губернии с 1866 по 1892 год. Краткий очерк / С. Н. Велецкий. – Полтава, 1894. – С. 49.

² Див.: Головкин О. М. Участь административно-полицейского аппарата, органов самоуправления в управлении державными финансами Российской империи на украинских землях (конец XVIII – начало XX ст.): монография / О. М. Головкин. – Х., 2005. – С. 139.

³ Див.: Веселовский Б. История земства за 40 лет / Б. Веселовский. – Спб., 1911. – Т. 4. – С. 295.

Формування ринку землі та фермерських господарств гальмувалося малоземеллям. Так, за даними Б. Г. Литвака, у Полтавській губернії до реформи 1861 р. селяни користувалися 244 987 дес. землі, а після реформи за умов високих темпів зростання кількості населення обсяг землі у користуванні селян скоротився до 232 269 дес.¹ Офіційно для забезпечення власних потреб мінімальний розмір земельного наділу мав становити 5 дес. на душу населення. Фактично ж у Полтавській губернії він складав лише 1,4 дес. — найменше з усіх українських губерній. А рентабельне ведення фермерського господарства за підрахунками земських економістів могла забезпечити площа орної землі залежно від кліматичних умов від 6 до 9 дес.²

Проблема формування ринку землі перебувала у площині юридичного регулювання поземельних відносин. Селяни могли стати повноправними власниками землі за умови, якщо придбали її за власні кошти. Однак, як відомо, більшість селян таких коштів не мали і змушені були брати кредит. Селянський банк і земські кредитні установи надавали селянам іпотечний довгостроковий кредит із терміном погашення у середньому від 24 до 34 років. До моменту виплати кредиту селянин, перебуваючи на становищі землекористувача, не мав права розпоряджатися землею.

Згідно із законодавством Російської імперії повноправними власниками землі не були селяни-общинники. Вони перебували на становищі землекористувачів, адже право розпоряджатися землею належало общині. Селяни-общинники не мали права покинути общину без її дозволу, що гальмувало формування не тільки ринку землі, а й ринку праці. За даними дослідників зазначеної проблеми, які суттєво різняться, на території Лівобережних губерній України територія общинної землевласності складала від 33 % до 43 %³. Вирішення цієї проблеми ускладнювалося тим, що селяни, як правило, виступали за збереження общини.

У 80-ті роки XIX ст. у земців виникло розуміння необхідності наукового вивчення проблеми модернізації аграрної галузі. Першим кроком на цьому шляху стало проведення статистичних досліджень.

¹ Див.: Литвак Б. Г. Переворот 1861 года в России: почему не реализовалась реформаторская альтернатива / Б. Г. Литвак. – М., 1991. – С. 169.

² Див.: Якименко М. А. Становлення селянського (фермерського) господарства в Україні після скасування кріпосного права (1861–1918 рр.) / М. А. Якименко // Укр. іст. журн. – 1996. – № 1. – С. 4.

³ Див.: Ігнатова Л. Ринкові відносини в Україні в період століпінської реформи на початку XX ст. / Л. Ігнатова // Історія України. – 2000. – № 34. – С. 6.

З цією метою Полтавське земство у 1881 р. запровадило статистичне бюро¹. Програма статистичних досліджень Полтавського земства узгоджувалася з Центральним статистичним комітетом МВС, на який покладался контроль за діяльністю земської статистики. Згідно з програмою статистичні дослідження проводилися за трьома напрямками. Перший напрям передбачав подвірний перепис сільського населення з детальним описом характеру ведення господарства. Другий вид статистичних досліджень полягав у переписі нерухомого майна у містах з метою уточнення суми сплати земського податку з нерухомості. Поточна сільськогосподарська статистика становила третій напрям. Вона полягала в опитуванні селян та інших суб'єктів аграрних відносин (опитуванню підлягало 1500 респондентів) про результати господарської діяльності у поточному році та плани і прогнози на наступний рік. У ході опитування земські статистики отримували інформацію про кількість вирощеної і зібраної продукції, ціни за якими вона була реалізована, про урожайність сільськогосподарських культур².

Проведення статистичних досліджень давало можливість виявляти недоліки аграрного ринку, прогнозувати можливі напрями його розвитку. Керуючись результатами статистичних досліджень, земство давало рекомендації уряду і виробникам сільськогосподарської продукції. Так, наприклад, створена у 1887 р. губернським земством спеціальна комісія на основі результатів статистичних досліджень дійшла висновку про причини, що знижують ефективність торгівлі зерновими культурами. На думку членів комісії, торгівля збіжжям гальмувалася такими факторами, як велика кількість посередників, неналежними умовами зберігання і транспортування зернових, відсутністю контролю за їх якістю. Спираючись на результати роботи комісії, Полтавське земство звернулося до уряду з пропозицією розробити нормативну базу та запровадити відповідні органи, що дало б можливість усунути згадані недоліки. Земство рекомендувало уряду скористатися досвідом США з питань організації експорту зернових, удосконалити митне законодавство, укладати вигідні для експортерів збіжжя міжнародні угоди, розробило рекомендації щодо умов транспортування збіжжя на залізничному транспорті³.

¹ Див.: Журнали Полтавского губернского земского собрания 50 очередного созыва 1914 г. – Полтава, 1915. – С. 16.

² Див.: Велецкий С. Н. Двадцать пять лет деятельности земства в Полтавской губернии с 1866 по 1892 год. Краткий очерк / С. Н. Велецкий. – Полтава, 1894. – С. 76.

³ Там само. – С. 53–55.

Земство започаткувало проведення геологічних та ґрунтово-геологічних досліджень. У 70-ті роки XIX ст. губернське земство на основі проекту Міністерства державного майна розробило власний проект осушення боліт та зрошення земель. Керуючись цим проектом, у Кобеляцькому повіті було запроваджено зрошування земель за допомогою вітряних млинів, у Роменському повіті для зрошення використовували артезіанські свердловини, у Переяславському проведено роботу з осушення боліт. У 1888–1889 рр. на території губернії провела ґрунтово-геологічні дослідження експедиція під керівництвом професора В. В. Докучаєва¹.

З метою проведення агрономічних досліджень у середині 80-х років XIX ст. розпочали свою діяльність Полтавське, Драбівське, Костянтиноградське і Гадяцьке дослідні поля. Основними напрямками діяльності Полтавського дослідного поля було дослідження способів агротехніки обробки ґрунту під озимі культури, використання чистих парів, агротехніка вирощування кукурудзи й картоплі, застосування органічних та мінеральних добрив². Таким чином, земство започаткувало науковий підхід у розвитку землеробства.

Земські комісії дійшли висновку, що однією із найважливіших причин неефективності аграрної галузі був надзвичайно низький рівень культури землеробства і землекористування сільського населення. Свідченням цього було безсистемне землекористування, що спричиняло зниження родючості ґрунту, використання примітивних способів агротехніки, вирубка лісів під посіви тощо. У 1886 р. земство ухвалило постанову, згідно з якою змінити ситуацію на краще можна за допомогою стимулювання культури землеробства, поширення професійних знань і підтримки міграційних процесів. Для вирішення цієї проблеми губернське земство започаткувало п'ять сільськогосподарських шкіл та чотири школи садівництва, лісництва, огородинства і бджільництва.

У другій половині 80-х років XIX ст. земство розпочало поширювати і пропагувати інформацію про прогресивні способи землеробства, про нову сільськогосподарську техніку й реманент, про нові види рослин, породи тварин і птахів. У 1888 р. Полтавське земство організувало участь виробників сільськогосподарської продукції у роботі Харківської всеросійської сільськогосподарської виставки.

¹ Див.: Краткий очерк экономических мероприятий земств 23 губерний России (1865–1892 гг.). – Полтава, 1893. – С. 10–13.

² Программа опытов и работ Полтавской сельскохозяйственной опытной станции // Хуторянин. – 1910. – 23 дек. – № 51. – С. 2122–2123.

Наприкінці XIX ст. Лівобережні губернії були гірше забезпечені сільськогосподарською технікою порівняно з іншими регіонами України. Тому в 1883 р. Полтавське губернське земство порушило питання про шляхи вирішення цієї проблеми. Для розповсюдження сільськогосподарської техніки і реманенту у 1886 р. земство запровадило спеціальні склади з метою організації торгівлі. У 1888 р. губернське земство ухвалило Положення про земські сільськогосподарські склади і асигнувало для облаштування складів у повітах 3 тис. крб. Свої товари земські склади реалізували оптом або у роздріб, за готівку або у кредит за нижчими, порівняно із іншими реалізаторами, цінами. Таким чином, діяльність земських складів давала можливість централизовано забезпечувати селян технікою, контролювати ринок знярядь праці, стримувати зростання цін. Завдяки таким заходам земство сприяло розвитку дрібних селянських господарств.

Полтавське губернське земство надавало фінансову й матеріальну допомогу тим господарствам, які втратили урожай або зазнали інших матеріальних збитків унаслідок природних катаклізмів: посухи, повіні, заморозків, граду; шкідників рослин та хвороб тварин. Так, 1888 р. земство асигнувало для відшкодування збитків від граду 10 тис. крб. Земство допомагало сільськогосподарським товариствам при проведенні весняної оранки землі, зверталось до уряду з клопотанням про необхідність зменшення селянам суми виплат за землю¹.

Таким чином, Полтавське земство здійснило або започаткувало низку організаційно-правових і фінансових заходів, які були спрямовані на покращення ситуації у галузі сільськогосподарського виробництва та соціального захисту незаможних селян. Земство розпочало процес дослідження шляхів і способів модернізації аграрної галузі. Упровадження буржуазних реформ в аграрній галузі мало помітні прогресивні наслідки. За даними Б. Г. Литвака, вивіз збіжжя на експорт порівняно з 1860 р. у 1870 р. збільшився на 73,4 млн пудів — на 44 %, а у 1880 р. на 198 млн пудів². Однак на цьому етапі земство не змогло розробити чіткий план стратегії у вирішенні аграрного питання, що значною мірою зумовлювалося відсутністю такого плану на загальнодержавному рівні. Земство не визначилося із стратегією реформуван-

¹ Журнали Полтавского губернского земского собрания 50 очередного созыва 1914 г. – Полтава, 1915. – С. 42; Систематический свод постановлений и распоряжений Полтавского губернского земства за вторые четыре трехлетия (с 1883 по 1894 г.). – Полтава, 1901. – Вып. II. – С. 938–939.

² Литвак Б. Г. Переворот 1861 года в России: почему не реализовалась реформаторская альтернатива / Б. Г. Литвак. – М., 1991. – С. 255.

ня поземельних відносин. Консервативно налаштована частина гласних — великопомісні дворяни й поміщики підтримували прусський шлях розвитку ринкових відносин на селі, інша частина земських гласних — обуржуазнене дворянство, представники промислової буржуазії і селянство — виступали за американський, революційний шлях розвитку аграрних відносин.

В статье раскрыто организационно-правовую деятельность органов земского самоуправления с целью формирования рыночных отношений в аграрной отрасли на территории Полтавской губернии в период с 1865 по 1890 гг.

Organizational legal activity of zemstvo self-government bodies intended to form market relations in the agrarian field on the territory of Poltava province from 1865 to 1890 is exposed in the article.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347.4

І. Пучковська, кандидат юридичних наук,
доцент Національної юридичної академії
України імені Ярослава Мудрого

Підстави припинення поруки

У науковій літературі питанням, пов'язаним із припиненням поруки як одного з видів забезпечення виконання зобов'язань, приділяється недостатньо уваги, хоча на практиці вони викликають чимало проблем, що і обумовило мету цієї статті.

Такі дослідники, як О. А. Загорулько¹, С. М. Бервено², І. Є. Якубівський³, А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань⁴ та ін.⁵, деякою мірою торкалися питань припинення поруки, але зроблені ними висновки свідчать лише про відсутність усталених поглядів на певні проблеми припинення поруки та їх складність.

Розглядаючи підстави припинення поруки, перш за все зазначимо, що зобов'язання з договору поруки припиняється на тих же підставах, що й інші зобов'язання. Зокрема, воно може бути припинено новацією у разі домовленості кредитора і поручителя (ст. 604 ЦК), звільненням (прощенням боргу) кредитором поручителя від його обов'язків (ст. 605 ЦК) та на інших підставах, передбачених гл. 50 ЦК, а також унаслідок односторонньої відмови від зобов'язання у повному обсязі, якщо це

¹ Цивільне право України : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 36–39.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. – 2-ге вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. II. – С. 58–66.

³ Див.: Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К., 2004. – С. 493–494.

⁴ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К. ; Севастополь, 2004. – С. 276–296.

⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / А. К. Губаева [и др.] ; под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. – 3-е изд., перераб и доп. – М., 2005. – С. 703–711; Гражданское право: учебник : в 3 т. Т. 1 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева. – М., 2009. – С. 920–926.

встановлено договором чи законом (ч. 3 ст. 615 ЦК), та в разі розірвання договору (ч. 2 ст. 653 ЦК). Крім того ст. 559 ЦК «Припинення поруки» встановлює спеціальні підстави припинення поруки, які ми й розглянемо у даній статті.

Відповідно до ч. 1 ст. 559 ЦК порука припиняється внаслідок **припинення забезпеченого порукою зобов'язання**. Це положення базується на додатковому (акцесорному) характері поруки як виду забезпечення виконання зобов'язання. Тому припинення основного зобов'язання має наслідком припинення поруки як зобов'язання додаткового (акцесорного), оскільки в цьому випадку відпадає сама мета існування поруки — більше нічого забезпечувати. При цьому не має значення, за якою підставою припинилося основне зобов'язання: шляхом виконання, новацією, наданням відступного та ін., на що правильно звертається увага в науковій літературі¹.

Посилаючись на ч. 1 ст. 559 ЦК, суди, як правило, вірно відмовляють у задоволенні позовів, що пред'являються до поручителів після припинення забезпеченого порукою зобов'язання. Так, постановою Вищого господарського суду України від 03.11.2005 р. (справа № 2-1/4136-2005) касаційну скаргу приватного підприємства «Агропромхіснаб» залишено без задоволення, а постанову Севастопольського апеляційного господарського суду від 18.07.2005 р., якою у задоволенні позову підприємству «Агропромхіснаб» (кредитор) до агрофірми «Крим» (поручитель) відмовлено, — без змін. Відмовляючи в задоволенні позову, суд апеляційної інстанції виходив з того, що позивач протягом 30 днів з моменту опублікування оголошення про порушення справи про банкрутство щодо ВАТ «Симиренко» (боржник) не подав до суду письмову заяву з вимогами до боржника, а також документи, що їх підтверджують, а тому його вимоги до ВАТ «Симиренко» на підставі ч. 2 ст. 14 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» вважаються погашеними, що свідчить про припинення зобов'язань боржника у повному обсязі на підставі закону, як це передбачено ст. 598 ЦК України. Суд прямо вказав, що оскільки основне зобов'язання припинилось, то припинилась і порука як спосіб забезпечення його виконання, у зв'язку з чим відсутні підстави для стягнення боргу з агрофірми «Крим» (поручитель)².

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. – 2-ге вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. II. – С. 65.

² Постанова Вищого господарського суду України від 03.11.2005 р. у справі № 2-1/4136-2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1083088.html.

Наступною підставою припинення поруки, передбаченою ч. 1 ст. 559 ЦК, є *зміна основного зобов'язання без згоди поручителя*, унаслідок чого *збільшується обсяг його відповідальності*. Дана норма спрямована на захист інтересів поручителя у разі зміни забезпеченого порукою зобов'язання, оскільки поручитель, якщо інше не передбачено договором поруки, відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник. При цьому поруку припиняють не будь-які зміни до основного зобов'язання, а лише ті, що збільшують обсяг відповідальності поручителя. Наприклад, кредитодавець і позичальник мають узгодити з поручителем збільшення розміру процентів за користування кредитом або збільшення розміру самої суми кредиту. Якщо такі зміни будуть без згоди поручителя внесені до кредитного договору, то відповідно до ч. 1 ст. 559 ЦК порука припиняється. Отже, для збереження чинності поруки зміни, у результаті яких збільшується відповідальність поручителя, потребують згоди останнього. При цьому йдеться не просто про повідомлення поручителя про подібні зміни, а саме про одержання його згоди.

Необхідно також звернути увагу на те, що припинення поруки за даною підставою здійснюється на підставі закону і не потребує звернення до суду, на що правильно вказується в Постанові ВГСУ від 02.03.2006 р. у справі № 20/213. Так, поручителю «Агропромислова компанія» постановою Запорізького апеляційного господарського суду відмовлено у задоволенні позовних вимог про припинення зобов'язання за договором поруки у зв'язку з тим, що кредитор АТ «Наш банк» і позичальник ТОВ «Мото-Дор» додатково угодою до кредитного договору збільшили розмір кредиту з 1 375 000, 00 грн до 1 595 000, 00 грн. ВГСУ дану постанову залишив без змін, вірно вказавши, що момент припинення поруки залежить від моменту настання обставин, з якими пов'язується припинення поруки, а передбачені статтею 559 ЦК підстави припинення поруки застосовуються поза судовим розглядом¹. Зазначена Постанова ВГСУ становить також інтерес у зв'язку з наявністю спору між кредитором та поручителем щодо виконання поручителем своїх зобов'язань за договором поруки у первісному розмірі після внесення змін до основного зобов'язання, що потягли за собою збільшення обсягу відповідальності поручителя. Так, кредитний договір був укладений 23.12.2002 р., договір поруки — 22.01.2003 р.; зміни до кредитного договору про збільшення суми кредиту без згоди

¹ Постанова ВГСУ від 02.03.2006 р. у справі № 20/213 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1196852.html.

поручителя внесені 20.02.2003 р., а 18.02.2004 р. кредитор звернувся до поручителя з вимогою погасити заборгованість позичальника у розмірі 1 358 757, 65 грн, тобто у розмірі, що не перевищує первісного зобов'язання поручителя. Позиція ВГСУ про припинення поруки з моменту зміни основного зобов'язання, нею забезпеченого, за умови збільшення обсягу відповідальності поручителя, якщо останні відбулися без згоди поручителя, повністю відповідає положенням ч. 1 ст. 559 ЦК. Отже, поручитель у разі зміни зобов'язання без його згоди не лише не відповідає за повернення боржником збільшеної суми боргу, а з моменту такого збільшення його обов'язок за договором поруки повністю припиняється — перестає існувати у первісному обсязі.

Положення ч. 2 ст. 559 ЦК стосовно припинення поруки, якщо після настання строку виконання зобов'язання **кредитор відмовився прийняти належне виконання**, запропоноване боржником або поручителем, в науковій літературі трактується по-різному. Так С. М. Бервено вважає, що у випадку, «коли **сплинув строк виконання** обов'язку за основним зобов'язанням і договором поруки, кредитор може не прийняти належне виконання від боржника або поручителя, але правовим наслідком такої відмови кредитора буде припинення договору поруки»¹. При цьому дослідник зазначає, що ч. 2 ст. 559 ЦК не дає відповіді на питання, чи повинна припинятися за таких обставин порука, якщо ще не сплинув строк дії договору поруки, вказуючи на можливість неоднозначного тлумачення даної норми. На відміну від нього І. Є. Якубівський стверджує, що у ч. 2 ст. 559 ЦК визначено правові наслідки на випадок порушення кредитором його обов'язку **прийняти належне виконання** за договором поруки: якщо кредитор відмовився від прийняття належного виконання, запропонованого боржником або поручителем, порука припиняється. Він пояснює, що для припинення поруки у цьому випадку потрібні такі умови: 1) боржником або поручителем запропоновано виконання; 2) запропоноване виконання є належним, тобто таким, що відповідає вимогам щодо предмета, строків, місця, способу виконання та іншим умовам, визначеним договором, актами цивільного законодавства, а за їх відсутності — звичаям ділового обороту або іншим вимогам, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК)². Таке тлумачення положень ч. 2 ст. 559 ЦК, на наш погляд,

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. – 2-ге вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. II. – С. 66.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – К., 2004. – С. 493.

є більш прийнятним. Враховуючи, що у зобов'язальному правовідношенні кредитор не тільки наділений правом вимагати виконання обов'язку від боржника, а й несе обов'язок прийняти належне виконання від боржника, відмова кредитора прийняти належне виконання, запропоноване боржником, за загальним правилом, означає прострочення кредитора, що тягне за собою наслідки, передбачені ст. 613 ЦК. Правило ж, сформульоване у ч. 2 ст. 559 ЦК, вказує що у разі прострочення кредитора за зобов'язанням, забезпеченим порукою, положення ст. 613 ЦК не застосовуються. Таке припинення поруки є специфічним наслідком прострочення кредитора. Отже, відмова кредитора від прийняття належного виконання від боржника або поручителя, позбавляє його забезпечення, оскільки згідно з ч. 2 ст. 559 ЦК за таких умов порука припиняється. При цьому слід зауважити, що на припинення поруки не впливають причини, у зв'язку з якими кредитор відмовився прийняти належне виконання, і що на випадок спору поручитель або боржник має надати докази того, що відмова прийняття виконання мала місце.

При тлумаченні положень ч. 2 ст. 559 ЦК необхідно враховувати, що законодавець вказує на **належне виконання**, запропоноване боржником або поручителем. У зв'язку з останнім вважаємо, що належним слід визнавати виконання, запропоноване як боржником, так і поручителем, незалежно від того, з кого саме кредитор планував стягувати борг. Оскільки належним може визнаватися лише виконання, яке відповідає предмету виконання та в передбачений строк, то з урахуванням положень ч. 2 ст. 559 ЦК останнє означає, що боржник може запропонувати виконання як належне в межах строку, передбаченого для виконання його зобов'язання, а поручитель — строку за договором поруки. При цьому слід пам'ятати, що поручитель не зобов'язаний, але має право виконати забезпечене ним зобов'язання, щоб запобігти сплаті кредитору додаткових сум, які може потягти за собою прострочення виконання боржником свого зобов'язання (проценти, збитки, неустойка), і таке виконання теж є належним.

На користь визнання виконання, запропонованого боржником або поручителем, відповідно до ч. 2 ст. 559 ЦК належним, свідчить вказівка законодавця як про здійснене після настання, а не після закінчення строку виконання зобов'язання.

Що ж до виконання боржником зобов'язання після закінчення строку, встановленого для його виконання, тобто коли вже має місце порушення зобов'язання, а саме прострочення, то незважаючи на те, що воно вже не може вважатися належним, враховуючи забезпечуваль-

ну конструкцію поруки, яка передбачає за загальним правилом солідарну відповідальність боржника і поручителя у разі порушення боржником забезпеченого порукою зобов'язання, положення ч. 2 ст. 559 ЦК доцільно застосовувати і до таких випадків.

Відповідно до ч. 3 ст. 559 ЦК наступною підставою припинення поруки є **переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника**. Уведення даної підстави обумовлене тим, що поручитель поручається перед кредитором за виконання обов'язку конкретною особою (боржником) і «зазвичай поручительство здійснюється за особу, у якій поручитель, можливо, особисто зацікавлений»¹. Враховуючи, що переведення боргу здійснюється за згодою кредитора, і якщо сторони в договорі поруки не передбачили обов'язок поручителя відповідати за будь-якого нового боржника, то у разі, коли поручитель не поручився за виконання обов'язку новим боржником, порука припиняється. При цьому поруку припиняє виключно заміна боржника в порядку переведення боргу. Заміна ж боржника, що здійснюється в порядку універсального чи сингулярного правонаступництва, поруку не припиняє, оскільки для цього немає правової підстави.

Припинення поруки пов'язане також із **закінченням строку її чинності**. Згідно з ч. 4 ст. 559 ЦК порука припиняється після закінчення строку, встановленого в договорі поруки (**а**). У разі якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя (**б**). Якщо строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки (**в**).

Отже порука — це строкове зобов'язання, і незалежно від того, встановлений строк її дії договором чи законом, його вплив припиняє суб'єктивне право кредитора. Останнє означає, що строк поруки належить до преклюзивних строків. Основна властивість таких строків, крім того, що їх вплив на відміну від строків позовної давності² припиняє суб'єктивне право, полягає в тому, що вони не можуть бути

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. – 2-ге вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. II. – С. 66.

² Відповідно на вказані строки не поширюється положення ч. 5 ст. 267 ЦК про захист судом порушеного права у разі, коли строк позовної давності пропущений із поважних причин.

призупинені, перервані чи відновлені. ВАСУ у своєму роз'ясненні прямо зазначив, що цей строк не може бути відновлений господарським судом¹. На підтвердження виконання судами даного роз'яснення можна навести Постанову ВГСУ від 12.06.2007 р. у справі № 10/27-06, де ВГСУ, вказавши, що строк, зазначений у законі (ч. 4 ст. 599 ЦК) для припинення поруки, не може бути змінений за згодою сторін або відновлений господарським судом, визнав кошти, перераховані поручителем на рахунок кредитора після спливу строку, протягом якого кредитор міг звернутися з позовом до поручителя, коштами, перерахованими безпідставно, оскільки останні були перераховані на виконання договору, який вже на той час припинився².

З огляду на преклюзивний характер строку поруки і обумовлене цим припинення права кредитора на реалізацію даного виду забезпечення виконання зобов'язань, викликає критику редакція ч. 4 ст. 559 ЦК. Зокрема законодавець не дотримується однакового підходу при формулюванні підстав припинення поруки при забезпеченні договорів, у яких: *а)* строк поруки встановлений; *б)* строк поруки не встановлений, а встановлений лише строк виконання основного зобов'язання; *в)* не встановлений як строк поруки, так і строк виконання основного зобов'язання, що створює підґрунтя для неоднозначного їх розуміння і помилкового тлумачення. Наприклад, у науковій літературі групою дослідників висловлено думку, що оскільки відповідно до ч. 4 ст. 559 ЦК порука припиняється після закінчення строку (тобто, спливом строку), встановленого договором поруки, то при встановленні в договорах таких строків належить виявляти граничну обережність, бо навіть звернення кредитора з позовом до поручителя до спливу встановленого договором строку не гарантує захисту права кредитора, якщо тільки до спливу цього строку не буде прийняте судове рішення. Якщо строк, який встановлений договором поруки та який припиняє поруку, закінчився до прийняття судом рішення за позовом кредитора до поручителя, у задоволенні позову має бути відмовлено. Такий висновок відповідає букві ч. 4 ст. 559 ЦК: право, яке захищає суд, має існувати на день прийняття судового рішення. Якщо ж право на цей день уже

¹ Роз'яснення Вищого арбітражного суду України № 02-5/706 від 06.10.94 р. у редакції від 18.11.2003 р. [Електронний ресурс] / Офіц. сайт Верхов. Ради України. Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.

² Постанова ВГСУ від 12.06.2007 р. у справі № 10/27-06 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/801859>.

не існує (воно припинилося), воно не підлягає захисту, хоч би воно існувало на день звернення з позовом¹.

При цьому автори зазначають, що у ч. 4 ст. 559 ЦК законодавець тричі вказує, що «порука припиняється», а юридичні факти, що мають відбутися в межах строків, що встановлені в кожному із трьох випадків ч. 4 ст. 559 ЦК, проте є різними. Так, відповідно до правила, сформульованого в першому реченні ч. 4 ст. 559 ЦК, лише в межах строку, встановленого в договорі поруки, поручитель може виконати зобов'язання, що ґрунтується на договорі поруки. Виконання поручителем зобов'язання перед кредитором після спливу цього строку веде до набуття кредитором майна без достатніх правових підстав (у період, коли поручитель уже не ніс перед кредитором цивільно-правових обов'язків). У межах встановленого договором строку, сплив якого тягне припинення поруки, може бути прийняте судове рішення за позовом кредитора до поручителя. Прийняття судом рішення після спливу цього строку означало б, що суд захистив право, яке до дня прийняття рішення припинилось, а тому таке рішення підлягало б скасуванню в апеляційному порядку. Якщо ж судове рішення в межах цього строку прийняте, воно не може бути скасоване судом апеляційної чи касаційної інстанції, хоч би на день розгляду справи в апеляційному чи касаційному суді строк чинності поруки минув, оскільки на день прийняття рішення судом першої інстанції порука була чинною. Та обставина, що виконання рішення суду, прийнятого за позовом кредитора до поручителя, буде здійснюватися в період, коли строк чинності поруки минув, не може бути перешкодою для примусового виконання судового рішення².

З наведеним тлумаченням першого речення ч. 4 ст. 559 ЦК не можна погодитися. Перш за все слід мати на увазі, що порука — це вид забезпечення виконання зобов'язання, а кредитор за основним і забезпечувальним зобов'язанням завжди — та сама особа, яка виконала свій обов'язок перед боржником за основним зобов'язанням і має щодо останнього лише право вимоги. У зв'язку з цим саме кредитор ініціює встановлення певного виду забезпечення виконання зобов'язання, завдяки якому розраховує задовольнити свої вимоги у разі порушення боржником зобов'язання. Порука є особистим забезпеченням, що озна-

¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К. ; Севастополь, 2004. – С. 292.

² Там само. – С. 293–294.

час відповідальність поручителя перед кредитором за порушення зобов'язання боржником усім своїм майном. Відповідно до забезпечувальної конструкції поруки кредитор у разі порушення боржником зобов'язання звертається до поручителя, який за договором поруки має відповідати перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Звернутися до поручителя кредитор може лише протягом строку дії поруки. Зазвичай такий строк встановлюється за домовленістю між кредитором і поручителем у договорі поруки. Строк чинності поруки, як виду забезпечення виконання зобов'язання, має бути більшим порівняно зі строком виконання основного зобов'язання боржником, щоб кредитор у разі порушення забезпеченого зобов'язання мав час реалізувати свої права за порукою. Положення ч. 4 ст. 559 ЦК встановлюють правила припинення поруки як за договорами із визначеним строком дії поруки, так і за договорами, у яких строк дії поруки встановлений не був. Припинення поруки впливом строку, встановленого договором поруки, означає, що кредитор позбавляється можливості звернутися до поручителя з вимогою про виконання останнім свого обов'язку за договором поруки — нести відповідальність за порушення боржником забезпеченого порукою зобов'язання як у добровільному, так і у примусовому порядку. Отже, враховуючи що протягом строку дії поруки кредитор повинен встигнути звернутися до поручителя з вимогою про виконання останнім свого обов'язку за договором поруки, у тому числі в примусовому порядку, та з огляду на формулювання, надане законодавцем у другому та третьому реченнях ч. 4 ст. 559 ЦК, зміст першого речення ч. 4 ст. 559 ЦК може означати тільки таке: ***«Порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом строку, встановленого в договорі поруки»***.

Друге речення ч. 4 ст. 559 ЦК, відповідно до якого порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя, якщо договором поруки не встановлений строк дії поруки, помилково розуміється деякими дослідниками як строк, установлений для пред'явлення **вимоги** саме «до поручителя». Тобто кредитор має пред'явити не позов до суду, а лише вимогу до поручителя, і за наявності доказів її пред'явлення звернутися з позовом до поручителя в межах загальної позовної давності, що встановлена тривалістю три роки (ст. 257 ЦК)¹. Дане тлумачення є неприйнятним, оскільки ставить

¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К. ; Севастополь, 2004. – С. 292–293.

кредитора за договором поруки з невизначеним строком дії у незрівнянно краще становище, ніж кредитора за договором поруки з визначеним строком, чому логічного пояснення знайти неможливо.

Відповідно до третього речення ч. 4 ст. 559 ЦК — якщо строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки. Зазначене положення в науковій літературі не викликає суперечок і одностайно сприймається дослідниками як строк, протягом якого кредитор має пред'явити позов до суду з вимогою про виконання поручителем своїх обов'язків за договором поруки¹. Дослідники правильно вказують, що непред'явлення позову протягом зазначеного строку тягне припинення права. Це — строк для звернення до суду з позовною заявою до поручителя, але він не належить до категорії строків позовної давності, тому на нього не поширюються норми статей 263, 264, ч. 5 ст. 267 ЦК. Цей строк не підлягає призупиненню або поновленню. Він не переривається².

Отже, слід констатувати, що в науковій літературі має місце різне тлумачення такої підстави припинення поруки, як закінчення строку її дії, що веде до помилкового розгляду спорів щодо чинності поруки на практиці. У зв'язку з цим наполягаємо на тому, що у всіх реченнях ч. 4 ст. 559 ЦК строк чинності поруки має розглядатися однаково — як строк, протягом якого кредитор може реалізувати свої права за порукою як видом забезпечення виконання зобов'язання, встановленого, як і інші забезпечення, виключно в інтересах кредитора. Відповідно **закінчення строку, встановленого договором поруки**, так само як **сплив шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання та одного року від дня укладення договору поруки**, якщо строк основного зобов'язання не встановлений, **припиняє поруку за умови, що кредитор** протягом строку дії поруки **не звернувся з позовом до поручителя**. Незалежно від того, встановлений строк дії по-

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. – 2-ге вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. II. – С. 66; Гражданское право: учебник : в 3 т. Т.1 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.]; под ред. А. П. Сергеева. – М., 2009. – С. 926; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / А. К. Губаева [и др.]; под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. – 3-е изд., перераб и допов. – М., 2005. – С. 711.

² Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К. ; Севастополь, 2004. – С. 294.

руки договором чи законом, його вплив припиняє суб'єктивне право кредитора. Для того щоб скористатися своїм правом, кредитор має до впливу цього строку пред'явити позов у встановленому порядку (статті 61, 64 ГПК, ст. 122 ЦПК), якщо поручитель у добровільному порядку не виконає свого обов'язку за договором поруки. Безумовно, даний висновок базується на тотожному сприйнятті таких термінів, як «вимога» та «позов». Тому, незважаючи на те що за своїм змістом термін «вимога» є ширшим, ніж термін «позов», оскільки позовом виступає вимога, заявлена відповідно до цивільно-процесуального законодавства, тобто процесуальна вимога, буквально тлумачення у даному випадку не має права на існування. Як правильно зазначає О. А. Загорулько, «термін «вимога» в даному випадку слід розглядати у вузькому розумінні як процесуальну вимогу, тобто позов»¹.

Враховуючи, що у судовій практиці зустрічаються спори щодо чинності поруки стосовно зобов'язань, за якими строк позовної давності минув², необхідно вказати, що при пропущенні строку позовної давності за основною вимогою, забезпеченою порукою, ця вимога не втрачає ознаки дійсності, і питання про захист права, що впливає із забезпеченого порукою зобов'язання, та, відповідно, про можливість пред'явлення позову до поручителя, вирішується залежно від того, чи буде поновлено строк позовної давності за основною вимогою. При цьому у випадках поновлення строку позовної давності позов до поручителя може бути пред'явлений лише в межах строків, визначених ч. 4 ст. 559 ЦК, оскільки законодавець, встановивши у ч. 4 ст. 559 ЦК спеціальні правила припинення поруки, зробив виняток із загального правила, передбаченого для пред'явлення вимог за додатковими зобов'язаннями (ст. 266 ЦК)³.

Підбиваючи підсумок, наголосимо на призначенні поруки як одного з видів забезпечення виконання зобов'язання задовольняти майнові інтереси кредитора у разі їх порушення боржником. Відповідно до цього підстави припинення поруки, встановлені ст. 559 ЦК, мають

¹ Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 38–39.

² Постанова ВГСУ від 20.03.2007 р у справі № 38/220-06 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua. /Review 1548844>.

³ Відповідно до ст. 266 ЦК зі впливом позовної давності до основної вимоги вважається, що позовна давність впливає і до додаткової вимоги (стягнення неустойки, накладення стягнення на заставлене майно тощо).

тлумачитися перш за все в інтересах кредитора, що обрав дане забезпечення, а сучасна редакція ст. 559 ЦК потребує законодавчого редагування, оскільки буквальне тлумачення цих положень суперечить сутності останніх, закономірно викликаючи спори та породжуючи суперечливу практику їх застосування.

Пучковская И. И. Основания прекращения поручительства

Статья посвящена основаниям прекращения такого вида обеспечения исполнения обязательства как поручительство, в частности вследствие прекращения обеспеченного поручительством обязательства; изменения основного обязательства без согласия поручителя при увеличении размера его ответственности; отказа кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем, после наступления срока исполнения обязательства; перевода долга на другое лицо, если поручитель не поручился за нового должника. Особое внимание уделено прекращению поручительства в связи с окончанием срока действия поручительства по срочному договору поручительства и по договору, срок действия которого не определен в связи с противоречивым толкованием исследователями положений ч. 4 ст. 559 ГК.

Ключевые слова: поручительство, договор поручительства, основания прекращения поручительства, срок действия поручительства, предъявление иска к поручителю, прекращение поручительства.

Puchkovska I. I. Grounds for discharging guarantee

The article is devoted to different grounds for discharging such kind of warranty as guaranty which are: termination of a guaranteed contractual obligation; alteration of the main contract without consent of the guarantor if the extent of his liability increases; refusal of the creditor to accept the performance (offered either by the debtor or guarantor) of the obligation after the period for performance has come; delegation of a debt to another if the guarantor hasn't guaranteed for the new debtor. In particular the author focuses on the termination of a guarantee in connection with the expiry of the guarantee period in the terminal guarantee agreement, and in those guarantee agreements, where the duration is not determined in the context of repugnant scientific interpretations of the Item 4 Article 559 of Civil Code of Ukraine.

Keywords: guarantee, contract of guarantee, grounds for discharging guarantee, duration of guarantee, bringing an action against a guarantor, termination of guarantee.

Т. Бобко, заступник голови Фрунзенського районного суду м. Харкова

Деякі проблеми поняття та наслідків правочину

Категорія «правочин» належить до числа фундаментальних понять цивільного права, дослідження якого завжди привертало увагу науковців різних періодів розвитку. Так, серед цивілістів дореволюційного періоду значний внесок у розробку цієї проблеми зроблено Ю. С. Гамбаровим, Д. І. Мейером, Г. Ф. Шершеневичем, Й. О. Покровським, у радянський період слід виділити перш за все глибокі напрацювання М. М. Агаркова, І. Б. Новицького¹ та деяких інших учених. За сучасних умов, коли переосмислюються і наповнюються якісно новим звучанням майже всі усталені цивілістичні категорії, таке поняття, як «правочин» також повинно стати предметом аналізу, причому з різних боків. Зокрема, необхідним є погляд на правочин як на підставу виникнення, зміни та припинення правових наслідків і одночасно на особливості правових наслідків, породжених правочином.

У цивільному праві поняття правочину пов'язується з діями, які породжують юридичні наслідки. Поняттєвий апарат вітчизняної правової науки використовує цей термін (замість терміна «угоди» і як еквівалент російського «сделки») завдяки його походженню від словосполучення *чинити право*, тобто виконувати певні дії, які мають юридичну силу².

В українську правову термінологію (як і термінологію більшості країн Європи) поняття правочину потрапило з німецької цивілістики, будучи тісно пов'язаним із виникненням пандектної системи цивільного права. Вважається, що ядром пандектистики є вчення про правочини³, а розробку цього терміна приписують особистості німецького професора Г. А. Хайзе, який указує на нього в роботі, датованій 1807 р. У книзі професора Хайзе містяться такі назви параграфів: «Волевиявлення», «І особливо правочини». Цю ідею згодом поширив відомий німецький дослідник, представник історичної школи у праві Ф. К. фон Савіньї, у юридичній науці Російської імперії — Д. І. Мейер⁴.

¹ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б. Новицкий. – М., 1954.

² Див.: Зайцев Ю. Автентичність правового тексту та проблеми його термінологічного оформлення (на матеріалі проекту Цивільного кодексу України) / Ю. Зайцев // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. С. Довгєрта. – К., 2000. – С. 322–334.

³ Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd II: Rechtsgeschäft. – S. 28.

⁴ Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – СПб., 1902. – С. 178.

Сам термін «правочин», від німецького *Rechtsgeschäft*, перекладається як «правова дія», «правова справа». Ф. К. фон Савіні розглядав правочин як різновид волевиявлення, при визначенні правочину як юридичного поняття він робив акцент саме на вираз волі. З ім'ям Ф. К. фон Савіні пов'язується «теорія волі»¹.

Поділяючи теоретичні концепції німецьких цивілістів, Д. І. Мейєр визнавав правочином будь-яку юридичну дію, спрямовану на зміну існуючих правових відносин. При цьому він відзначав дві істотні умови правочину:

- юридична дія приводила до зміни існуючих відносин (наприклад, встановлення, перехід чи припинення права);
- сама юридична дія не тільки спрямована на зміни існуючих відносин, а й вчинена з метою провести ці зміни.

Відтак, на думку Д. І. Мейєра, юридичні дії, які призводили до змін, однак первісно не були спрямовані на зміну існуючих відносин (наприклад, порушення прав), до правочинів не належали².

Згодом теоретичні напрацювання вчених почали відображати в кодифікованих актах цивільного законодавства. Так, Перша легальна дефініція правочину зустрічається у Цивільному уложенні Саксонії 1863 р., згодом багато уваги приділено правочинам і в Німецькому цивільному уложенні 1896 р., окрема глава Загальної частини якого повністю присвячена саме правочинам.

Серед законодавчих актів, які діяли на території України, слід назвати Австрійське цивільне уложення 1811 р., яке у первісній редакції не мало положень щодо правочинів, однак унаслідок змін, внесених у 1916 р., у ньому з'явилася нова глава про договори та загальні правочини. Щоправда, Австрійське цивільне уложення розглядало правочин лише як підставу виникнення зобов'язань, а не підносило його на рівень абстрактної категорії цивільного права. Висловлювалася така оцінка цьому регулюванню правочинів: даний підхід, маючи в цілому правильне спрямування, тим не менше не міг бути застосований не тільки до правочинів, перебуваючи поза межами зобов'язального права, а й бути інструментом з'ясування природи самих зобов'язальних правочинів³.

¹ Див.: Чантурия Л. Л. Введение в Общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей) / Л. Л. Чантурия. – М., 2006. – С. 227.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – СПб., 1902. – С. 178.

³ Див.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров ; под. ред. и с предислов. В. А. Томсинова. – М., 2003. (по изд. 1911 г.). – С. 684.

Крім ґрунтовних наукових розробок загальної теорії правочину, в класичній німецькій цивілістиці зустрічається й нігілістичне ставлення до цієї категорії. Наприклад, Шлоссман у роботі 1876 р. робить висновок, що поняття правочину не має наукової цінності, а є виключно схоластичною проблемою. Однак і сам цей автор не може відмовитися від використання поняття правочину, визнаючи за ним роль загальної абстрактної категорії, яка будучи підкореною загальним правилам, тим не менше відрізняється від інших різнопланових цивільно-правових конструкцій, таких як правовідносини, давність, обов'язок тощо.

На думку Ю. С. Гамбарова, правочини можуть бути відмежовані від інших категорій, однак всі правочини можуть бути об'єднані єдиним цивільно-правовим «ланцюжком», в основі якого лежить принцип визнання об'єктивним правопорядком автономії (самовизначення) волі у приватноправових відносинах¹.

У розсудах автора є цінним те, що він обмежує зміст поняття правочину, вказуючи, що правочином є не будь-яке волевиявлення, а лише те, яке має на меті встановити певні відносини з визнаними за ними нормами права наслідками².

При цьому навіть і таке визначення потребує певного уточнення. По суті, ним охоплена необмежена кількість індивідуальних волевиявлень, типізованих у цивільному праві на договори (купівлі-продаж, міна, позика, зберігання), інші правочини (заповіт, шлюб) тощо. Однак змістом поняття правочину виступає не будь-яке індивідуальне волевиявлення, оскільки кількість різновидів правочинів є обмеженою. Зокрема, хоч будь-який правочин і містить у собі волевиявлення, та не будь-яке волевиявлення є правочином. Не може визнаватися правочинами благословення, запрошення на танок, внесення приданого, розпорядження по домашньому господарству³. До правочинів не можуть бути віднесені й символічні дії особи, зокрема, привітання, поздоровлення та ін. Дії, які супроводжують волевиявлення, у певних випадках також не мають характеру правочину.

І якщо в дослідженнях Ю. С. Гамбарова зроблено акцент саме на волевиявленні як складовій правочину, то В. М. Хвостов розглядав правочин як дозволону дію однієї чи декількох приватних осіб, шляхом яких указані особи бажають викликати юридичні наслідки, що відпо-

¹ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров ; под. ред. и с предислов. В. А. Томсинова. – М., 2003. (по изд. 1911 г.). – С. 683–684.

² Там само. – С. 689.

³ Там само. – С. 683–684.

відають їх інтересам¹. Таким чином, бачимо, що в даному визначенні акцент робиться на дозволеності, правомірності правочину як дії. Згодом правомірність (дозволеність) правочину і його вольовий характер об'єднувалися у визначенні, сучасні дослідники у більшості випадків уявляють його саме як вольову правомірну дію учасників цивільних відносин.

Законодавче закріплення правочинів у сучасних цивільних кодексах, в тому числі і ЦК України, бере початок саме від тих часів.

Слово «правочин» у сучасний період не є широковідомим в українській лінгвістиці, що із уведенням в дію Цивільного кодексу України 2003 р. стало причиною настороженого ставлення до його запровадження у юридичний лексикон. Утім цей термін зазначається й у словниках відомого письменника і дослідника Б. Д. Грінченка, виданих у 1906–1909 рр., а також у словниках пізнішого періоду. Так, у російсько-українському словнику ділової мови (М. Дорошенко, М. Станиславський, В. Страшкевич), виданого у 1930 р., одним із варіантів перекладу російського терміна «сделка» є саме правочин². Наводяться також варіанти його застосування, наприклад «укладати правочин» тощо.

Відновлення терміна «правочин» в українській юридичній термінології відбулося «з легкої руки професора О. А. Підпригори»³, хоча всі члени робочої групи з опрацювання проекту Цивільного кодексу України підтримали ідею такої термінологічної реституції⁴. Член робочої групи, професор З. В. Ромовська, зазначила, що терміни «правочин», «правочинний» — це слова не лише українські за походженням, а й зрозумілі, милозвучні, тому мають одержати нове життя⁵.

Однак повернення цього поняття до текстів законодавчих актів, до поняттєвого апарату цивілістики не применшило масштабів наукових пошуків визначення його змісту і значення. С. І. Шимон констатує, що слово «правочин» не знаходить роз'яснення в сучасних словниках української мови, тому його мовне значення слід виводити з його складових — «право» і «чинити». Виходячи із семантичного значення складових слова «правочин», його можна пояснити як джерело, при-

¹ Див.: Хвостов В. М. Система римського права : учебник. – М., 1996. – С. 146.

² Російсько-український словник ділової мови / М. Дорошенко, М. Станиславський, В. Страшкевич. – Х., 1930. – С. 94.

³ Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / за ред. Р. Б. Шишики та В. А. Кройтора. – Х., 2004. – Т. 1. Кн. 2. – С. 305.

⁴ Див.: Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс : підручник / З. В. Ромовська. – К., 2005. – С. 336.

⁵ Там само. – С. 337.

чину, що створює можливості робити що-небудь, користуватися чим-небудь, поводитися певним чином¹. Причому, на думку авторки, доцільність використання саме цього терміна є безсумнівною. На користь цього наведено такі положення. Термін «правочин» має переваги над терміном «угоди», оскільки є більш містким за змістом, відповідає вимогам, встановленим до термінології; має складну лексичну форму; характеризується однозначною відповідністю поняттю; є раціонально стислим; відзначається мовною правильністю, селективністю і традиційністю; не належить до слів загального користування; майже не зустрічається у повсякденному побутовому вживанні².

Наведені аргументи є цілком достатніми і обґрунтованими для того, щоб визначити належне місце поняття «правочин» і в поняттевому апараті науки цивільного права, і у глосаріях нормативно-правових актів, і в їх інструментальному «арсеналі». Причому за час, що минув з моменту прийняття нового ЦК України, термін «правочин» настільки «прижився», що почав використовуватися не лише в законодавчих (наприклад, Закон України «Про акціонерні товариства») і підзаконних актах цивільного законодавства (Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України), а й в актах іншої галузевої належності. Так, у Законі України від 11.06.2009 р. № 1506-VI «Про засади запобігання та протидії корупції» міститься положення про *правочини*, пов'язані з одержанням подарунків (п. 3 ч. 1 ст. 14 Закону), *правочини*, укладені внаслідок корупційного правопорушення (ч. 2 ст. 21 Закону) тощо. Наведене свідчить, що термін «правочин» повною мірою сприйнято поняттевим апаратом вітчизняної цивілістики.

Крім наведеного, важливим є питання щодо наслідків правочину. Ще в юридичній літературі дореволюційного періоду (у працях Ю. С. Гамбарова, В. І. Синайського, Г. Ф. Шершеневича та ін.) знайшла своє підкріплення т. зв. «синтетична» теорія підстав правочину, за якою юридичні *наслідки* правочину базуються одночасно на двох рівню мірою необхідних джерелах — приватній волі та законі³. За відсутності підстав піддавати сумніву дані теоретичні напрацювання, додамо, що закон як джерело наслідків правочину є в даному контексті не тільки уміщенням приватних, а й публічно-правових наслідків, ігно-

¹ Шимон С. «Правочин» як цивільно-правовий термін: юридичне нововведення чи лінгвістичне уточнення? / С. Шимон // Юрид. Україна. – 2009. – № 7. – С. 68–72.

² Там само.

³ Див.: Белов В. А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) / В. А. Белов // Сделки: проблемы теории и практики : сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. – М., 2008. – С. 35.

рування яких просто неможливе і призведе до методологічного збіднення дослідження правочинів.

За легальним визначенням правочину, що міститься у ч. 1 ст. 202 ЦК, правочином є дія, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Звідси можна стверджувати, що наслідки правочину перебувають саме у площині виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов'язків. Однак такий погляд видається нам поверховим.

По-перше, слід враховувати, що правочин може призводити до виникнення не тільки суб'єктивних, а й секундарних прав. Проблема секундарних прав, їх визначення, змісту, співвідношення з суб'єктивними правами з огляду на її глибину, змістовність, інші обставини не є предметом даного дослідження, з цієї проблеми існують ґрунтовні наукові напрацювання¹. Лише зауважимо, що вказуючи у ч. 1 ст. 202 ЦК України на спрямування правочину, законодавець, на нашу думку, намагався надати йому максимально широкого розуміння, охопивши тим самим усі цивільні права, включаючи і секундарні.

До того ж наслідки правочину можуть перебувати у сфері речових, зобов'язальних, корпоративних, особистих немайнових, сімейних та інших відносин, важливим є лише те, що наслідки мали відповідні ознаки, що свідчать про їх відповідну спрямованість².

Аналізуючи суто цивільно-правові наслідки правочину як акту волевиявлення приватної особи, можна виділити такі їх різновиди:

1) *стосовно цивільних прав*: набуття прав; зміну прав; припинення прав;

2) *стосовно цивільних обов'язків*: набуття обов'язків; зміну обов'язків; припинення обов'язків;

3) *в залежності від кореляції прав і обов'язків*: набуття прав з набуттям обов'язків; набуття прав без набуття обов'язків; набуття прав із припиненням обов'язків; набуття прав зі зміною обов'язків; зміна прав із набуттям обов'язків; зміна прав без набуття обов'язків; зміна прав із зміною обов'язків; зміна прав із припиненням обов'язків; припинення прав із припиненням обов'язків; припинення прав без припинення обов'язків; припинення прав зі зміною обов'язків; припинення прав без зміни обов'язків.

¹ Див.: Бабаєв А. В. Секундарные права / А. В. Бабаєв // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2007. – С. 706–806.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2007. – С. 382.

4) наслідки правочинів, *прямо не пов'язані із набуттям, зміною або припиненням цивільних прав і обов'язків*: виникнення або зміна певного юридичного стану; вплив правочину на обсяг право- і дієздатності особи, зокрема це стосується юридичних осіб, тощо.

Звичайно, вказана група наслідків дещо розширює легальне визначення правочину (ст. 202 ЦК України), однак до його розуміння не слід підходити суто догматично. Правову конструкцію, позначену у ч. 1 ст. 202 ЦК України, необхідно розглядати як певну «базову модель», яку правові реалії наповнюватимуть різними варіаціями. У цьому сенсі важливим видається усвідомити бачення правочину як дії особи, спрямованої, зокрема на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків.

По-друге, невідворотним є проникнення наслідків правочину до сфери публічних відносин, яка перебуває далеко за межами суто цивільних прав і обов'язків. Відомими прикладом є податкові відносини, коли вчинення будь-якого правочину під видом «господарської операції» тягне за собою певні податкові і бухгалтерські наслідки (Закон України «Про податок на додану вартість» та ін.). При цьому, можливо, ці наслідки і не відповідають цивільно-правовій суті правочину, однак ізолювання правочину від них видається нам штучним.

Наслідки вчинення правочину, що перебувають за межами цивільних прав і обов'язків, можуть бути поділені на:

1) *фіскальні (податкові)* — вчинення певних правочинів тягне за собою виникнення обов'язку визначення, розрахунку, сплати та контролю за сплатою податків та зборів. Інакше кажучи, у багатьох випадках сам правочин та його результати є об'єктом податкового впливу й оподаткування. Наприклад, при нотаріальному посвідченні договорів виникає обов'язок зі сплати державного мита (п. 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито») чи плати за нотаріальну дію (ст. 31 Закону України «Про нотаріат»); із виникненням права власності чи права користування землею, у тому числі і на підставі правочину, виникає обов'язок зі сплати земельного податку (ст. 15 Закону України від 03.07.1992 № 2535-ХІІ «Про плату за землю»); придбання транспортних засобів, включаючи їх придбання на підставі правочинів, тягне за собою виникнення обов'язку зі сплати податку з власників транспортних засобів та інших самохідних машин (ст. 5 Закону України від 11.12.1991 № 1963-ХІІ «Про податок з власників транспортних засобів та інших самохідних машин і механізмів»). І цей перелік може бути продовжено.

Таким чином, можна сказати, що правочин, будучи актом волевиявлення суб'єкта приватного права, тим не менш міцно «вмонтований» у певні фіскальні і податкові механізми як об'єкт (елемент) податкового впливу;

2) *повідомлювальні* — повідомлення про вчинений правочин відповідних органів (органи опіки та піклування, податкові органи тощо). Наприклад, наслідком укладання і посвідчення договору відчуження нерухомості є виникнення у нотаріуса, який посвідчив договір, обов'язку надіслати інформацію про договір податковому органу за податковою адресою платника податку у строки, встановлені законом для податкового кварталу (абзац четвертий п. 11.3 ст. 11 Закону України від 22 травня 2003 р. № 889-IV «Про податок з доходів фізичних осіб»). Причому наслідки у вигляді обов'язку повідомити про факт укладання правочину, його зміст, інші пов'язані з цим обставини можуть виникати як у сторін правочину, так і в осіб, так чи інше причетних до його вчинення, посвідчення чи оформлення. Тут слід назвати нотаріуса, особу яка підписала правочин (ч. 4 ст. 207 ЦК), особу, яка посвідчила правочин на підставі закону (наприклад, статті 245, 1251, 1252 ЦК) та ін. Безумовно, такий обов'язок може виникати виключно на підставі прямої вказівки закону, оскільки довільне поширення повідомлювальних наслідків неприпустиме, тому що це порушує права сторін правочину.

Не можна виключати ситуації, коли наслідки у вигляді обов'язку повідомити про вчинений правочин, його зміст виникають у силу приписів цивільного законодавства. Це стосується відносин представництва, коли у особи, яка видала і згодом скасувала довіреність, виникає обов'язок повідомити про це представника, а також відомих їй третіх осіб, для представництва перед якими була видана довіреність (ч. 2 ст. 249 ЦК); представник зобов'язаний негайно повідомити особу, яку він представляє, про відмову від вчинення дій, які були визначені довіреністю (ч. 2 ст. 250 ЦК). Подібні правила містяться у нормах, присвячених договору доручення, зокрема при передачі виконання заміснику, яке є за своєю природою правочином, повірений повинен негайно повідомити про це довірителя (ч. 1 ст. 1005 ЦК). При припиненні договору доручення, якщо повірений діє як підприсмець, сторона, яка відмовляється від договору, має повідомити другу сторону про відмову від договору не пізніше як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлений договором (ч. 3 ст. 1008 ЦК).

У зв'язку з наведеним можна виділити такі види повідомлювальних наслідків правочину:

- а) повідомлення про сам факт укладання правочину;
- б) повідомлення про зміст правочину;
- в) повідомлення і про факт укладання, і про зміст правочину.

Іноді у нормативно-правових актах повідомлювальні наслідки правочину сформульовані шляхом покладення обов'язку надіслання копії договору відповідним органам, установам та особам. Наприклад, бюджетні установи та органи державної влади зобов'язані протягом трьох робочих днів після укладення договорів оренди нежитлових приміщень для їх розміщення подавати Міністерству економіки та Головному контрольно-ревізійному управлінню копії зазначених договорів (п. 2 Постанови Кабінету Міністрів України від 19 серпня 2009 р. № 875 «Про особливості закупівлі послуг з оренди нежитлових приміщень»). Звичайно, введення таких норм до законодавства свідчить у більшості випадків про здійснення функцій контролю за змістом договорів як із боку органів публічної влади, так і інших суб'єктів.

За джерелом встановлення повідомлювальні наслідки можуть бути таких видів:

- а) встановлені самим правочином;
- б) встановлені іншим правочином;
- в) встановлені актом юридичної особи або її установчим документом;
- г) встановлені актами цивільного законодавства;
- д) встановлені актами законодавства іншої галузевої належності;

3) *облікові* — відображення правочину як *операції* у бухгалтерському обліку, статистичному обліку, інших визначених законодавством видах обліку.

Зазначимо, що використовувані в актах спеціального законодавства різної галузевої належності і спрямування такі поняття, як операції, зокрема, *розрахункові операції* (ст. 2 Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»), *експортні, імпорتنі операції* (Інструкція про порядок здійснення контролю за експортними, імпортними операціями, затверджена постановою Правління Національного банку України від 24 березня 1999 р. № 136), *валютні операції* (п. 2 ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю»), *операції з продажу* (підп. 5.1.7 ст. 5 Закону України «Про податок на додану вартість»), *банківські операції* (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність») здебільшого характеризують правочини, яким надано певного публічно-правового «забарвлення» у зв'язку з обліковими, звітними, дозвільними та інши-

ми вимогами зазначених актів спеціального законодавства. Аналогічно використовуються категорії «платежу», «передачі», «розрахунків» тощо. Можна сказати, що в окремих випадках правочин, будучи втіленим в інші правові категорії (операції, платежі тощо), стає з тих чи інших міркувань на підставі вказівки законодавця об'єктом обліку, не втрачаючи при цьому жодних ознак і функцій правочину;

4) *реєстраційні* — наслідком вчинення правочину може бути внесення відповідних записів до реєстрів, вчинення інших реєстраційних дій. Наприклад, укладання договору купівлі-продажу, найму (оренди) житла є підставою здійснення реєстрації місця проживання фізичної особи. Те саме можна сказати про реєстрацію права власності на нерухоме майно на підставі договорів купівлі-продажу, довічного утримання, дарування, міни земельної ділянки або іншого нерухомого майна; договорів про приватизацію майна державних підприємств; нотаріально посвідчених договорів про поділ, перерозподіл, об'єднання нерухомого майна (ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»).

Наслідком вчинення відповідного правочину може бути виникнення і реєстрація *обтяження* відповідного майна. Причому реєстрація обтяження надає відповідному обтяженню чинності у відносинах із третіми особами, якщо інше не встановлено Законом. У разі відсутності реєстрації обтяження таке обтяження зберігає чинність у відносинах між боржником і обтяжувачем, проте воно є не чинним у відносинах із третіми особами, якщо інше не встановлено Законом (ст. 12 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»). При цьому реєстраційні наслідки вчинення правочину не слід ототожнювати з державною реєстрацією правочину (ст. 210 ЦК) як вимогою до самого правочину і його оформлення.

Бобко Т. Некоторые проблемы понятия и последствий сделки

В статье на основе новых подходов цивилистики рассматривается понятие сделки как основания возникновения, изменения и прекращения правовых отношений, акцентируется внимание на особенностях правовых отношений, порожденных сделкой.

Some problems of concept and transaction consequences

In article on the basis of new approaches of civil law the notion of the transaction as the bases of occurrence, change and the termination of legal relations is considered, the attention is focused on features of the legal relations generated by the transaction.

УДК 347.952(477)

Д. Сібільов, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції

Більшу частину 1990-х років виконавче провадження, тобто діяльність, пов'язана із виконанням рішень судів та інших юрисдикційних органів, відбувалося згідно із нормами ЦПК України 1963 р. і розглядалося як діяльність органів судової влади. Виконавче провадження розглядалося як стадія цивільного процесу. Ситуація почала змінюватися наприкінці 1990-х років. 24 березня 1998 р. Верховною Радою було прийнято Закон України «Про державну виконавчу службу». Це був перший суттєвий крок на шляху реформування вітчизняного виконавчого законодавства. Цей Закон передав функції, пов'язані із виконанням судових рішень та рішень інших юрисдикційних органів, від органів судової влади до органів виконавчої влади, оскільки саме до виконавчої гілки влади було віднесено новостворену Державну виконавчу службу України. Керування органами державної виконавчої служби здійснює Міністерство юстиції України. Закон України «Про державну виконавчу службу» створив організаційні засади діяльності цієї служби, визначив її функціональні обов'язки, систему територіальних підрозділів цієї служби, правовий статус державного виконавця, установив вимоги до осіб, які можуть обіймати посаду державного виконавця або посади керівників відповідних підрозділів державної виконавчої служби, надав певних гарантій діяльності державних виконавців, у т. ч. соціальних. Втім прийняття цього Закону хоча і було дуже важливим, але лише першим кроком у реформуванні інститутів виконавчого провадження. Система процедурних питань, пов'язаних із безпосереднім виконанням рішень судів та інших юрисдикційних органів, залишалася незмінною деякий час після прийняття Закону України «Про державну виконавчу службу». 21 квітня 1999 р. Верховною Радою було прийнято Закон України «Про виконавче провадження». Саме цей закон і став головним процесуальним актом, який застосовується органами державної виконавчої служби під час здійснення виконавчих дій. Прийняття Законів України «Про державну виконавчу службу» та «Про виконавче провадження» ознаменувало

зміну фундаментальних, базових підходів до виконавчого провадження в системі вітчизняного законодавства. Якщо раніше більшістю вчених-процесуалістів виконавче провадження розглядалося як стадія цивільного процесу, то з моменту утворення державної виконавчої служби та прийняття спеціального, закону про виконавче провадження підходи до оцінки виконавчого провадження почали змінюватися. Виконавче провадження відтоді розглядається не як стадія цивільного процесу, а як самостійний вид провадження. Більше того, зміна базових правовідносин у сфері виконавчого провадження дозволяє багатьом дійти висновку про існування цивільного виконавчого права як самостійної галузі права. Відносини, які складаються під час виконання рішень судів та інших органів, мають ознаки відносин адміністративних із боку державного виконавця до інших учасників виконавчого провадження. Вони, хоча і пов'язані певною мірою із судовою владою, спрямовані на виконання рішень судів (головним чином) та рішень інших органів, не мають суд як обов'язкового учасника цих відносин і не належать до цивільних процесуальних відносин як до таких, які складаються в результаті судової діяльності, пов'язаної із виконанням органами судової влади як правосудних, так і інших передбачених законодавством функцій. Крім того, специфікою законодавства, яке регулює виконавче провадження в Україні, є те, що Закон України «Про виконавче провадження» регулює не лише питання, пов'язані із виконанням рішень судів, але встановлює підстави для виконання рішень інших органів. Згідно зі ст. 3 цього Закону органами державної виконавчої служби, крім судових актів, можуть виконуватися примусово також виконавчі написи нотаріусів, посвідчення комісій по трудових спорах, постанови органів (посадових осіб), уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення, рішення органів державної влади, прийняті з питань володіння і користування культовими будівлями і майном, постанови державного виконавця про стягнення виконавчого збору, витрат на проведення виконавчих дій та накладення штрафу, рішення Європейського суду з прав людини з урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» тощо. Таким чином, Закон України «Про виконавче провадження» застосовується під час виконання не лише рішень судів, а й виконання рішень інших органів, що дозволяє зробити висновок про те, що виконавче провадження спрямоване не лише на реалізацію судових актів, як актів правосуддя, а й є правовим інструментом кінцевої

реалізації рішень інших органів, універсальним механізмом застосування державою владних повноважень, спрямованих не лише на реалізацію правосудних функцій, а й на захист прав та свобод людини і громадянина у більш широкому контексті.

Закон України «Про виконавче провадження» містить набір універсальних процедур, які застосовуються як під час виконання судових рішень, так і рішень інших органів. Більшість процесуальних механізмів, які застосовуються державним виконавцем під час виконання рішень суду, застосовуються і під час виконання рішень інших органів. Система виконавчих процедур, таким чином, має самостійний характер і не може розглядатися як частина цивільних процесуальних відносин. У той же час зберігається зв'язок між виконавчим провадженням та цивільною юрисдикцією. Судова форма захисту права існує поряд з іншими формами захисту прав. Захист цивільних прав може здійснюватися й іншими органами. Так, згідно із Законом України «Про третейські суди» захист прав, свобод та інтересів громадян і організацій може здійснюватися третейськими судами. Згідно із ст. 18 Цивільного кодексу України захист цивільних прав може здійснюватися нотаріусом шляхом вчинення виконавчого напису. Трудове законодавство передбачає існування комісій по трудових спорах (КТС). Різні закони по-різному встановлюють процедури, пов'язані із захистом прав. Не збігаються механізми розгляду спорів, встановлені ЦПК України, Законом України «Про третейські суди», Законом «Про міжнародний комерційний арбітраж» тощо. Але універсальним є механізм виконання рішень цих органів. Безумовним був і залишається зв'язок між органами судової влади і органами державної виконавчої служби, і полягає він у тому, що у більшості випадків саме виконанням рішень судових органів займаються державні виконавці. Суттєвим фактором цього зв'язку і є практика Європейського суду з прав людини, який звертав увагу на те, що виконання судових рішень є частиною судових процедур, а їх невиконання є невиконанням судовою владою своїх функцій щодо захисту прав, свобод та інтересів громадян, що є порушенням міжнародно-правових зобов'язань України. Як зазначає В. В. Комаров, ключовим питанням для здійснення справедливого судочинства є і ефективність виконання судових рішень. Відповідно до чинного процесуального законодавства та прецедентної практики Європейського суду з прав людини виконання судових рішень є частиною судового розгляду. У зв'язку з цим, незважаючи на різні зміни процесуального законодавства, законодавства про державну виконавчу служ-

бу та виконавче провадження, є актуальною проблема пошуку нових моделей виконання судових рішень та виконавчого провадження¹. До речі, саме під впливом цієї практики була змінена і редакція ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження», яка зараз визначає виконавче провадження як завершальну стадію судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) — редакція статті 1 від 15.03.2006 р.

Закон України «Про виконавче провадження» неодноразово змінювався з часу його прийняття, процедури виконавчого провадження удосконалювалися, і на сьогодні вони є більш ефективними, ніж це було первісно.

Слід зазначити, що Закон України «Про виконавче провадження», хоча і є основним законом, яким урегульовано процедуру здійснення виконавчих дій, не є єдиним джерелом норм, які застосовуються державними виконавцями. Деякі норми, які регулюють виконавче провадження, містяться і в інших законах. Такі норми є в ЦПК України, у ГПК України, в КАС України тощо. Норми, які містяться у процесуальних законах, головним чином присвячені функціям суду у виконавчому провадженні. Ці функції можна поділити на допоміжні та контрольні. Вирішуються в цих кодексах також питання, пов'язані із поворотом виконання рішень та деякі інші. Існує низка підзаконних нормативних актів, які регулюють питання виконавчого провадження. Це передусім Інструкція про порядок вчинення виконавчих дій від 15.12.1999 р., Тимчасове положення про порядок проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна від 27.10.1999 р. та ін.

Діяльність юрисдикційних органів, реалізація ними повноважень щодо захисту прав, свобод та інтересів громадян і організацій нерозривно пов'язана із виконанням їх рішень. Система цивільної юрисдикції включає в себе як структурні елементи судові органи, третейські суди, органи нотаріату, органи щодо розгляду трудових спорів тощо. Виконання рішень усіх цих органів відбувається за універсальними правилами виконавчих процедур, передбачених чинним законодавством. Існує взаємозв'язок між органами цивільної юрисдикції та органами виконання їх рішень. Як зазначає К. В. Гусаров, під системою цивільної юрисдикції слід розуміти існуючі форми захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. Діяльність органів цивільної юрисдикції поділяється на таку, що здійснюється в рамках судової

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. проф. В. В. Комарова. – Х., 2008. – С. 6.

системи, і таку, що здійснюється поза нею (органи виконавчої влади та місцевого самоврядування, Президент України, третейські суди, нотаріат)¹. Органи цивільної юрисдикції, у свою чергу, передбачають наявність процедур виконавчого провадження, механізмів реалізації їх рішень. З іншого боку, виконавче провадження є органічним продовженням реалізації владної компетенції органами цивільної юрисдикції, без органів цивільної юрисдикції не може існувати і виконавче провадження, оскільки воно має похідний характер від їх діяльності і покликане бути свого роду кінцевим інструментом втілення їх рішень у життя. Такий взаємозв'язок між органами цивільної юрисдикції та органами, що здійснюють виконавче провадження, дозволяє дійти висновку, що вони у своїй сукупності створюють певну систему і існують нерозривно, хоча і відносно автономно. Вважаємо, що виконавче провадження в силу цих зв'язків є структурним елементом цивільної юрисдикції.

Можна сказати, що між виконавчим провадженням та цивільним процесом існують не лише функціональні, а й генетичні зв'язки. Наявність функціональних зв'язків є беззаперечною і полягають вони в тому, що виконавче провадження забезпечує безпосередню реалізацію судових рішень. Із генетичними зв'язками справа обстоїть не настільки прозоро. Загальновизнаною є точка зору, що генетичний зв'язок притаманний цивільному процесу, кримінальному процесу, господарському та адміністративному процесам, оскільки всі вони пов'язані із процесуальною діяльністю судових органів, із здійсненням судами правосудних функцій, із наявністю багатьох спільних інститутів та близькою системою принципів. Але виконавче провадження у тому вигляді, як воно сформувалося сьогодні, значною мірою нагадує процесуальну діяльність, притаманну судовій системі. Ця процесуальна діяльність має певну спорідненість із цивільною процесуальною формою, багато інститутів цивільного процесуального права зустрічаються і у виконавчому провадженні. Як вказує В. В. Тertiшніков, цивільна процесуальна форма характеризується наявністю трьох ознак: провадження, стадій і процесуального режиму. Провадження — це система процесуальних дій, об'єднаних кінцевою процесуальною метою. Стадія — це система цивільних процесуальних дій, об'єднаних найближчою процесуальною метою. Процесуальний режим — це ступінь урегульованості, ступінь напруженості процедури². Такі ознаки

¹ Гусаров К. В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядкух / К. В. Гусаров. — Х., 2010. — С. 36.

² Тertiшніков В. И. Основы гражданского судопроизводства Украины / В. И. Тertiшніков. — Харьков, 2006. — С. 9–10.

процесуальній формі притаманні і виконавчому провадженню, оскільки у виконавчому провадженні існує певна система процесуальних дій, спрямованих на кінцеву мету, якою є належне і своєчасне виконання рішення суду чи іншого органу, виконавче провадження поділяється на стадії і має свій процесуальний режим. Існують також багато споріднених інститутів. Так, інститут сторін у виконавчому провадженні має похідний характер від цього інституту в цивільних процесуальних правовідносинах, співучасть у цивільних процесуальних відносинах обумовлює співучасть у виконавчому провадженні, те саме стосується інституту правонаступництва. Прокурор, що виступав ініціатором цивільної справи, може бути ініціатором і учасником виконавчого провадження. Такі процесуальні засоби подолання перешкод, які виникають під час здійснення виконавчого провадження, як зупинення виконавчого провадження, за підставами та наслідками їх застосування є спорідненими до інституту зупинення розгляду справи в суді. Деякі автори наголошують на спорідненості процесуальних функцій судді і державного виконавця в тому, що стосується дотримання ними об'єктивності та неупередженості, схожості інституту забезпечення позову судом із правом державного виконавця накладати арешт на майно боржника тощо¹. Таким чином, зв'язки між виконавчим провадженням та цивільним процесом представляються як функціональні та генетичні одночасно.

Можна зробити загальний висновок, що виконавче провадження на сьогодні фактично перетворюється на виконавчий процес, оскільки діяльності, пов'язаної із виконанням рішень суду та інших органів, притаманні багато інститутів, характерних для процесуальної діяльності судових органів, виконавчому провадженню притаманна така ознака процесуальної форми, як стадійність, система норм виконавчого провадження за ступенем врегульованості є вищою, ніж звичайна система процедур і тяжіє до системи процедур щодо розгляду справ, встановленої відповідним процесуальним законодавством. В. І. Тертишніков та О. В. Шутенко пропонують називати виконавче провадження цивільним виконавчим правом. Як зазначають ці вчені, предмет правового регулювання цивільного виконавчого права є відносини щодо організації і порядку діяльності органів державної виконавчої служби. Особливість методу правового регулювання цієї

¹ Шупеня М. М. Виконавче провадження – завершальна стадія судового процесу. Процесуальні повноваження державного виконавця / М. М. Шупеня, Б. Я. Бачук, Л. П. Франків // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2005. – № 12(50). – С. 125.

галузі права полягає у спорідненості з методами цивільного процесуального і адміністративного процесуального права і зводиться в основному до влади і підпорядкування, особливим юридичним фактам і санкціям цивільно-процесуального і адміністративного характеру¹.

Динамічний розвиток законодавства про виконавче провадження, значний досвід його застосування ставлять перед юридичною наукою багато питань, які потребують відповіді. Виконавче провадження повинно стати об'єктом комплексного наукового дослідження з метою його систематизації, упорядкування, визначення його місця в системі законодавства, окреслення його рис як самостійної галузі права, аналізу перспектив його подальшого розвитку та удосконалення виконавчих процедур.

В статье анализируется правовая природа исполнительного производства в Украине, признаки его процессуальной формы, тенденции его дальнейшего развития.

The article analyzes the legal nature of enforcement proceedings in Ukraine, the signs of its procedural form, the trends of its further development.

¹ Тертышников В. И. Основы исполнительного производства / В. И. Тертышников, О. В. Шутенко. – Х., 2004. – С. 5.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Д. В. Задихайло, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри господарсько-го права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Право на підприємницьку діяльність у системі відносин правового господарського порядку

Одним із найважливіших досягнень Господарського кодексу України як продукту наукової та законотворчої діяльності слід назвати зміст його ст. 5, у якій зафіксовано поняття правового господарського порядку та визначено його конституційні основи. Згідно із цим визначенням правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Визначення вказує на ключові змістовні чинники складові правового господарського порядку, що водночас є і об'єктами господарсько-правового забезпечення. За формою правовий господарський порядок як надзвичайно складний комплексний економіко-правовий феномен складається із:

1) системи встановлених законодавством правових режимів господарювання, що забезпечують здійснення господарської діяльності на окремих ринках товарів та послуг, в окремих секторах та галузях економіки;

2) системи встановлених законодавством механізмів захисту правового господарського порядку як від актів прямого економічного опортунізму, через формування інституту господарсько-правової відповідальності, так і через реалізацію системи заходів скорочення обсягів тіньової економіки;

3) законодавчо забезпеченого механізму формування та реалізації державою власної економічної політики у сфері господарювання, що, зокрема, визначає рівень інтенсивності реалізації тих чи інших господарських відносин у межах існуючого правового господарського порядку, а також зміст та напрями трансформації такого порядку з метою

виведення господарських відносин на принципово новий рівень ефективності.

Разом з тим необхідно визнати, що за своїми сутнісними ознаками правовий господарський порядок у частині ринкового саморегулювання економічних відносин, як відомо, базується на плюралізмі та рівності форм власності, свободі підприємницької діяльності, свободі конкуренції та ціноутворення. Відтак право на підприємницьку діяльність, його зміст, межі та порядок реалізації виступає одним із наріжних каменів усієї системи відносин правового господарського порядку. Слід зазначити, що відповідно до преамбули Господарського кодексу України він має на меті утвердити суспільний господарський порядок в економічній системі країни, зокрема за рахунок розвитку підприємництва і на цій основі підвищення ефективності суспільного виробництва.

Таким чином, підприємницьку діяльність згідно зі ст. 42 Господарського кодексу України, а саме самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, слід розглядати як основний інститут ринкового саморегулювання. Саме в його межах відбувається організація виробництва товарів та послуг, що урівноважують попит та споживання на прийнятному для суспільства рівні.

У цьому сенсі право на підприємницьку діяльність є системоутворюючим елементом усього комплексу відносин у ринковій економіці і має розглядатися як у «вертикальному», так і «горизонтальному» системно-структурному контексті системи права та системи законодавства.

Основна мета цієї статті полягає у з'ясуванні змісту конституційно-правового забезпечення права на підприємницьку діяльність у контексті створення необхідних і достатніх правових засад як для сучасного та перспективного розвитку поточного господарського законодавства, так і для створення практичних можливостей включення Конституційного Суду України у процес захисту конституційної законності прав суб'єктів підприємницької діяльності, що набуває особливої гостроти в поточному суспільному моменті.

Фіксація в Конституції України 1996 р. права людини і громадянина на підприємницьку діяльність (власне на приватну підприємницьку діяльність), для українського законодавства та суспільного життя має історичне інституційне значення, незважаючи на те, що у світовому досвіді конституційного правотворення та міжнародно-правовій прак-

тиці фіксації стандартів прав людини право на підприємницьку діяльність давно набуло значення обов'язкового елементу блоку економічних прав і свобод людини. Дійсно, у процесі реформування адміністративно-командної економіки в економіку ринкового типу, соціальна ціна якого та його наслідків може оцінюватись вельми суперечливо, законодавче закріплення права на підприємницьку діяльність фактично інституціалізувало одну з центральних ланок усього механізму ринкової економіки, звичайно поряд із приватною формою власності та широким колом організаційно-правових форм здійснення підприємницької діяльності. Необхідно зазначити, що названі базові інституційні засади функціонування ринкових економічних відносин були запроваджені у Законах України «Про підприємництво», «Про власність», «Про підприємства», які нині втратили чинність. Їх норми створили певну юридико-технічну базу для конституційно-правових узагальнень у відповідній сфері в тексті Конституції 1996 р. Таким чином, слід зазначити, що закріплене право на підприємницьку діяльність у ст. 42 Конституції України виконує, зокрема, функцію інституціалізації одного з найважливіших елементів ринкової економіки.

Слід також зазначити, що названа конституційно-правова норма достатньо чітко транслює вектор спрямованості правового регулювання економічних відносин у змісті поточного законодавства, і перш за все Господарського та Цивільного кодексів України. По-перше, свобода підприємницької діяльності як принцип господарювання та загальної засади цивільного законодавства закріплені відповідно у ст. 6 ГК України та ст. 3 ЦК України. Слід зазначити, що названі кодекси містять окремі глави у своєму складі, що системно пов'язані із конституційним правом особи на підприємницьку діяльність, зокрема глава 4 Господарського кодексу та глава 5 Цивільного кодексу України. Відповідні норми Господарського кодексу України якими зокрема визначається зміст підприємництва як виду господарської діяльності (ст. 42), зміст свободи підприємницької діяльності (ст. 43), інших принципів підприємницької діяльності (ст. 44) та організаційних форм підприємництва (ст. 45), а також норми Цивільного кодексу України, якими деталізовано власне право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності (ст. 50), визначено зміст цивільно-правової відповідальності фізичної особи — підприємця (ст. 52) та ін., сукупно дозволяють, так би мовити, у «зворотному порядку» встановити зміст права на підприємницьку діяльність відповідно до ст. 42 Конституції України. Адже законодавець у межах названої конституційно-правової норми цей зміст

не розкриває, обмежуючись лише констатацією права на підприємницьку діяльність. Таку ситуацію слід визнати одним із недоліків конституційного нормотворення, тим більше, що суміжні конституційні економічні права, зокрема право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю (ст. 41 Конституції України), право на працю (ст. 43 Конституції України), право на відпочинок (ст. 45 Конституції України), право на соціальний захист (ст. 46 Конституції України) тощо, сформульовані з виразним дефінітивним акцентом. Таким чином, слід констатувати, що вищою юридичною силою скоріше забезпечено право громадянина на підприємницьку діяльність в її декларативному значенні, ніж перелік принципових аспектів такої діяльності, як наприклад самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних та соціальних результатів та одержання прибутку, що власне і дозволяють зробити підприємництво об'єктом правового регулювання та правової охорони в межах усіх щаблів ієрархії національної системи законодавства.

Конституція України як кодифікація конституційно-правового регулювання суспільних відносин вимагає системного підходу до аналізу тих чи інших її норм, зокрема з метою їх тлумачення тощо. Стаття 42 Конституції України не є винятком, адже вона є, по-перше, складовою підсистеми економічних прав і повинна аналізуватися в контексті її взаємодії з правом власності, правом на працю, правом на соціальний захист, правом на страйк, правом на свободу наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності тощо. Адже підприємницька діяльність складається з капіталізації матеріальних і нематеріальних активів, що передбачають наявність певного правового титулу, як об'єкти речових прав або прав інтелектуальної власності, їх подальше використання в процесі створення нових товарів, надання послуг або виконання робіт, а з їх реалізацією через отримання прибутку пов'язано набуття права власності на нові об'єкти цивільних та господарських прав. Аналогічно слід встановити органічний зв'язок між реалізацією права на підприємницьку діяльність та конституційним правом на працю, адже вільний найм підприємцем працівників є одним із принципів підприємницької діяльності. До названої підсистеми тяжіє також конституційно-правовий обов'язок сплачувати податки, передбачений у ст. 67 Конституції України, що може виступати домінуючим мотиваційним аспектом щодо реалізації права на підприємницьку діяльність як такого, адже за певних обставин оподаткування може набувати конфіскаційного характеру.

Системно-структурний підхід також вимагає становлення органічного взаємозв'язку між змістом ст. 42 Конституції України та підсистемою конституційно-правового визначення правового положення вищих органів державної влади, передусім виконавчої. Так, безперечним є правовий зв'язок між реалізацією права на підприємницьку діяльність та, наприклад, компетенцією Кабінету Міністрів України щодо проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики згідно із п. 3 ст. 116 Конституції України. Цілком зрозуміло, що реалізація Урядом названих напрямів економічної політики через систему державного регулювання підприємницької діяльності фактично створює різноманітні за спрямуванням правові режими діяльності суб'єктів господарювання, реально впливаючи на їх фактичні можливості її здійснення. Зрештою, усі названі підсистемні конституційно-правові алгоритми реалізації права на підприємницьку діяльність виступають складовими спільної для них системи конституційно-правового регулювання загальних засад суспільного ладу країни. У цьому контексті конституційне право на підприємницьку діяльність є елементом більш складного правового механізму, в якому відбувається його активна взаємодія з положеннями, зокрема статті 13, 14, 15, 17 Конституції України, що визначають відповідно перелік об'єктів права власності Українського народу, правовий механізм його реалізації та права громадян користуватися природними об'єктами; встановлюють обмеження на використання об'єктів права власності, визначають соціальну спрямованість економіки та принцип рівноправності суб'єктів права власності та захисту державою прав усіх суб'єктів господарювання; особливий режим права власності на землю; встановлюють принцип економічної багатоманітності як засадниче положення організації суспільного життя в Україні та визначають економічну безпеку найважливішою функцією держави тощо.

Необхідність системного тлумачення змісту ст. 42 Конституції України таким чином обумовлена тим, що право на підприємницьку діяльність є не тільки елементом правового механізму функціонування ринкової економіки, але і складовою правового господарського порядку як такого, який згідно із ст. 5 Господарського кодексу України формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демокра-

тичної, соціальної, правової держави. У цьому контексті слід зазначити, що категорії «правовий господарський порядок» на галузевому рівні має кореспондувати базова конституційно-правова категорія «конституційний економічний порядок». Але це проблема систематизації норм Конституції України, визначення суспільних пріоритетів і навіть визнання конкуренції інтересів, пов'язаних із об'єктами конституційно-правового регулювання, їх інституціалізації в системі Конституції України як кодифікованого джерела законодавства. У цьому сенсі у процесі майбутньої конституційної реформи необхідно виходити із необхідності закріплення в Основному Законі окремого інституту «конституційних засад правового економічного порядку в Україні». Саме такий підхід може суттєво підвищити кінцеву ефективність конституційно-правового регулювання економічних відносин як таких і зокрема реалізації права на підприємницьку діяльність, створити системний вплив на зміст поточного законодавства, зокрема господарського, забезпечити його розвитку чіткі конституційно-правові орієнтири та повною мірою включити Конституційний Суд України у процес забезпечення конституційної законності в економічній сфері суспільних відносин.

Відсутність у чинній Конституції України внутрішньої систематизації норм, що мають спільний об'єкт конституційно-правового регулювання — економічну систему та конституційний економічний порядок, слід визнати суттєвим недоліком, що знижує загальну ефективність ст. 42 Конституції України. Адже згідно із цитованим визначенням правового господарського порядку право на підприємницьку діяльність є не тільки елементом ринкового саморегулювання економічних відносин (хоча і базовим), але і знаходиться в системі відносин державного регулювання макроекономічних процесів, що за своїм впливом значною частиною обмежує дію принципу свободи підприємницької діяльності і таким чином суттєво впливає на кінцеву конфігурацію змісту підприємництва. У цьому сенсі ст. 42 Конституції України визначає серед публічно-правових чинників, що встановлюють межі реалізації права на підприємницьку діяльність, лише імперативи дотримання правил добросовісної економічної конкуренції та захисту прав споживачів. Однак такі застереження не охоплюють усіх правових засобів реалізації державною економічної політики, у тому числі і через механізми державного регулювання відносин, учасниками яких є підприємці, що безпосередньо впливають на визначення змісту реально-го правового режиму підприємництва в Україні.

Окремою проблемою конституційно-правового закріплення права на підприємницьку діяльність, що також, як уявляється, призводить до суттєвого зниження його ефективності є фіксація, такого права лише як суб'єктивного права, а не складного суспільно-економічного феномену — об'єкта конституційно-правового регулювання. Для цього слід додати, що така фіксація відбувається за умови обмеження суб'єктного складу носіїв такого суб'єктивного права тільки фізичними особами, що звичайно викликано «Законом жанру» — місцезнаходженням ст. 42 у розділі Конституції України «Права, свободи і обов'язки людини і громадянина». Разом з цим і цивільне право виходить з існування цілої низки юридичних осіб приватного права, що є суб'єктами підприємницької діяльності, зокрема — підприємницьких товариств (ст. 83 та ст. 84 Цивільного кодексу України), і звичайно господарське право передбачає широке коло суб'єктів господарювання, що можуть бути утвореними як юридичні особи у різних організаційно-правових формах (ст. 45 та ст. 55 ГК України). Таким чином, слід зазначити, що і Цивільним кодексом України, і Господарським кодексом України передбачено, що фізична особа може виступати лише як один із типів суб'єктів підприємницької діяльності, інший тип утворюють різної організаційно-правової форми господарські організації — юридичні особи. У той же час фіксація права на підприємницьку діяльність тільки в названому розділі Конституції України надзвичайно звужує сферу регулювання з боку відповідних норм, обмежуючи їх дію тільки суб'єктами — фізичними особами. Відтак підприємці — юридичні особи і підприємництво як інститут ринкових економічних відносин залишаються за такого підходу фактично поза прямого конституційно-правового забезпечення. До цього слід додати, що згідно із положенням ст. 13 Конституції України «Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання», але в той же час право на підприємницьку діяльність одних суб'єктів вона фіксує на рівні конституційно-правового регулювання, а іншу категорію суб'єктів — залишає поточному законодавству, що саме по собі створює нерівні можливості правового захисту.

Ця проблема однак виходить за межі тільки правоохоронної функції Конституції України, адже фактично мова йде про різну конфігурацію приватних і публічних інтересів, що виникають із приводу діяльності суб'єктів господарювання за критерієм їх віднесення до малого чи середнього бізнесу, або до потужних фінансово-промислових груп,

що організовані як холдингові компанії і є суб'єктами економічних відносин у масштабі глобального виміру. Цілком зрозуміло, що підприємницька діяльність перших представлена здебільшого фізичними особами — підприємцями, а останніх — виключно, цілою низкою асоційованих підприємств — юридичних осіб. Зрозуміло також, що і правові режими регулювання діяльності малого бізнесу та компаній глобального або загальнонаціонального галузевого масштабу мають суттєво відрізнятися і рівно потребують при цьому з'ясування конституційно-правових пріоритетів та фіксації основних правових засобів, що кладуться в основу таких режимів. Відтак закріплення права на підприємницьку діяльність тільки фізичних осіб створює фрагментарне конституційно-правове регулювання підприємництва, що суттєво знижує його ефективність у цій сфері суспільно-економічних відносин.

Слід також зауважити, що підприємницька діяльність має тісний органічний зв'язок із виникненням та реалізацією корпоративних прав, у тому числі і через заснування та участь в управлінні спеціально створених для здійснення підприємницької діяльності корпоративних підприємств — юридичних осіб — суб'єктів комерційного господарювання. І хоча корпоративні права за своєю природою та відповідно до ст. 167 Господарського кодексу України не є підприємництвом, тісний органічний зв'язок між ними також потребує, як уявляється, їх конституційно-правової фіксації, адже вони обумовлюють підприємницьку діяльність корпоративних підприємств, а також є формою реалізації майнових прав, передбачених ст. 41 Конституції України.

Слід зазначити, що ст. 42 Конституції України у змісті своїх положень частково враховує суперечливість і динаміку приватних і публічних інтересів, що виникають із приводу підприємницької діяльності і тому поряд із фіксацією самого права на підприємницьку діяльність, включено застереження, що сферою реалізації права є тільки ті види діяльності, що не заборонені законом. Слід зазначити, що законодавець вказав і на засоби обмеження — пряму заборону шляхом відсилання до поточного законодавства, що не враховує інших господарсько-правових засобів державного регулювання підприємницької діяльності, наприклад ліцензування. Важливо звернути увагу на те, що в цьому випадку Конституція України, по-перше, не вказує на зміст тих чи інших інтересів, для забезпечення яких законодавчо

можуть бути застосовані ці заборони, а по-друге, слід також зазначити, що відсутність посилання у Конституції України на можливість обмежень підприємницької діяльності у поточному законодавстві саме на підставі тих чи інших публічних інтересів призводить до колізії із положенням ст. 64 Конституції України щодо того, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією, якими є, зокрема, введення у країні воєнного або надзвичайного стану, тобто конкретні правові режими, можливість уведення яких прямо передбачена в тексті Конституції.

Слід також зазначити, що наявність простого застереження у тексті ст. 42 Конституції України на абстрактну можливість заборонити право на підприємницьку діяльність без посилання на визначений публічний інтерес, захист якого має бути підставою для таких заборон, практично приводить до можливості безконтрольного обмеження поточним законодавством наданого Конституцією України такого права без прямих матеріально-правових підстав для відповідного звернення до Конституційного Суду України.

Частина 2 цієї статті Конституції України містить інший за юридичною технікою засіб обмежень — обмеження за колом осіб. Так, «підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування обмежується законом». У цьому випадку Конституція України вказує на засіб обмеження права на підприємницьку діяльність через обмеження її суб'єктного складу, конкретний механізм якого визначається також шляхом відсилання до поточного законодавства.

Публічні інтереси, щодо забезпечення яких держава застосовує заборону на окремі види поведінки з боку підприємців, знаходять певне своє відображення в частині третій ст. 42 Конституції України, серед яких названо необхідність підтримання економічної конкуренції як системного чинника функціонування ринкової економіки. Слід звернути увагу, що в цій частині ст. 42 Конституції України заборона сформульована у вигляді прямої вказівки на перелік родових складів господарських правопорушень — зловживання монополієм становити на ринку; неправомірне обмеження конкуренції; недобросовісна конкуренція. Фактично ця норма також відсилає до поточного конкурентного законодавства, яке містить вичерпний перелік складів відповідних правопорушень. Слід звернути увагу на те, що Конститу-

ція України не забороняє монопольне становище підприємця на внутрішньому ринку як таке, але зловживання ним. Це особливо важливо в умовах міжнародної глобальної економічної конкуренції, зокрема в умовах членства України у світовій організації торгівлі. Держава забороняє саме зловживання монопольним становищем, яке і утворює склад правопорушення. Однак види і межі монополії, що відмежовують правомірну монополію від забороненою згідно із ст. 42 Конституції України визначається законом.

Наступні публічні інтереси, що є чинником конституційно-правового регулювання підприємницької діяльності, є права споживачів на якість і безпеку товарів та послуг, що виробляються та видаються підприємцями. В частині четвертій цієї статті Конституції України держава фіксує свій обов'язок захищати права споживачів шляхом здійснення контролю за якістю та безпекою продукції усіх видів послуг і робіт.

Думається з точки зору послідовності застосування інструментів законодавчої техніки законодавцю в цьому випадку також було б доцільно вказати на правові наслідки завдання шкоди споживачам та зробити відсилання до спеціального поточного законодавства.

Слід зазначити, що складність змісту економічних відносин їх регулювання з боку держави та їх правового регулювання, вимагає застосування багатьох інших обмежень та заборон у підприємницькій діяльності. Ці обмеження, як правило, не пов'язані із заборонаю окремих видів діяльності або визначенням сфери державної монополії чи заборонаю окремим особам займатися підприємництвом або станом економічної конкуренції, або правами споживачів. Вони перш за все пов'язані з можливістю реалізації свободи договору, а саме через застосування обмежень на укладання певних договорів, звуження сфери диспозитивності у визначенні тих чи інших договірних умов, наприклад, платіжних, цінових, умов забезпечення зобов'язань тощо. Саме в цій сфері реалізується більшість інструментів державного регулювання економіки і саме вони об'єктивно обмежують в тій чи іншій частині право на підприємницьку діяльність. Але саме державне регулювання господарських відносин як невід'ємна складова ринкових відносин та правового господарського порядку не отримало свого власного конституційно-правового закріплення, чим фактично утворюється прогалина у конституційно-правовому регулюванні економічних відносин як таких.

Задихайло Д. В. Право на підприємницьку діяльність в системі відносин правового господарського порядку

В статті дано авторське визначення правового господарського порядку та досліджено місце права на підприємницьку діяльність в системі відносин правового господарського порядку. Особливу увагу приділено визначенню цілої низки дисфункцій механізму правового забезпечення реалізації цього права в сучасних умовах функціонування ринку засобами законодавчої техніки.

Ключові слова: правовий господарський порядок, право на підприємницьку діяльність, публічні інтереси щодо підприємницької діяльності.

Задыхайло Д. В. Право на предпринимательскую деятельность в системе отношений правового хозяйственного порядка

В статье дано авторское определение правового хозяйственного порядка, а также исследовано место права на предпринимательскую деятельность в системе отношений правового хозяйственного порядка. Особое внимание уделено установлению дисфункций механизма правового обеспечения реализации названного права в современных условиях функционирования рынка средствами законодательной техники.

Ключевые слова: правовой хозяйственный порядок, право на предпринимательскую деятельность, публичные интересы в сфере предпринимательской деятельности.

Zadykhyaylo D.V. Right on enterprising activities in system law business order

The article is devoted to analysis of right on enterprising activities as a part of system Law business order with proposals for improvement of Ukrainian legislation in this Sphere.

Key works: Law business order; right on enterprising activities; public interest in enterprising sphere.

УДК 346.

В. Пашков, доктор юридичних наук, доцент кафедри спеціально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Діяльність суб'єктів господарювання як об'єктів правового регулювання: проблема кваліфікації

Ключовим поняттям господарського права є поняття господарської діяльності, яке ми знаходимо в різних нормативно-правових актах. На сьогодні це поняття, що визначено у таких законодавчих актах, як Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 1) та Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» (ст. 1), також знайшло своє відображення у Податковому кодексі (ПК) України (п. 14.1.36 ст. 14), де визначено, що господарська діяльність – це діяльність особи, що пов'язана з виробництвом (виготовленням) та/або реалізацією товарів, виконанням робіт, наданням послуг, спрямована на отримання доходу і проводиться такою особою самостійно та/або через свої відокремлені підрозділи, а також через будь-яку іншу особу, що діє на користь першої особи, зокрема, за договорами комісії, доручення та агентськими договорами.

На нашу думку, зазначене визначення фактично нівелює значення суб'єктного складу у здійсненні господарської діяльності, що з точки зору податкового законодавства, основним завданням якого є наповнення Державного бюджету України, а також на фоні скасування дії Декрету Кабінету Міністрів України «Про податок на промисел», можливо, є частково виправданим.

Необхідно відзначити, що на відміну від цивільного законодавства, де об'єктом правового регулювання є «правочин», у господарському законодавстві об'єктом правового регулювання є «діяльність». Тому проблема кваліфікації діяльності суб'єктів господарювання як об'єктів правового регулювання потребує чіткого розмежування з іншими об'єктами правового регулювання.

Діяльність — це інша система координат, де суб'єктами є не лише контрагенти, як це відбувається у цивільному праві, а також держава, суб'єкти організаційно-господарських повноважень та споживачі в широкому розумінні.

Так, згідно з Господарським кодексом не належить до господарської діяльності несистематична діяльність фізичних осіб, що не зареєстровані належним чином як фізичні особи — підприємці, яка полягає у продажу вироблених, перероблених та куплених речей, товарів, а також вирощених у підсобному господарстві. Необхідно відзначити, що частково ці види діяльності підпадали під дію вищезазначеного декрету Кабінету Міністрів України «Про податок на промисел». Цим же документом було визначено таке поняття, як «промисел», до нього належала діяльність у вигляді продажу вищезазначених товарів не більше ніж чотирьох разів протягом календарного року. У зв'язку зі скасуванням цього поняття виникає ризик нівелювання різниці між підприємницькою діяльністю фізичної особи — підприємця та діяльністю інших фізичних осіб, що не зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності, але при цьому здійснюють діяльність, яка має ознаки підприємницької діяльності.

Таким чином, у господарському законодавстві уніфікованим залишається поняття господарської діяльності, що викладене в ч. 1 ст. 3 ГК України, де зазначено, що під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Важливі теоретико-методичні проблеми дослідження діяльності учасників правовідносин у сфері господарювання посідають вагоме місце у роботах науковців господарського права, а саме: О. М. Вінник, Д. В. Задихайло, В. К. Мамутова, О. П. Подцерковного, В. А. Устименко, О. В. Шаповалової, В. С. Щербини тощо. Значна увага дослідників приділялася ознакам господарської діяльності, серед яких важливе місце займає ознака наявності спеціального суб'єкта, який повинен мати статус суб'єкта господарювання. Разом з тим у зв'язку з набранням чинності Податковим кодексом (ПК) України та нової редакції Бюджетного кодексу (БК) України виникає необхідність, з одного боку, не допустити ревізії існуючих ознак господарської діяльності, а з другого — уточнити статус окремих видів суб'єктів господарювання, зокрема тих, що фінансуються з бюджету.

Метою цієї статті є дослідження деяких особливостей кваліфікації суб'єктів господарювання як об'єктів правового регулювання.

Особливістю господарської діяльності є її суб'єкти — не будь-які особи, а лише ті з них, що відповідно до вимог Господарського кодек-

су України визнаються суб'єктами господарювання (ст. 55 ГК). Діяльність таких осіб здійснюється не лише в їх власних інтересах (з метою отримання прибутку), а й в інтересах суспільства (для задоволення певних потреб суспільства у продукції, роботах і послугах).

Задоволення суспільних потреб у певних благах вимагає від виробника відповідних знань, навичок, організації, засобів, що зумовлює професійні засади здійснення господарської діяльності.

Реалізуючі своє конституційне право на здійснення підприємницької діяльності, кожен громадянин України, іноземець та особа без громадянства самостійно визначає найбільш прийнятний для нього спосіб організації її здійснення, обираючи індивідуальний або колективний характер дій на основі об'єднання майна, підприємницьких зусиль з іншими особами з метою спільного отримання прибутку. Традиційно в теорії відносин власності за цією ознакою всіх учасників процесу господарювання, що розглядається як привласнення продуктів природи шляхом продуктивної праці у процесі суспільного виробництва, поділяють на суб'єктів індивідуального та групового привласнення.

У цілому зрозуміло, що задоволення суспільних потреб відбувається як за допомогою суб'єктів підприємницької діяльності, так і з боку суб'єктів некомерційного господарювання. Але при здійсненні діяльності з боку суб'єктів некомерційного господарювання іноді виникає питання щодо розмежування їх діяльності із діяльністю негосподарюючих суб'єктів.

У господарському законодавстві (ст. 3 ГК) визначаються лише загальні розпливчасті ознаки негосподарюючого суб'єкта та, на наш погляд, (статті 52–54 ГК) неповна, обмежена регламентація і визначення некомерційного господарювання.

Так, згідно з ч. 2 ст. 52 ГК некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки у галузях, в яких забороняється підприємництво. Проте у ст. 157 ПК України (п. 157.15) уведено термін «*основна діяльність*» щодо діяльності неприбуткових організацій. Під цим терміном слід розуміти діяльність неприбуткових організацій, яка визначена для них як основна законом, що регулює діяльність відповідної неприбуткової організації, у тому числі з надання реабілітаційних та фізкультурно-спортивних послуг для інвалідів (дітей-інвалідів), благодійної допомоги, просвітніх, культурних, наукових, освітніх, соціальних та інших подібних послуг для суспільного споживання, зі створен-

ня систем соціального самозабезпечення громадян (недержавні пенсійні фонди та інші подібні організації). До основної діяльності такої неприбуткової організації також включається продаж товарів, виконання робіт, надання послуг, які пропагують принципи та ідеї, для захисту яких було створено таку неприбуткову організацію, та які є тісно пов'язаними з її основною діяльністю, якщо ціна таких товарів, виконаних робіт, наданих послуг є нижчою від звичайної або якщо така ціна регулюється державою. Статутні документи неприбуткових організацій повинні містити вичерпний перелік видів їх діяльності, які не передбачають одержання прибутку згідно з нормами законів, що регулюють їх діяльність.

Зазначене остаточно свідчить, що *діяльність громадських організацій, благодійних фондів, професійних організацій належить до некомерційної господарської діяльності*.

Таким чином, подальша дискусія щодо віднесення громадських організацій та благодійних фондів до суб'єктів некомерційного господарювання або до негосподарюючих суб'єктів фактично втратила своє значення¹.

Так, свого часу в своїх дослідженнях щодо встановлення статусу негосподарюючих суб'єктів В. С. Мілаш не зовсім обґрунтовано, у супереч ст. 86 ЦК, визнала об'єднання громадян негосподарюючими суб'єктами, мотивуючи це тим, що вони існують для захисту громадянами своїх прав та свобод².

Окремо в ПК (підп. 14.1.226 ст. 14) визначена так звана *незалежна професійна діяльність* – участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб. Зазначена діяльність фактично має всі ознаки господарської діяльності, але не потребує державної реєстрації як суб'єкта господарювання і за законодавством не визнається господарською діяльністю. При цьому, відповідно до ч. 2 п. 65.1 ст. 65 ПК України, приватні нотаріуси та інші

¹ Пашков В. М. Проблеми господарсько-правового забезпечення відносин у сфері охорони здоров'я : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Віталій Михайлович Пашков. – Х., 2010. – С. 116–117.

² Мілаш В. С. Господарське право: Курс лекцій : у 2 ч. – Ч. 1 / В. С. Мілаш. – Х., 2008. – С. 60.

фізичні особи, умовою ведення незалежної професійної діяльності яких згідно із законом є державна реєстрація такої діяльності у відповідному уповноваженому органі та отримання свідоцтва про реєстрацію чи іншого документа (дозволу, сертифіката тощо), що підтверджує право фізичної особи на ведення незалежної професійної діяльності, протягом 10 календарних днів після такої реєстрації зобов'язані стати на облік в органі державної податкової служби за місцем свого постійного проживання. Для взяття на облік фізичної особи, яка має намір провадити незалежну професійну діяльність (п. 65.3 ст. 65), така особа повинна подати заяву та документи особисто (надіслати рекомендованим листом з описом вкладення) або через уповноважену особу до органу державної податкової служби за місцем постійного проживання.

Цікаво, але ознаки діяльності осіб, які займаються *незалежною професійною діяльністю*, особливо тих, що виконують публічні функції, мають деякі спільні ознаки з господарською діяльністю, до них можна віднести: виконання робіт та надання послуг для задоволення потреб інших осіб; передача зазначених благ іншим особам на платній основі; професійні засади здійснення такої діяльності; поєднання приватних інтересів виконавця послуг та публічних інтересів в отриманні певних благ; значний рівень державного регулювання. І хоча зазначені особи не мають статусу суб'єкта господарювання, у той же час для здійснення деяких видів такої діяльності необхідно отримати спеціальні дозволи, сертифікати.

Зазначене може викликати питання у частині віднесення фізичних осіб непідприємців до негосподарюючих суб'єктів.

Відповідно до ст. 2 ГК учасниками відносин у сфері господарювання є: суб'єкти господарювання; споживачі; органи державної влади й органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією; громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

Усіх зазначених учасників господарських відносин В. С. Щербина розглядає як суб'єктів господарського права¹. Дещо інша точка зору у О. М. Вінник, яка вважає, що не всі перелічені категорії осіб є суб'єктами господарських правовідносин (господарського права). Такими суб'єктами, вважає дослідниця, є лише ті учасники відносин у сфері господарювання, яким притаманна сукупність необхідних для цього

¹ Щербина В. С. Господарське право : підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. / В. С. Щербина – К., 2005. – С. 84.

ознак, а саме: безпосереднє здійснення господарської діяльності (виробництво продукції, виконання робіт, надання послуг) або управління господарською діяльністю; створення (набуття статусу суб'єкта господарських правовідносин) у встановленому законом порядку; наявність майна, необхідного для здійснення обраної суб'єктом або покладеної на нього господарської діяльності чи управління такою діяльністю; визнання господарської правосуб'єктності¹. Втім зазначені ознаки, на нашу думку, притаманні такій категорії суб'єктів господарського права, як суб'єкти господарювання та суб'єкти організаційно-господарських повноважень. Тому погодимося із висновком В. С. Мілаш щодо співвідношення категорій «суб'єкт господарського права» і «учасник господарських відносин» і тим, що категорія «суб'єкт господарського права» є узагальнюючою (підсумковою) та поглинає своїм змістом усіх можливих учасників відносин у сфері господарювання².

Якщо проаналізувати коло первинних суб'єктів права, що впливають на суспільні відносини, статус яких визначено Конституцією України, то структурно серед них можна відокремити громадян, органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, інші негосподарюючі суб'єкти та похідні суб'єкти права — суб'єкти господарювання. Отже, поняття суб'єкта господарського права обґрунтоване теорією господарського права, в якому регламентується, що суб'єктами господарського права є учасники господарських відносин.

Окремого розгляду потребує питання здійснення господарської діяльності суб'єктів некомерційного господарювання, що фінансуються із бюджету.

В умовах обмеженого фінансування та ринкових умов, вважає Н. В. Козлова, бюджетні установи не можна позбавляти права здійснювати необхідні господарські операції, але слід встановлювати законом межі, оскільки у протилежному випадку вони не зможуть повноцінно вести свою основну (неприбуткову) діяльність³. У Бюджетному кодексі України (ч. 12 ст. 2) зазначено, що *бюджетні установи* — це органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також організації, створені ними у встановленому порядку, що повністю утримуються за рахунок відповідно державного бюджету чи місцевого бюджету. Бюджетні установи є неприбутковими.

¹ Вінник О. М. Господарське право : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / О. М. Вінник. – 2-ге вид., змін. та доп. – К., 2009. – С. 60–61.

² Мілаш В. С. Господарське право: Курс лекцій : у 2 ч. Ч. 1. – Х., 2008. – С. 76.

³ Козлова Н. В. Правосуб'єктність юридического лица / Н. В. Козлова. – М., 2005. – С. 76.

Із цього приводу одна із дослідниць фінансового права, Д. В. Ротар, зазначає, що аналіз, зокрема неприбуткових установ, свідчить, що неприбутковою є організація, діяльність якої не передбачає отримання прибутку, оскільки основна мета їх роботи полягає у здійсненні функцій держави, наданні просвітницьких, культурних, наукових, освітніх та інших подібних послуг для суспільного споживання. Разом із тим, на її думку, хоча неприбуткова організація не отримує прибутку, можна припустити, що вона має певний дохід. Терміни «прибуток» і «дохід» різні, але вони досить часто законодавством ототожнюються. Прикладом вона вважає ст. 142 ГК, в якій зазначено, що прибуток (дохід) є показником фінансових результатів господарської діяльності. Таке ототожнення вона вважає помилковим у зв'язку з тим, що бюджетна установа є не суб'єктом господарювання, а юридичною особою¹. У цілому слід віддати належне логіці Д. Ротар, дійсно, бюджетні установи, мається на увазі ті, що не здійснюють господарської діяльності, не є суб'єктами господарювання, але неповне дослідження ч. 3 ст. 3 ГК не дозволило їй зробити правильний висновок. Зазначені бюджетні установи вже мають відповідний господарсько-правовий статус, а саме статус негосподарюючих суб'єктів.

Однак діяльність установ, що фінансуються з бюджету, щодо надання освітніх, медичних та інших соціальних послуг за рахунок бюджетних коштів, підкреслює В. Г. Ротань, не може кваліфікуватися як господарська, а самі ці установи у зв'язку із здійсненням такої діяльності не можуть кваліфікуватися як суб'єкти господарювання. Але в той же час В. Г. Ротань, відокремлює і бюджетні установи, що не є органами влади і мають право на некомерційну господарську діяльність². Причиною нечіткого законодавчого визначення негосподарюючих суб'єктів є також наявність суперечливих законодавчих актів.

Але, говорячи про суб'єктів публічного права, що фінансуються з бюджету, виникає питання, наприклад, щодо закладів освіти, які надають платні освітні послуги. Вони, безумовно, є бюджетними установами, які в той же час надають послуги, що мають цінову визначеність. І все це відповідно до законів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про освіту».

Так, ст. 1 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» визнає суб'єктами господарювання зареєстрована-

¹ Ротар Д. Бюджетна установа як неприбуткова організація / Дана Ротар // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 2 (146). – С. 22–24.

² Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / за ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. – К., 2005. – С. 60.

них в установленому законодавством порядку юридичних осіб незалежно від їх організаційно-правової форми та форми власності, які провадять господарську діяльність, крім органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також фізичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності. А Закон України «Про освіту» наголошує у ст. 15 про відповідність державним стандартам саме освітніх послуг, які надаються також державними закладами освіти, що фінансуються з бюджету. При цьому освітні послуги мають цінову визначеність, у тому числі при безоплатному навчанні, коли держава відшкодовує витрати закладу освіти. Усі відносини між закладом освіти та замовниками освітніх послуг оформлюються шляхом договірних зобов'язань. Схожа ситуація відбувається у сфері охорони здоров'я. Заклади охорони, зокрема лікувально-профілактичні заклади, що фінансуються з бюджету, надають як платні, так і безоплатні послуги. При цьому при наданні безоплатних медичних послуг держава обов'язково відшкодовує витрати. Різниця лише в тому, що надання освітніх послуг супроводжується більш ретельним нормативним забезпеченням. Тобто серед бюджетних установ необхідно відрізнити не лише негосподарюючі суб'єкти у вигляді органів державної влади та місцевого самоврядування, а й суб'єкти некомерційного господарювання, що фінансуються з бюджету.

Основним і постійним серед видів власних надходжень бюджетних установ є (ч. 15 ст. 2 БК) кошти, отримані в установленому порядку бюджетними установами як плата за надання послуг, виконання робіт. Разом з тим слід пам'ятати, що джерелом фінансування бюджетної установи є, зокрема, гранти, дарунки та благодійні внески, а також кошти від реалізації в установленому порядку продукції чи майна та іншої діяльності. Відповідно до ст. 157 ПК (п. 157.15) термін «*державні послуги*» слід розуміти як будь-які платні послуги, обов'язковість отримання яких встановлюється законодавством та які надаються фізичним чи юридичним особам органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та створеними ними установами і організаціями, що утримуються за рахунок коштів відповідних бюджетів. До розуміння терміна «державні послуги» не включаються податки, збори (обов'язкові платежі).

У цьому контексті цікавими є такі вимоги БК України, зокрема п. 38 ст. 2, який встановлює, що «одержувач бюджетних коштів» — це суб'єкт господарювання, громадська чи інша організація, яка не має

статусу бюджетної установи, уповноважена розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримує на їх виконання кошти бюджету.

Також становить інтерес така дефініція (п. 12 ст. 2 БК), як «бюджетні установи» — органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також організації, створені ними у встановленому порядку, що повністю утримуються за рахунок відповідно державного бюджету чи місцевого бюджету. Бюджетні установи є неприбутковими.

Але поряд з основним бюджетним фінансуванням бюджетні установи можуть мати і власні надходження, до яких належать і плата за послуги, а також кошти від реалізації в установленому порядку продукції чи майна та іншої діяльності.

З цього приводу виникає запитання, наприклад, чи можна вважати одержувачами бюджетних коштів державні заклади освіти або державні та комунальні лікувально-профілактичні заклади, які хоча і здійснюють господарську діяльність, у той же час утримуються за рахунок державного бюджету, заклади освіти з метою виконання державного замовлення в частині надання освітніх послуг, а лікувально-профілактичні заклади з метою надання безоплатної медичної допомоги в межах ст. 49 Конституції України?

У цьому контексті ст. 22 БК визначає, що розпорядник бюджетних коштів може уповноважити одержувача бюджетних коштів на виконання заходів, передбачених бюджетною програмою, та надати йому кошти бюджету (на безповоротній чи поворотній основі) у межах відповідних бюджетних асигнувань. Одержувач бюджетних коштів використовує такі кошти на підставі плану використання бюджетних коштів, що містить розподіл бюджетних асигнувань, затверджених у кошторисі цього розпорядника бюджетних коштів. Критерії визначення одержувача бюджетних коштів встановлюються Кабінетом Міністрів України з урахуванням напрямів, досвіду і результатів діяльності, фінансово-економічного обґрунтування виконання заходів бюджетної програми та застосування договірних умов.

Безумовно, вищезазначені заклади, що фінансуються з бюджету, повинні де-юре вважатися лише одержувачами бюджетних коштів, з обов'язковою втратою статусу бюджетних установ з метою здійснення некомерційного господарювання за відповідними договорами за державним замовленням.

Із цих підстав необхідно відзначити, що негосподарюючим суб'єктом публічного права є юридична особа, що фінансується з бюджету, основною ознакою якої є публічна функція, діяльність якої при виконанні своєї основної діяльності, у тому числі шляхом надання державних послуг, спрямована на створення та підтримку необхідних матеріально-технічних умов її функціонування, що здійснюється за або без участі суб'єктів господарювання і є його господарчим забезпеченням¹.

Таким чином, діяльність учасників правовідносин у сфері господарювання характеризується відповідними ознаками щодо господарської діяльності, які залишаються незмінними, незважаючи на спробу нівелювання ознак господарської діяльності податковим законодавством. Але питання кваліфікації суб'єктів господарювання як об'єктів правового регулювання потребує більш чіткого визначення, зокрема суб'єктів некомерційного господарювання та негосподарюючих суб'єктів у вигляді юридичних осіб. Потребує більш чіткого розмежування діяльність фізичних осіб — підприємців та фізичних осіб, що займаються незалежною професійною діяльністю, які фактично повинні мати статус негосподарюючих суб'єктів, але деякі ознаки їх діяльності у сукупності з необхідністю отримання для здійснення такої діяльності спеціальних дозволів та сертифікатів може піддати сумніву наявність відповідного статусу.

Зазначене ставить на меті внесення відповідних змін до ГК щодо регламентування діяльності фізичних осіб, яка полягає у продажу вироблених, перероблених та куплених речей, товарів, а також вирощених у підсобному господарстві, що не підлягають державній реєстрації як фізичні особи — підприємці.

Потребує також приведення у відповідність із вимогами законодавства діяльність таких учасників господарських відносин, як державні та комунальні навчальні заклади освіти та лікувально-профілактичні заклади, які на сьогодні фактично є одержувачами бюджетних коштів, що й збігається з їх фактичним статусом суб'єктів господарювання, і які на сьогодні продовжують працювати як бюджетні установи, що суперечить вимогам БК. Усунення зазначеної проблеми можливе через офіційне оформлення договірних відносин щодо відповідного державного замовлення.

¹ Пашков В. М. Проблеми господарсько-правового забезпечення відносин у сфері охорони здоров'я : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Віталій Михайлович Пашков. – Х., 2010. – С. 116–117.

Пашков В. М. Деятельность субъектов хозяйствования как объектов правового регулирования: проблема квалификации

В статье исследуются проблемы деятельности субъектов хозяйствования как объектов правового регулирования в контексте Налогового кодекса Украины и новой редакции Бюджетного кодекса Украины, и в этом отношении проблемы разграничения некоммерческих субъектов хозяйствования и нехозяйствующих субъектов.

Ключевые слова: хозяйственная деятельность, основная деятельность, независимая профессиональная деятельность, некоммерческий субъект хозяйствования, нехозяйствующий субъект.

Pashkov V. M. Activity of the economic players as the objects of legal regulation: problem of qualification

The article explores the problems of activity of the economic players as the objects of legal regulation in context of the Tax code of Ukraine and the new version of the Budget code of Ukraine. In this relation, the article also explores the problems of delimitation of the non-commercial economic players and the non-economical subjects.

Key words: business activity, main activity, independent professional activity, non-commercial economic players, non-economical subject.

Матвеева А., вчений секретар НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України, кандидат юридичних наук

Ринок транспортних послуг: поняття, учасники та об'єкти

Незважаючи на те що «ринок» є однією з найбільш уживаних категорій в економіці та господарюванні, цей термін має безліч різноманітних визначень як у національній, так і в зарубіжній науці. Проте єдиного підходу до розуміння ринку так і не вироблено.

У найпримітивнішому розумінні ринок — це місце, де здійснюється масовий товарний обмін¹. Очевидним є той факт, що на сучасному етапі розвитку засобів комунікації, зокрема, поширенням торгівлі товарами через Інтернет, потреба у «фізичному» існуванні місця торгівлі як такого практично відпала.

Якщо проаналізувати основні підходи до розуміння ринку, то їх можна умовно розподілити на групи за такими критеріями: за суб'єктами, за об'єктами, як взаємовідносини, як механізм реалізації та дії економічних законів². Зокрема, вченими пропонуються такі визначення ринку: 1) ринок — це організації, інститути, що використовуються людьми для торгівлі; 2) ринок — це сукупність покупців (існуючих та потенційних) або ж сукупність продавців; 3) ринок — це своєрідний механізм, за допомогою якого здійснюються контакти між виробниками і споживачами товарів із взаємоузгодженням їх інтересів; 4) ринок — це сукупність різноманітних відносин між продавцями та покупцями (а також між самими покупцями та самими продавцями) з приводу обміну товарами; 5) ринок — це система товарно-грошових відносин із механізмом вільного ціноутворення, з вільним підприємництвом на підставі економічної самостійності, рівноправ'я та конкуренції суб'єктів господарювання у боротьбі за споживача.

¹ Див.: Черкасов Г. И. Рынок: регулирование рынка : учеб. пособие для вузов / Г. И. Черкасов. – М., 2004. – С. 14 (Серия «Профессиональный учебник: «Экономика»); Крупка М. И. Основы экономической теории [підручник] / М. И. Крупка, П. И. Островерх, С. К. Реверчук. – К., 2001. – С. 103.

² Див.: Козырев В. М. Основы современной экономики / Козырев В. М. – М., 2001. – С. 16; Черкасов Г. И. Рынок: регулирование рынка : учеб. пособие для вузов / Г. И. Черкасов. – М., 2004. – 222 с. (Серия «Профессиональный учебник: «Экономика»). – С. 125; Крупка М. И. Основы экономической теории [підручник] / М. И. Крупка, П. И. Островерх, С. К. Реверчук. – К., 2001. – С. 87.

К. В. Масляєва справедливо зазначає, що зміст поняття «ринок» слід доповнити такою важливою ознакою, як необхідність державного регулювання. Науковець визначає ринок як «сферу економічних зв'язків, які виникають між суб'єктами ринкових відносин із приводу виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт і надання послуг шляхом погодження ціни, і регулюються державою»¹.

Відразу необхідно зазначити, що в українському законодавстві визначення ринку транспортних послуг немає. Проте є визначення фондового ринку, ринку зерна, а також ринку фінансових послуг. Так, відповідно до ст. 2 Закону України „Про цінні папери та фондовий ринок” від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV фондовий ринок (ринок цінних паперів) визначається як сукупність учасників фондового ринку та правовідносин між ними щодо розміщення, обігу та обліку цінних паперів і похідних (деривативів)². Статтею 1 п. 23 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р. № 37-IV передбачено, що ринок зерна — система товарно-грошових відносин, що виникають між його суб'єктами в процесі виробництва, зберігання, торгівлі та використання зерна на засадах вільної конкуренції, вільного вибору напрямів реалізації зерна та визначення цін, а також державного контролю за його якістю та зберіганням³. А пункт 6 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III визначає ринки фінансових послуг як сферу діяльності учасників ринків фінансових послуг із метою надання та споживання певних фінансових послуг⁴.

Проаналізувавши ці визначення, чітко видно, що єдності у розумінні ринку як юридичної категорії немає, підходи до його розуміння є різними, а іноді й прямо протилежними: ринок розуміється як сукупність учасників та правовідносин, або система товарно-грошових відносин, або сфера діяльності учасників. Однак всі ці визначення вказують на одну спільну рису — наявність певних відносин між учасниками.

¹ Масляєва К. В. Господарсько-правове забезпечення функціонування ринку фінансових послуг України : монографія / К. В. Масляєва. – Х., 2010. – С. 12.

² Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268. – С. 12.

³ Про зерно та ринок зерна в Україні : Закон України від 04.07.2002 р. № 37-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 35. – Ст. 258.

⁴ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

В. І. Семчик визначає аграрний ринок як сферу товарного обміну, який здійснюється між продавцями і покупцями, як товарообмін, що виникає за результатами товаровиробництва в установлених місцях, формах шляхом укладення і виконання договорів купівлі-продажу, інших цивільно-правових правочинів на добровільних узгоджених умовах і за відповідними цінами та волевиявлення продавців і покупців¹. Ю. Є. Атаманова, визначаючи сутність поняття «інноваційний ринок», розглядає останній як особливу сферу обміну об'єктами інтелектуальної власності та інноваційними продуктами і сукупність відносин, які при цьому складаються². О. М. Давидюк, розглядаючи ринок технологій визначає останній як структуровану систему, яка складається з таких елементів: суб'єкти (учасники) ринку технологій, об'єкти ринкових відносин (безпосередньо технологія чи її складові частини, елементи), відносини, що складаються між суб'єктами з приводу передачі об'єктів (відносини, пов'язані з наявністю «технологічного» попиту, та відносини, пов'язані з технологічною пропозицією), та держава в особі уповноважених органів³.

Під суб'єктами ринку розуміють учасників товарного обміну, тобто продавців та покупців, які можуть бути як індивідуальними, так і колективними. Об'єктами ринку в економічному сенсі є різноманітні товари. Вони мають дві основні властивості: споживчу вартість (корисність для покупця) та вартість (втілена в товарі суспільно необхідна абстрактна праця). Відносини, що складаються між суб'єктами ринку з приводу його об'єктів, у цілому вирізняються похідним характером, оскільки суттєво залежать від сфери виробництва та сфери розподілу товарів⁴.

Проаналізувавши усі ці визначення ринків, слід виділити основні ознаки будь-якого ринку: а) наявність покупців та продавців товарів, робіт або послуг, а також посередників між ними; б) наявність чіткого предмета купівлі-продажу — це можуть бути товари, роботи або послуги, тобто те, з приводу чого складаються відносини між продавцями та покупцями на конкретному ринку; в) для ефективного функціонування ринку необхідне втручання держави, тому наявність владного,

¹ Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні : монографія / за ред. В. І. Семчика. – К., 2005. – С. 22.

² Атаманова Ю. Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави : монографія / Ю. Є. Атаманова. – Х., 2008. – С. 99.

³ Давидюк О. М. Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання : монографія / О. М. Давидюк. – Х., 2010. – С. 141–142.

⁴ Там само. – С. 12.

імперативного регулюючого впливу в деяких питаннях забезпечення функціонування конкретного ринку — невід’ємна частина ринку.

Не можна погодитися з визначенням ринку у правовому аспекті як сфери діяльності чи сукупності учасників. Ринок — це перш за все система складних відносин між споживачами і продавцями, посередниками і продавцями, посередниками і споживачами, продавцями між собою, а також система відносин між усіма цими суб’єктами та державою.

Ринок же транспортних послуг характеризується наявністю особливих суб’єктів. До них слід віднести споживачів послуг — пасажирів, власників багажу та вантажовласників, а також суб’єктів, які надають ці послуги — перевізників та експедиторів. Важливу роль серед учасників ринку транспортних послуг відіграють органи державної влади та місцевого самоврядування, які здійснюють функції державного регулювання та контролю за учасниками ринку транспортних послуг, а також учасники, які надають допоміжні транспортні послуги (сервісне обслуговування транспортних засобів, зберігання, складування, пакування вантажу тощо). Усі ці учасники ринку вступають у певні групи правовідносин, які, враховуючи стратегічне значення транспортного ринку, мають бути закріплені на законодавчому рівні.

Ринок транспортних послуг України характеризується наявністю всіх видів транспорту, їх взаємодією, наявністю транспортної інфраструктури. Важливим питанням є також територія, на яку поширюється «дія» ринку транспортних послуг. З одного боку, національний ринок транспортних послуг повинен поширюватися лише на територію України; з другого — до складу поняття ринку транспортних послуг входять і послуги з міжнародного перевезення пасажирів, багажу, вантажу. Проте, на нашу думку, все ж таки за територіальною ознакою ринок транспортних послуг (національний) поширюється лише на територію України. Якщо здійснюються міжнародні перевезення, то український перевізник, виїжджаючи за кордон, зазнає «впливу» ринку транспортних послуг іншої країни.

Об’єктом купівлі-продажу на ринку транспортних послуг є транспортні послуги — це перш за все послуги з перевезення пасажирів, багажу та вантажу за встановленими маршрутами. При цьому мають ся на увазі перевезення як внутрішньодержавні, так і міжнародні, а також такий особливий вид перевезень, як транзит. Якщо раніше «продукцією» транспорту вважалося власне саме перевезення, що вимірювалось такими величинами, як обсяги перевезень, вантажообіг і т.

д., то у сьогоднішніх ринкових умовах на перше місце виходять «послуги», що, як і будь-який товар, мають бути належної якості.

Слід звернутися до законодавчого визначення терміна «транспортні послуги». Деякі нормативно-правові акти містять поняття не «транспортна послуга», а, наприклад, «послуга з перевезення», які є рівнозначними на думку законодавця. Так, Закон України «Про автомобільний транспорт» визначає *послугу з перевезення пасажирів чи вантажів* як перевезення пасажирів чи вантажів транспортними засобами на договірних умовах із замовником послуги за плату¹. Відповідно до п. 19 ст. 2 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту *транспортні послуги* — діяльність, пов'язана із задоволенням потреби населення в перевезеннях автомобільним транспортом². Згідно з п. 1 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні *транспортна послуга* — перевезення вантажів та комплекс допоміжних операцій, що пов'язані з доставкою вантажів автомобільним транспортом³. Пунктом 1.4. Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів автомобільним транспортом загального користування (крім надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу на таксі) та Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу на таксі передбачено, що *послуги з перевезення пасажирів і вантажів автомобільним транспортом загального користування* — це здійснення зареєстрованою в установленому законодавством порядку юридичною, а також фізичною особою — суб'єктом підприємницької діяльності згідно з договором переміщення людей та вантажів за допомогою автомобільного транспорту загального користування⁴.

¹ Про автомобільний транспорт : Закон України від 05.04.2001 р. № 2344-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 22. – Ст. 105.

² Про внесення змін до Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту : Постанова КМУ від 26.09.2007 № 1184 // Уряд. кур'єр. – 2007. – № 186.

³ Про затвердження Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні : Наказ Міністерства транспорту України від 14.10.97. – № 363 // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 8. – С. 283.

⁴ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів автомобільним транспортом загального користування (крім надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу на таксі) та Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу на таксі : Наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Міністерства транспорту України від 18.12.2003 р. № 136/985 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 1. – Ст. 26.

Російські дослідники трактують поняття „транспортні послуги” як такі послуги, що охоплюють усі види перевезень вантажів та пасажирів, спеціалізовані види перевезень, а також увесь спектр супутніх або допоміжних послуг¹.

Цивільний кодекс України визначає договір про надання послуг через категорію «зобов’язання»: ст. 901 ЦК України передбачено, що «за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов’язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов’язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором»². Характерною рисою послуги є те, що вона не може існувати поза процесом її виконання і накопичуватись; продаж послуг — це якість самого процесу праці; послуга являє собою конкурентну споживчу вартість лише на певний час і в певному напрямку, що істотно обмежує можливість її заміни на ринку³.

Усі вищенаведені визначення, хоча певною мірою і відображають правову сутність категорії «транспортні послуги», проте не є повними, комплексними визначеннями поняття «транспортні послуги». В основному, всі визначення категорії «транспортна послуга» є достатньо вузькими, не відображають тих видів послуг, які не входять до поняття «перевезення».

Перевезення вантажів є основним видом послуг. Як правило, воно супроводжується наданням й інших послуг (завантаження, розвантаження, експедирування тощо). До додаткових послуг можна віднести, наприклад, маркетингові, комерційні, інформаційні, а також послуги зі страхування. Зокрема, як зазначає В. І. Савін, до послуг автомобільного транспорту належать: перевезення вантажів; різноманітні складські операції; послуги зі зберігання вантажів; послуги з підготовки вантажів до перевезення; надання транспортних засобів в оренду; транспортно-експедиційні послуги; інші додаткові послуги⁴.

Транспортні послуги поділяються на основні послуги — з перевезення та транспортно-експедиційна діяльність та на супутні послуги —

¹ Международное право : учебник / Под общ. ред. А. Я. Капустина. – М., 2008. – С. 516.

² Цивільний кодекс України : затв. Законом України від 16.01.2003 р. № 435–IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

³ Левковець П. Р. Міжнародні перевезення і транспортне право : навч. посіб. / П. Р. Левковець, В. С. Маруніч. – 2-ге вид., випр. та доп. – К., 2004. – 280 с. – С. 168.

⁴ Савин В. И. Перевозки грузов автомобильным транспортом : справ. пособие / В. И. Савин. – М., 2002. – С. 40.

ги — із зберігання, складування, пакування, зважування вантажів та інші послуги.

У цілому послуги транспорту можна умовно поділити на такі (виходячи з різних критеріїв поділу): 1) за зв'язком з основною діяльністю: перевізні та неперевізні; 2) за видом споживача, якому надається послуга: внутрішні (послуга надається іншим транспортним підприємствам) та зовнішні (послуга надається нетранспортним підприємствам); 3) за характером діяльності, пов'язаної з наданням цієї послуги: технологічні, комерційні, інформаційні; 4) за активністю пропозиції: пристосовані до вимог споживачів та такі, що формують споживчий попит¹.

Згідно із Законом України «Про автомобільний транспорт» *транспортно-експедиторські послуги* — це послуги, пов'язані з підготовкою та відправленням вантажів, організацією та забезпеченням перевезень, контролем за проходженням і одержанням вантажів, проведінням взаєморозрахунків².

Не погоджуючись із наведеними визначеннями «транспортних послуг», вважаємо, що *транспортні послуги* потрібно розглядати як сукупність зобов'язань, урегульованих нормами права, опосередкованих відповідними договорами, забезпечених господарсько-правовими засобами державного регулювання, та пов'язаних із фізичним переміщенням у просторі пасажирів, багажу, вантажів.

Щодо учасників цього ринку, то слід зазначити, що, окрім основних учасників, у діяльності ринку бере участь також і величезна кількість посередників (особливо останнім часом актуалізована діяльність консалтингових фірм), завдання яких — забезпечити нормальне функціонування будь-якого ринку. Зазначені суб'єкти опосередковано впливають на ринкові відносини прямих учасників, не беручи участі в процесі управління й організації виробництва та реалізації матеріальних та нематеріальних благ. Послуги, що ними надаються, спрямовані на підвищення ефективності ринку³.

Окреме місце на ринку посідає держава: вона є і прямим учасником в особі виробника (маються на увазі юридичні особи, засновані на державній формі власності) або споживача певної продукції, і опосередкованим — в особі уповноважених органів, які здійснюють функції регулювання та контролю на конкретному ринку.

¹ Савин В. І. Перевозки грузов автомобильным транспортом : справ. пособие / В. И. Савин. – М., 2002. – С. 40.

² Про автомобільний транспорт : Закон України від 05.04.2001 р. № 2344-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 22. – Ст. 105.

³ Самойленко А. В. Суб'єкти господарського права: поняття та класифікація / А. В. Самойленко // Право України. – 1998. – № 6. – С. 102.

Регулювання об'єктивно потребують будь-які соціальні явища, інакше їх охопить повна анархія. Як зазначає Г. І. Черкасов, найбільша ефективність народного господарства досягається за оптимального співвідношення регулювання та саморегулювання товарно-грошового обігу¹. Таке співвідношення повинно забезпечуватися перш за все державою. Держава — найбільш постійний та очевидний учасник регулювання ринку, оскільки володіє загальнонаціональною політичною владою. Ідея про важливу роль держави в ринковій економіці не є новою. Вона набула серйозного теоретичного обґрунтування ще у 30-ті роки XX ст. у працях англійського економіста Д. Кейнса. Схожі позиції можна знайти і у працях В. Леонтьєва, Д. Гелбрейта, П. Самуельсона, В. Нордхауса, К. Макконела, С. Брю та ін.

Визначити коло потенційних учасників ринку транспортних послуг можна за допомогою встановлення всієї різноманітності відносин, що складаються між ними. Так, найголовнішими учасниками ринку є, очевидно, виробники та споживачі транспортної послуги.

Споживачами транспортних послуг можуть бути як юридичні чи фізичні особи, так і держава. Так, фізичні особи найчастіше виступають на ринку транспортних послуг саме як споживачі (в основному — як пасажери). Юридичні ж особи у переважній більшості виступають як споживачі послуг із перевезення вантажів.

Виробниками транспортних послуг є юридичні чи фізичні особи-підприємці, основним видом діяльності яких є здійснення перевезень, транспортно-експедиційної діяльності або ж надання супутніх послуг. Це можуть бути підприємства-перевізники або ж підприємства, що обслуговують діяльність основних виробників транспортних послуг (різного роду ремонтні підприємства, асфальтобетонні заводи тощо).

Очевидним на сьогодні є той факт, що діяльність будь-якого ринку повинна бути контрольованою. Цим контролем займаються уповноважені органи державної влади та місцевого самоврядування: Міністерство транспорту та зв'язку, Укравтодор, міські управління транспорту тощо. Тобто держава є як контролюючим суб'єктом на ринку транспортних послуг, так і може бути споживачем або виробником транспортних послуг (зокрема, ними можуть бути державні підприємства).

На підставі наведених міркувань, ми вважаємо, що **ринок транспортних послуг** — це складна система врегульованих нормами права та забезпечених засобами правового регулювання відносин, що скла-

¹ Черкасов Г. И. Рынок: регулирование рынка : учеб. пособие для вузов / Г. И. Черкасов. – М., 2004 (Серия «Профессиональный учебник : «Экономика»). – С. 119.

даються між виробниками та споживачами транспортних послуг, а також іншими учасниками ринку та державою в особі уповноважених органів державної влади з приводу перевезення пасажирів, багажу та вантажів як на національному, так і на міжнародному рівні.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 349.23:061.1ЄС

Ф. Цесарський, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового права Націо-
нального університету «Юридична ака-
демія України імені Ярослава Мудрого»

Особливості правового регулювання змісту, умов та форми трудового договору в країнах Європейського Союзу

Початок ХХІ століття ознаменував якісно новий етап соціально-економічного розвитку України, етап остаточного становлення ринкових відносин, що вимагає подальшого якісного розвитку соціально-трудової сфери та трудового права, яке повинно відгукнутися на нові реалії, що виникли на ринку праці.

Водночас посилення інтернаціоналізації ділового життя сприяє розвитку глобальних економічних відносин, підсилює інтеграційні процеси, веде до появи нових форм організації праці, підвищення соціальної відповідальності роботодавців і персональної відповідальності працівників за результати трудової діяльності.

Саме тому нині виникла необхідність осмислення європейського досвіду правового регулювання взаємин найманого персоналу і роботодавців, у тому числі у сфері договірних відносин.

Проблеми, пов'язані з особливостями укладення та виконання трудових договорів у країнах Європейського Союзу, мають практичний інтерес для української правової науки з огляду на тісні і постійно зростаючі економічні, торговельні, політичні зв'язки України і Євро-союзу; велику кількість наших співгромадян, що працюють у європейських країнах; заяви керівництва нашої держави про бажання приєднатися до Європейського Союзу, що вимагає адаптації українського трудового законодавства до стандартів, розроблених у рамках об'єднаної Європи, у тому числі і у сфері договірних відносин на ринку праці.

Таким чином, метою даної статті є визначення юридичної природи, типології та характерних рис трудових договорів у країнах Європейського Союзу, які становлять основу трудових правовідносин у різних сферах економіки та в різних умовах і режимах трудової діяльності.

Аналіз зарубіжного досвіду регулювання трудових правовідносин на основі трудових договорів дозволяє автору виділити ряд важливих моментів, які визначають логіку подальшого розгляду проблеми правового регулювання договірних трудових відносин на ринку праці у країнах Євросоюзу.

По-перше, у країнах, які входять до складу Європейського Союзу, вирішення питань, пов'язаних з укладенням трудових договорів, мають свою національну специфіку, що не дає змоги говорити про наявність стандартного трудового договору як за змістом, так і за формою. Однак нині європейські правознавці роблять спроби стандартизації трудових договорів, що є наслідком процесів глобалізації ринків праці, міграції робочої сили, наявності загальноєвропейських нормативних актів, які регулюють трудові правовідносини. Це дає можливість виділити загальні риси правового інституту трудових договорів, які притаманні даному виду договірних відносин на ринку праці.

По-друге, звертає на себе увагу те, що, на думку зарубіжних фахівців у галузі трудового права¹, у країнах Заходу основою трудових правовідносин є не закон, а трудовий договір, що є головною відмінністю в розумінні сутності трудового договору в західній і у вітчизняній правовій традиції.

По-третє, західні фахівці з трудового права розглядають трудовий договір як особливий вид приватноправового договору, різновид договору найму послуг. Сутність такого договору полягає в тому, що працівник бере на себе зобов'язання працювати на певного наймача в обмін на заробітну плату, за наявності доброї волі працівника на умовах обов'язкового юридичного підпорядкування умовам договірних відносин між роботодавцем і працівником².

Аналіз робіт вказаних вище фахівців засвідчує, що розгляд трудового договору в юридичній літературі країн Заходу, як правило, включає висвітлення таких питань: сутність трудового договору, суб'єкти

¹ Вердье Ж. М. Вклад международных стандартов в области труда в трудовое законодательство Франции / Ж. М. Вердье // Междунар. обзор труда. – М., 1994. – Т. 132. – № 4/6. – С. 117–130; Озаки М. Трудовые отношения и организация труда в промышленно развитых странах / М. Озаки // Междунар. обзор труда. – М., 1997. – Т. 135. – № 1/2. – С. 65–87; Ewing K., Mc. Colgan A., Collins H. Labour Law: cases, texts and materials / K.Ewing, A. Mc. Colgan, H.Collins. – Oxford: Hart Publishing, 2005. – 432 p.

² Deakin S, Gillian M. Labour Law. / S. Deakin, M. Gillian. – Oxford: Hart Publishing, 2005. – 461 p.; Ewing K., Mc. Colgan A., Collins H. Labour Law: cases, texts and materials / K.Ewing, A.Mc. Colgan, H.Collins. – Oxford: Hart Publishing, 2005. – 432 p; Zollner W. Arbeitsrecht für Ausländer in Deutschland / W. Zollner– Munchen: Verlag C. H.Beck, 2007. – 371 p.

трудового договору, зміст, форма, різновиди трудових договорів, коли трудовий договір розглядається у статичі, а також аналіз взаємин сторін з моменту їхньої зустрічі і контактів на ринку праці, виникнення відносин між ними і до припинення цих відносин, тобто мова йде про те, що трудовий договір розглядається у динаміці.

Крім того, західні фахівці у сфері трудового права¹ вважають, що структуру трудового договору потрібно розглядати у двоєдності «договірної» і «інституціональної» частин договірних відносин, перша з яких заснована на праві власності робітника на працю і свободу його волі, а друга базується на тезі про інституціональний зміст підприємства як організованого механізму, у якому досягається «спільний інтерес», «загальне благо» всіх членів, тобто трудовий договір повинен ураховувати особисті і колективні інтереси учасників трудових правовідносин.

Таким чином, можна вважати, що у фундаментальних підходах західне розуміння трудового договору мало чим відрізняється від сучасного вітчизняного тлумачення його правового змісту, однак практична реалізація умов трудових договорів в Україні і країнах Євросоюзу істотно відрізняються.

Звертає на себе увагу той факт, що юридична «вага» трудових договорів в Україні і у західних країнах різна — в Україні трудовий договір має нерідко формальний характер, у європейських же країнах даний вид договірних відносин є основою трудової діяльності і має практичний і прагматичний характер. Трудовий договір юридично оформлює вступ працівника у трудові правовідносини, визначає зміст його трудової функції, регулює взаємини з роботодавцем. Безпосередньо регламентація загальних питань, що стосуються укладення трудового договору, його умов, змін і припинення, здійснюється в основному законодавчим шляхом².

При цьому держава майже не обмежує право сторін трудового договору щодо встановлення рівня умов праці. У більшості країн ні законодавство, ні судова практика не перешкоджають установленню

¹ Вердые Ж.М. Вклад международных стандартов в области труда в трудовое законодательство Франции / Ж.М. Вердые // *Международ. обзор труда*. – М., 1994. – Т. 132, № 4/6. – С. 117–130; Коллэн Ф., Докуа Р., Гутьер П.-Г., Жаммо А., Лион-Кан Ж., Рудиль А. Трудовое право в капиталистическом государстве / Под ред. С.А. Иванова ; пер. с франц. – М., 1982. – 264 с.; Robert J. Flanagan. *Globalization and Labor* / Flanagan Robert J. – NY: Oxford University Press, 2006. – 352 p.; Zollner W. *Arbeitsrecht für Ausländer in Deutschland* / W. Zollner– Munchen: Verlag C. H.Beck, 2007. – 371 p.

² Дмитриева И. К. Трудовой договор права в промышленно развитых странах / И. К. Дмитриева // *Государство и право*. – 2007. – № 2. – С. 22 – 26.

трудовими договорами більш пільгових для працівника умов праці, ніж передбачено законодавством¹.

Зауважимо, що прагматика трудових договорів полягає в тому, що європейські країни уникають проголошення в законодавстві прав декларативного характеру, наприклад права на працю, при цьому в законодавстві нерідко вказуються конкретні цілі укладення трудового договору. Наприклад, у Кодексі праці Франції сказано, «працівник приймається на роботу з умовою про випробування з метою перевірки його відповідності дорученій роботі»². Аналогічні підходи є і у законодавстві Німеччини, де у 2000 році був прийнятий закон, який визначає умови праці за неповного робочого дня і обмеження строку трудового договору. Згідно зі ст. 1 закону «метою закону є встановлення умов допустимості строкових трудових договорів і запобігання дискримінації працівників, що уклали строкові трудові договори»³.

Крім того, у західній літературі особливе значення надається добровільності трудового договору як антиподу примусової праці⁴.

Добровільність трудового договору розглядається як прояв свободи вибору, про що прямо зазначається у директиві **Європейського Парламенту № 593/2008 від 17 червня 2008 року**: «договір регулюється правом, обраним сторонами. Вибір повинен бути прямо виражений або виразно впливати з положень договору... За допомогою даного вибору сторони можуть зазначити право для свого договору, що підлягає застосуванню в цілому або тільки для окремої його частини»⁵.

Цілком зрозуміло, що у сфері договірних відносин, що виникають із приводу укладення трудового договору, добровільність виражається у свободі вибору партнера, свободі розірвання трудового договору, свободі погоджуватися або не погоджуватися на понаднормову роботу тощо.

Таким чином, трудовий договір у європейському трактуванні є: добровільним, двостороннім, консенсуальним (зобов'язання сторін

¹ Морозов П. Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации : монография / П. Е. Морозов. – М., 2008. – С. 114.

² Code du travail Français (Кодекс Труда Франции) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lexinter.net/Legislation5/JURISOC2/sommaire.htm>.

³ Zollner W. Arbeitsrecht für Ausländer in Deutschland / W. Zollner. – Munchen: Verlag C. H. Beck, 2007. – P. 162.

⁴ Robert J. Flanagan. Globalization and Labor / Flanagan Robert J. – NY: Oxford University Press, 2006. – P. 72.

⁵ Regulation (EC) No 91/533/ of the European Parliament and of the Council of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship // Official Journal of the European Union – L 288, 18.10.1991. – P. 32–35.

засновані на їх згоді), відплатним, що має в особливих випадках специфічну мету (каузу).

Із формальної точки зору західні правознавці виходять з того, що трудовий договір повинен мати стандартизовану форму в його найбільш суттєвих змістовних положеннях, саме тому директива Європейського Парламенту № 91/533 від 14 грудня 1991 року зобов'язує підприємця інформувати прийнятих працівників про основні умови договору, включаючи такі умови, як найменування сторін, місце роботи, трудова функція (назва, категорія роботи або її короткий опис), дата початку роботи, її передбачувана тривалість (у випадку укладення строкового трудового договору), тривалість щорічної оплачуваної відпустки, строк попередження про звільнення, заробітна плата, тривалість робочого дня і робочого тижня¹.

Звертає на себе увагу те, що в переважній більшості країн установлено, що в принципі форма трудового договору вільна і залежить від волі сторін, але законодавство або колективний договір можуть передбачити обов'язковість письмової форми для певних видів трудового договору.

У першу чергу державній регламентації піддаються основні, принципові питання взаємодії сторін трудових правовідносин. Відносно ж конкретних умов праці (тривалість робочого часу, розмір заробітної плати і т. ін.) законодавець обмежується встановленням лише основних положень, з урахуванням яких сторони можуть за взаємною згодою визначати їх у трудових договорах.

Така законодавча практика приводить до того, що незважаючи на певну стандартизацію трудових договорів, що укладаються у країнах Європейського Союзу, саме правове регулювання трудового договору характеризується значною диференціацією, що враховує різноманіття і специфіку праці різних категорій працівників, форм зайнятості, умов праці, професійних особливостей трудової діяльності та ін.

У зв'язку із цим фахівці² розрізняють велику кількість різновидів (типів) трудового договору, які можна згрупувати таким чином.

¹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // Official Journal of the European Union – L 177, 4.7.2008. – P. 6–9.

² Бекяшев Д. К. Международное трудовое право / Д. К. Бекяшев. – М., 2008 – 356 с.; Морозов П. Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации : монография / П. Е. Морозов. – М., 2008. – 324 с.; Озаки М. Трудовые отношения и организация труда в промышленно развитых странах / М. Озаки // Междунар. обзор труда. – М., 1997. – Т. 135, № 1/2. – С. 65–87; Ewing K., Mc. Colgan A., Collins H. Labour Law: cases, texts and materials / K.Ewing, A.Mc. Colgan, H.Collins. – Oxford: Hart Publishing, 2005. – 432 p.

До першої групи можна віднести строкові трудові договори:

1) трудовий договір на невизначений строк укладається в письмовій формі; договір може бути в будь-який момент припинений кожною зі сторін із дотриманням строку попередження; звільнення працівника в більшості країн припустимо тільки з поважної причини;

2) трудовий договір на певний строк вимагає письмової форми. Строк може бути виражений конкретним періодом (часом) або виконанням конкретної роботи або обумовлений настанням певної події;

3) трудовий договір на неповний робочий час вимагає письмової форми. Укладається без обмежень за згодою сторін. Працівники, зайняті неповний робочий час, особливо ті з них, які не відпрацьовують мінімуму годин, позбавлені ряду трудових і соціальних прав і гарантій, якими користуються повністю зайняті працівники.

Друга група договорів — це договори, які мають особливості відповідно до професійної сфери застосування:

1) трудовий договір із торговельними агентами (комівояжерами), який враховує специфіку роботи комівояжера, що укладає від імені наймача торговельні угоди і здійснює, по суті, посередницькі функції, відповідно такий договір вимагає особливої правової регламентації праці (виплата комісійних, режим праці, компенсація збитків, форс-мажорні обставини тощо);

2) трудовий договір із професійними спортсменами враховує специфіку професійного спорту і перш за все захищає інтереси та права спортсменів, визначає різний рівень оплати праці, соціальних гарантій, комісійних, бонусів залежно від професійного рівня спортсмена та виду спорту;

3) трудовий договір морського найму характеризуються як «квазі-військові» і відповідно має специфіку стосовно умов праці, порядку розірвання, забезпечення дисципліни (обмеження звільнень за власним бажанням, застосування в ряді випадків кримінальної відповідальності за порушення по службі);

4) трудовий договір із працівниками релігійних установ відзначається тим, що трудові відносини регулюються церковними правилами. На працівників церковних установ не поширюється ряд норм, що стосуються заборони дискримінації при найманні (наприклад, обмеження стосуються представників сексуальних меншин, жінок), часових норм робочого часу та ін.);

5) трудовий договір із менеджерами (керівними службовцями підприємств) укладається на певний строк, обов'язково письмово і має специфі-

ку як за формою, так і за змістом, з огляду на характер трудових функцій керівних службовців, особливі вимоги до їх професійних якостей, режиму роботи, характеру взаємин менеджерів з їхніми роботодавцями.

Третю групу договорів можна визначити як трудові договори за місцем роботи:

трудоий договір з надомниками, який враховує специфіку надомної праці, яка полягає в тому, що надомники за винагороду виконують у власному будинку або в будь-якому іншому приміщенні, яке їм належить, роботу за допомогою членів родини, що проживають із ними, відповідно умови такого договору не регламентують робочий час, відпустки, оплата праці здійснюється за результатами трудової діяльності тощо. До даного виду договорів можна віднести трудові договори з фермерами, деякі види трудових договорів, які мають обмежений термін дії та чітко визначають трудову функцію працівника.

Четверту групу договорів складають спеціальні трудові договори:

1) договір із працівником-мігрантом, який роботодавець вправі укласти з таким працівником тільки з дозволу адміністративного органу, що займається трудовою міграцією, і за умови, що підприємець доведе, що на дане робоче місце немає претендентів з числа корінного населення;

2) трудовий договір за сумісництвом допускається, якщо інше спеціально не визначено сторонами, відповідає інтересам основного наймача;

3) трудовий договір із групою працівників (груповий трудовий договір) укладає, наприклад, керівник оркестру від імені оркестрантів із власником ресторану: має характер колективного договору;

4) трудовий договір із «позиченими» працівниками, яких наймають спеціалізовані приватні агентства, які періодично дають їх «напрокат» на різні (звичайно нетривалі) строки фірмам-замовникам. Працівники, наймані агентствами тимчасової праці, мають, як правило, двох наймачів, а виниклі правовідносини мають тристоронній характер.

Зрозуміло, що у багатьох трудових договорах відбувається комбінація різних елементів, зокрема строковості, місць виконання трудової функції, особливих умов праці, пов'язаних із характером трудової діяльності, та ін.

Звернемо увагу на те, що сьогодні в західних країнах спостерігаються істотні зміни у співвідношенні різних видів трудових договорів. Головний із них полягає в тому, що традиційний (звичайний або типовий) трудовий договір, тобто договір на невизначений строк і на повний

робочий час, укладає усе менше число працівників, а все більша їх кількість має строкові трудові договори. Типовий трудовий договір на ряді підприємств зберігається лише для невеликої частини привілейованих працівників (ядра персоналу). Значна частина працівників — це особи, що мають атипові трудові договори, тимчасові і «позикові» працівники, не повністю зайняті, надомники, мігранти, яких наймають при поліпшенні економічної ситуації і звільняють при її погіршенні¹.

Отже, на сьогодні трудовий договір у країнах Європейського Союзу є основним документом, що регламентує найбільш істотні аспекти трудових правовідносин, по суті, стає фундаментом європейського трудового права. Безумовним є те, що з урахуванням європейських прагнень України в новому Трудовому кодексі необхідно істотно підвищити регулюючу роль трудового договору, додати йому європейського змісту та «ваги», зробити трудовий договір ефективним інструментом правового регулювання ринку праці. У цьому зв'язку подальше дослідження проблеми правового регулювання трудових відносин на основі трудових договорів має бути спрямоване на порівняльний аналіз основних положень, форми і умов укладення трудових договорів в Україні і країнах Європейського Союзу з метою наближення даного правового інституту до норм європейського трудового права.

Цесарский Ф. Особенности правового регулирования содержания, условий и формы трудового договора в странах Европейского Союза

В статье исследуется трудовой договор как основная форма регулирования трудовых отношений в странах Европейского Союза. Обращается внимание на фундаментальное значение трудового договора в теории и практике европейского трудового права, в статье приводится типология трудовых договоров и раскрывается их юридическое содержание.

Ключевые слова:

Legislative adjusting of maintenance, terms and form of labour contracts in the countries of European Union

Article investigates a labour contract as a basic form of adjusting labour relations in the countries of European Union. The author focuses attention on the fundamental value of labour contract in a theory and practice of labour right in the European countries, in the article classification of labour contracts, is given table of contents of labour contract.

Keywords:

¹ Robert J. Flanagan. Globalization and Labor / Flanagan Robert J. – NY: Oxford University Press, 2006. – P.198–199.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 341.4

Мохончук С.М. Начальник Головного управління юстиції у Харківській області, кандидат юридичних наук, доцент

До проблеми доктринального визначення злочину агресії у міжнародному кримінальному праві

Ідея злочинності агресії та визнання необхідності відповідальності за її здійснення у наш час проклала собі шлях не тільки у моральній, але й у правовій свідомості людства. Стаття 1 Статуту ООН як одне з головних напрямів своєї діяльності визначає підтримання миру і безпеки, „стримування актів агресії”¹. Для виконання поставлених задач у світі проводиться політика заборони на ведення агресивних війн, встановлення кримінальної відповідальності до осіб, які планують, розв’язують і здійснюють агресивну війну.

Разом з тим складність проблеми, що висвітлюється у поданій публікації, пояснюється тим, що у міжнародному праві відсутнє загальне визначене поняття агресії як міжнародного злочину. І одним із найбільш гострих питань міжнародного кримінального права є визначення агресії не тільки як міжнародного злочину, а як злочину проти миру, за вчинення якого несуть індивідуальну відповідальність конкретні винні особи. Навіть у Римському Статуті Міжнародного кримінального суду відсутня дефініція ознак агресії як кримінально караного діяння.

На підставі конституційного пріоритету принципів і норм міжнародного права над національним правом, кримінальне право більшості країн, у тому числі й України, ставить за мету як головне завдання — захист глобальних цінностей, які належать всьому людству і насамперед — це забезпечення миру і безпеки людства. Розділ XX Кримінального кодексу України «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» регламентує відповідальність за планування, підготовку, розв’язання та ведення агресивної війни та інших злочинів, але недостатня конкретизація складових цього злочину по-

¹ Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 г. //Международное право в документах.- 2-е изд., перераб. и доп.- М.: ИНФРА-М, 1997.- С.15

роджує багато труднощів у розумінні юридичних ознак складу агресії у національному кримінальному законодавстві.

Теорія кримінального права чітко визначає, що введення в національне кримінальне законодавство новел, що стосуються регламентації злочинів проти людства, і зокрема агресії, є результатом імплементації положень міжнародного права. У зв'язку з цим надзвичайно актуальним завданням сучасного розвитку національної кримінально-правової науки вбачається вирішення проблем співвідношення міжнародно-правових норм про кримінальну відповідальність за акти агресії (додамо, що злочинність цього діяння вперше сформульована саме у нормах міжнародного права) і відповідних положень національного кримінального законодавства. Більше того, у вітчизняній доктрині кримінального права відсутні об'єднуючі принципи розуміння юридичних ознак складів злочинів, передбачених статтями 436, 437, 438 КК України. У правовому науковому полі відсутнє і однозначне розуміння міжнародного миру як об'єкта національної кримінально-правової охорони.

Агресія (від лат. *agressio* — нападати) — це індивідуальна чи колективна поведінка, дія, що спрямована на завдання фізичної або психологічної шкоди, збитків або на знищення іншої людини чи групи людей.

Агресія у міжнародному праві — це дія, яка охоплює будь-яке незаконне з точки зору Статуту ООН застосування сили однією державою проти територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або народу (нації). Найбільш небезпечною формою агресії є застосування збройних сил; озброєний напад однієї країни на іншу.

Поняття „агресія” з позицій міжнародного права повинно містити ознаку ініціативи, що означає застосування будь-якою країною сили першою. Дії країн, які здійснюються як самооборона, якщо при цьому державою і використовуються збройні сили, не вважаються актом агресії. Це поширюється і на колективні дії держав, які застосовуються згідно зі Статутом ООН для підтримання або забезпечення миру і безпеки.

Агресія як злочин проти безпеки людства використовується тільки стосовно міжнародних конфліктів. Внутрішні конфлікти, війни у межах певної країни із позицій міжнародного права не розглядаються як акти агресії.

Слід зазначити, що кількість наукових праць, присвячених вивченню цього феномену з позицій різних соціальних наук, виявленню того,

які види і форми агресивних дій можливі і за яких умов, із другої половини ХХ ст. значно зросла. Причина цього, на наш погляд, не в останню чергу пояснюється спробами через розуміння соціальної, психологічної, правової природи агресії запобігти і стримати дедалі зростаючу кількість актів насильства у світі, і головне, — унеможливити міжнародні озброєні конфлікти, які за умов сучасного розвитку цивілізації здатні винищити людство. Бо зрозуміло, що коли люди нівечать і вбивають інших за допомогою власних рук та різних видів зброї — від ножа до пістолета, це є насильницькі дії, що, як правило, обмежуються незначною територією і не становлять загрози для людства у цілому. Інша справа — застосування сучасних, значно могутніших видів зброї, що може призвести до глобальної цивілізаційної катастрофи. Сьогодні деякі країни мають змогу буквально за декілька годин не залишити на земній кулі жодної живої істоти.

У світлі такої загрози слід зазначити, що насилля, конфлікт, із яких складається агресія, відноситься міжнародним кримінальним правом до найбільш серйозних проблем, які стоять перед людством.

Перші спроби якимось чином на міжнародному рівні надати визначення і закріпити правову заборону агресії можна віднести до 1907 р., коли у ст. 1 Конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень був визначений принцип застосування всіх можливих зусиль для того, щоб забезпечити «мирне вирішення міжнародних неузгоджень»¹. Якщо проаналізувати подальшу низку міжнародно-правових документів, то можна побачити, що власне людську спільноту до проблеми міжнародного визначення агресії, агресивних дій на міждержавному рівні спонукала насамперед Перша світова війна і ті ганебні явища прояву агресії, які її характеризували: наявність значної кількості військових злочинів, порушення звичаїв війни, негуманне ставлення до цивільного населення, застосування зброї масового знищення (відома іпритна атака) тощо.

За умов антивоєнного руху в преамбулі Статуту Ліги Націй визнавалася необхідність спрямувати міжнародні зусилля на засудження агресії. Зокрема, ст. 11 проголошувала, що всяка війна, або загроза війни, що торкається прямо або деяким чином когось із членів Ліги, стосується і Ліги в цілому, а тому остання повинна вжити заходів, які здатні захистити мир націй. Спроби постановки агресивних війн поза законом піднімалися у проекті Договору про взаємодопомогу від 15

¹ Конвенция о мирном решении международных столкновений // Международное право в документах. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1997. – С. 537–544.

серпня 1923 р., у Женевському протоколі про мирне вирішення спорів від 2 жовтня 1924 р. 24 вересня 1927 р. Асамблея Ліги Націй прийняла спеціальну декларацію, де проголошувалося, що всяка агресивна війна є і залишається забороненою і становить міжнародний злочин. Але агресією за буквою Статуту визнавався лише напад, здійснений з її порушенням. Першим реальним кроком на шляху заборони агресії став Паризький пакт 1928 р., який уперше встановив багатосторонні зобов'язання держав про відмову від застосування збройної сили і проголосив, що його учасники «відмовляються у своїх взаємовідносинах від війни як засобу національної політики»¹, а також надалі зобов'язуються вирішувати всі свої розбіжності виключно мирним шляхом. На нашу думку, Паризький пакт, безумовно, пішов далі статуту Ліги Націй у цьому питанні, однак його практичне значення для міжнародного миру послаблювалося тим, що ці постанови не були підкріплені ефективною системою санкцій на випадок порушення. Безумовним позитивним результатом прийняття Паризького пакту стала активізація прийняття значної кількості міжнародних двосторонніх договорів країн, де передбачалася взаємна відмова сторін від будь-яких агресивних дій, від участі у подібних діях з боку інших країн, від підтримки агресивних сил, а також встановлювалася система мирних засобів вирішення можливих протиріч.

Конференція з проблем уніфікації кримінального законодавства у Варшаві у 1927 р. прийняла рішення про кримінальну відповідальність за пропаганду агресії — міжнародний делікт, який «обтяжує суспільну совість»². У 1930 р. Спеціальний комітет Ліги Націй з розробки загальної конвенції про розвиток засобів, що попереджають війну, запропонував Асамблеї розглянути питання про можливості боротьби з пропагандою агресії, «вважаючи, що пропаганда агресії проти іноземної держави може створити за певних умов загрозу загальному миру»³. У 1933 р. Юридичний комітет Ліги Націй розробив проект конвенції по боротьбі з агресією, де зазначалося, що держави, які підписали конвенцію, беруть на себе зобов'язання вжити на національному рівні законодавчих заходів для боротьби з прямою і публіч-

¹ Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики от 27 августа 1928 г. // Международное право в документах. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1997. – С. 554.

² Rappaport E. Le problem de l'unification international du droit penal / E. Rappaport. – Varsovie, 1929. – P. 40.

³ Див.: Трайнин А. Н. Защита мира и уголовный закон / А. Н. Трайнин. – М., 1937. – С. 131.

ною пропагандою, що здійснюється з метою спровокувати держави першими порушити свої міжнародні зобов'язання і здійснити дію, яка становитиме акт агресії.

Тільки після Другої світової війни поняття злочину «пропаганда агресії» увійшло в міжнародне кримінальне право. Неабияке значення при цьому мала діяльність Нюрнберзького трибуналу, який підтвердив той факт, що агресивна пропаганда займала першочергове місце в арсеналі гітлерівської політики. Один із головних діячів III Рейху Герінг на процесі визнав, що для розв'язання війни важливими були три факти: військові зусилля; економічні заходи і пропаганда¹. А Гітлер у своїй роботі «Майн Кампф» писав, що «за допомогою вмілого і довготривалого застосування пропаганди можна представити народу навіть небо адом і, навпаки, найзлиденніше життя — як рай»².

Третього листопада 1947 р. Генеральна Асамблея ООН прийняла запропоновану Політичним комітетом Резолюцію «Про заходи, яких необхідно вжити проти пропаганди війни і тих, хто розпалює війни», в якій засуджувалися в будь-якій країні і будь-які форми пропаганди, які б мали за мету створити чи посилити загрозу миру, порушення миру або акт агресії. Генеральна Асамблея ООН запропонувала урядам усіх країн — членів ООН здійснити певні кроки, що допускаються національними законодавствами, для сприяння всіма наявними в їх розпорядженні засобами інформації і пропаганди розбудові дружніх відносин між державами на засадах принципів Статуту ООН³.

Таким чином, принципи міжнародного права, які знайшли відображення у статутах і вироках Нюрнберзького і Токійського трибуналів, були ще раз підтверджені Організацією Об'єднаних Націй.

Науковий інтерес для оцінки і можливого застосування в сучасному національному законодавчому полі його окремих дефініцій має, на нашу думку, прийнятий у СРСР у 1951 р. Закон про захист миру, а у 1958 р. — Закон про кримінальну відповідальність за державні злочини, який передбачав за пропаганду війни в будь-якій формі покарання у вигляді позбавлення волі терміном від трьох до восьми років (ст. 8 Закону). У Законі надавалися визначення і певні оціночні критерії агресії. Проголошувалося, що за своєю юридичною природою пропаганда війни становить один із видів до підбурювання здійснення

¹ Нюрнберзький процес : сб.материалов в 8-ми т. Т. 4. – М., 1987. – С. 348.

² Там само. Т. 7. – М., 1987. – С. 526.

³ Официальный отчет второй сессии Генеральной Ассамблеи : Резолюция.1947 г. // Международное право в документах / сост. Н. Т. Блатова, Г. М. Мелков. – 2-е изд. – М., 1997. – С. 337.

такого тяжкого міжнародного злочину, як агресія. Підбурювання як вид співучасті у злочині за загальним правилом тягне за собою кримінальну відповідальність лише у тому випадку, коли заклик до злочину привів до злочинного результату — до вчинення злочину. Тоді як пропаганда війни як один із видів злочину проти людства тягне за собою кримінальну відповідальність також у випадку, якщо агресія не мала місця. Підбурювання передбачає прямий заклик до вчинення злочину, в той час як пропаганда війни може і не містити прямого заклику до війни. Нарешті підбурювання містить заклик до конкретного злочину, наприклад, вбивства певної особи, а пропаганда агресії матиме місце і у тому випадку, коли в ній відсутній заклик до війни проти певної країни: тут для складу злочину достатньо загального заклику до агресії.

На сесії Спеціального комітету з визначення агресії в системі міжнародних злочинів у 1969 р. обговорювалися окремі проблеми як щодо термінологічного визначення агресії, так і шляхи впливу на країну-агресора та види політичної і матеріальної відповідальності за її здійснення. Саме тут обговорювалося питання про те, що особливістю агресії як небезпечного делікту, що становить міжнародний злочин, є те, що крім самих держав-агресорів відповідальність кримінального характеру несуть і їх керівники.

За здійснення акту агресії за міжнародним правом на державу можуть накладатися найсуворіші санкції, серед яких відповідальність країни-агресора згідно із зобов'язаннями, які накладаються на неї міжнародним договором, учасником якого вона є. У Віденській конвенції про право міжнародних договорів є ст. 75, згідно з якою постанови Конвенції «не торкаються ніяких зобов'язань стосовно договору, які можуть виникати для країн-агресорів у результаті заходів, прийнятих відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй у зв'язку з агресією з боку цих країн»¹. У Декларації про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин і співробітництва між країнами згідно зі Статутом ООН також підкреслюється: «Агресивна війна є злочином проти миру і викликає відповідальність за міжнародним правом»².

На перший погляд, міжнародною спільнотою досить активно і послідовно засуджувалися акти агресії і вирішувалися питання відповідальності за їх здійснення. Але і в наш час у міжнародному праві ви-

¹ Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. // Международное право в документах / сост. Н. Т. Блатова, Г. М. Мелков. – 2-е изд. – М., 1997. – С. 52.

² Там само. – С. 556–557.

значення агресії було і залишається одним із найскладніших і невирішених питань. Існуючі пропозиції з цієї проблеми обговорюються і сьогодні, але не мають законодавчого закріплення ні на рівні національних правових систем, ні в системі міжнародного права. Серед основних позицій, які обговорювалися на рівні наукових міжнародних дискусій, можна виокремити дві:

- принцип перерахування агресивних дій, тобто складання їх переліку — пропозиція СРСР;

- принцип «гнучкої» формули, коли в основу розуміння терміна агресії закладалися так звані «природні критерії», а не «юридичні розбудови», пропозиція західних країн¹.

Втім країни — учасники дискусії не змогли домовитися і в результаті було прийняте рішення взагалі не приймати ніякого доктринального визначення поняття «агресія» у міжнародному праві.

Між тим для здійснення глибинного аналізу агресії як міжнародного злочину недостатньо простої регламентації факту наявності такого злочину в міжнародному і національному законодавстві. Спробуємо розглянути його складові і критерії з позицій інших соціальних наук, які методологічно базуються на певних соціально значущих оціночних критеріях. Можливо, саме такий підхід дозволить більш кваліфіковано підійти до вирішення найскладнішої проблеми міжнародного кримінального права — визначення складу злочину агресії. Вважаємо можливим при оцінці злочинів проти миру і безпеки людства запозичити методологічні засади і певні трактування видів агресії, що застосовуються у філософській, психологічній, соціологічній науках і активно у системі загальноправових злочинів. Більше того, проведений аналіз джерел філософсько-психологічного характеру західної наукової думки дозволяє нам відстежити і визначити певні складові, характерні і для такого небезпечного міжнародного злочину, як агресія, і можливі для цілком закономірного використання при його кваліфікації.

Ще у 1961 р. Басс охарактеризував агресію як будь-яку поведінку, що містить загрозу і завдає шкоди іншим². Інше визначення агресії запропоноване такими видатними дослідниками, як Берковиц і Фешбах. На їхню думку, щоб та чи інша дія була кваліфікована як агресія, вона повинна включати в себе *намір*, а не просто приводити до на-

¹ Трайнин А. Н. Защита мира и уголовный закон / А. Н. Трайнин ; под общ. ред. Р. А. Руденко. – М., 1969. – С. 336.

² Buss D. M. Strategic individual differences: The evolutionary psychology of selection, evocation, and manipulation / Twins as a tool of behavior genetics. West Sussex, England, 1993. – P. 58.

слідків¹. Подібне визначення надає історик науки Хартуп² і відомий психолог Р. Барон³.

У наш час більшість зарубіжних науковців приймають за головне таке визначення: *«агресія — це будь-яка поведінка, спрямована на ображення або завдання шкоди іншій живій істоті, що не бажає подібного поводження»*⁴. На перший погляд, це визначення є досить простим, але містить деякі особливості, які, на наш погляд, потребують більш глибокого аналізу.

Агресія як поведінка. Насамперед, із правових позицій агресію слід розглядати як модель поведінки, а не як емоцію, мотив або установку. Із психологічних позицій агресія часто асоціюється як негативна емоція — злість, з мотивами — бажання нашкодити або образити, і навіть з негативними установками, такими, наприклад, як расові або етнічні забобони. Втім аналіз соціальної поведінки підтверджує лише той факт, що у реальному міжнародному житті зовсім не обов'язково, щоб агресори ненавиділи тих, на кого вони нападають, часто агресія розв'язується у стані повної холоднокривності. Таким чином, можна констатувати, що негативні емоції, мотиви і установки не завжди провокують прямі нападки на інших, а тому використання терміна «агресія» слід обмежити сферою явно зловмисної поведінки, що призводить до злочинного діяння.

Агресія і намір. У наведеному визначенні термін «агресія» передбачає дії, якими агресор навмисно завдає шкоди своїй жертві. Але введення критерію навмисного завдання шкоди у міжнародному кримінальному праві породжує чимало труднощів. По-перше, це фактор того, що вкладається у поняття «навмисність» дій. Це і сьогодні є предметом наукової дискусії не тільки в галузі міжнародного права, а й серед фахівців у галузі філософії і соціології⁵.

¹ Berkovitz L. The experience of anger as a parallel process in display of impulsive, «angry» aggression / L. Berkovitz // Aggression Theoretical and empirical reviews ; Ed. By R.G.Green E.I. Donnerstein. – Orlando Academic Press, 1983. – Vol. I. – P. 103–133; Берковиц Л. Агресія: причини, последствия и контроль / Л. Берковиц. – СПб., 2002. – 512 с.

² Hartup W. The developpent of aggression / Hartup W., de Witl. Origins of aggression. – The Hague, 1978. – P. 12–21.

³ Baron R. The control of human aggression: A strategy based on incompatible responces / R. Baron // Aggression : Thoretical and empirical reviews. – 1983. – P. 28.

⁴ Берон Р. Агрессия / Р. Берон, Д. Річардсон. – СПб., 1997. – С. 26.

⁵ Bergman M. Psychoanalytic observations on the capacity to love. In Separation-individuation: Essays is Honor of Margaret S.Mahler, ed. M.Devitt&C.Cettlage / M. Bergman. – New York: International Universities Press, 1966. – P. 15–40; Крейхи Б. Социальная психология агрессии / Б. Крейхи. – СПб., 2003. – 336 с.

Іноді намір завдати шкоди установлюється досить просто: агресори самі визнають це. Це характеризує, наприклад, період Другої світової війни, коли керівниками Німеччини чітко проголошувалися агресивні наміри знищити євреїв, циган, перетворити на рабів слов'янські народи тощо. Разом з тим у міжнародних правовідносинах трапляються ситуації, коли наявність або відсутність агресивного наміру встановити набагато складніше.

Але незважаючи на всі труднощі у визначенні агресивного наміру, вважаємо за доцільне все ж залишити цей критерій у випадках термінологічного тлумачення складу злочину і саме з таких причин:

по-перше, якщо б у визначенні не згадувався фактор навмисного завдання шкоди, то необхідно було б і кожне випадкове її спричинення трактувати як факт агресії;

по-друге, якщо виключити обов'язкову наявність наміру з визначення агресії, то всі дії, наприклад миротворчих сил ООН, можна було б трактувати як факт агресії щодо тієї чи іншої країни, де застосовуються миротлюбні заходи цієї організації;

по-третє, якщо критерій наміру виключити з визначення агресії, то наприклад, випадок незавдання шкоди необхідно розглядати як агресію, навіть якщо жертві, хоч це і очікувалося, не було завдано шкоди. Саме тому більшість західних учених, які вже згадувалися, визначають агресію не тільки як поведінку, яка призводить до шкоди або завдання збитків іншим, а й будь-які дії, що мають за мету досягнення певних негативних наслідків.

Агресія як заподіяння шкоди. Особливість трактування агресії як злочину проти людства у міжнародному праві є, як уже зазначалося, невизначеною дефініцією. Втім, вчені Роберт Берон і Дебор Річардсон¹ зазначають, що агресивними можна називати тільки дії, які завдають шкоди живим істотам, тільки вони є агресивними за своєю природою. У той же час, на думку філософа і психолога Е. Фромма², під агресією слід розуміти дії, які завдають шкоди не тільки людині або тварині, а й будь-якому неживому об'єкту.

Одним із варіантів дихотомічного розподілу агресії, за Бассом і Хартупом, є агресія ворожа і агресія інструментальна. Розглянемо ці види агресії з позицій кримінально-правової оцінки злочину агресії.

Термін «ворожа агресія», на думку авторів, застосовується у випадках, коли головною метою агресора є заподіяння страждань своїй

¹ Берон Р. Агрессия / Р. Берон, Д. Річардсон. – СПб., 1997. – С. 36.

² Фромм Э. Анатомия человеческой деструктивности / Э. Фромм ; пер. с нем. Э. Телятниковой. – М., 2006. – С. 64.

жертві. Якщо поглянути на психологічне трактування терміна для визначення складу злочинів проти миру і безпеки людства, то безумовно, насамперед, це той критерій, який є основним при кваліфікації злочинів проти людяності — геноциду, військових злочинів, які характеризуються наявністю фактору знущань над цивільними громадянами і військовими полоненими тощо.

Поняття «інструментальна агресія», навпаки, характеризує випадки, коли агресори здійснюють напад, але не мають намірів завдати шкоди. У цьому випадку, скоріше за все, агресивні дії використовуються як інструмент для здійснення певних бажань. Але в контексті міжнародно-правової оцінки факту агресії цей термін є досить неоднозначним і складним для застосування.

Саме тому Зильманн¹ запропонував замінити «ворожу» і «інструментальну» агресію на «обумовлену подразненням» та «обумовлену спонуканням».

Агресія, «обумовлена подразненням» належить до дій, які починаються насамперед для ліквідації неприємної ситуації або послаблення її шкідливого впливу. Застосування цього критерію правочинне для аналізу, наприклад, агресивних нападів із метою геноциду тощо.

Агресія, «обумовлена спонуканням» належить до дій, які розпочинаються насамперед з метою досягнення різних зовнішніх вигод, певної користі.

Цікавими для дослідження є і терміни, запропоновані вченими Додж і Койї, які визначають так звану *реактивну* і *проактивну агресію*.

Реактивна агресія передбачає відплату у відповідь на усвідомлену загрозу.

Проактивна агресія породжує поведінку, наприклад, могутньої країни на маленьку і беззахисну (наприклад, приниження, пропагандистський вплив, залякування), спрямовану на отримання певного позитивного результату.

Дослідження Доджа і Койї надали емпіричні докази існування двох різних типів агресії, які відрізняються різними мотиваціями і цілями і, як на нашу думку, можуть використовуватися в системі оцінки злочину агресії у міжнародному праві.

На наш погляд, в контексті дослідження агресії як злочину проти людства необхідним є і застосування певного еволюційного підходу до аналізу її складових. Річ у тім, що агресія не тільки є особливим,

¹ Психология человеческой агрессии : хрестоматия / сост. К. В. Сельченко. – Минск, 2001. – С. 65–69.

самостійним злочином проти людства, а й обов'язковою складовою більшості злочинів проти миру і безпеки. І якщо раніше у міжнародному праві агресією визнавалися напад або загроза нападу, то сьогодні не брати до уваги аспект цивілізаційної загрози від певних дій тієї чи іншої країни, просто неможливо. Наприклад, ще років 70–80 тому загроза падіння літака не мала характеру міжнародного злочину. За умов сучасного розвитку цивілізації літак, на борту якого перебуває ядерна, бактеріологічна зброя, або просто штами мікробів і вірусів, здатних заподіяти шкоду всім живим істотам землі, у випадку незапланованої аварії, тобто без наміру завдати шкоди, може спричинити невинуватну шкоду людям, територіям і навіть континентам. Це спонукає до наукового сучасного бачення оціночних критеріїв у контексті розвитку вчення про кримінальну складову злочинів агресії.

Важливе значення має і наукове обґрунтування теоретичного розмежування складу агресії від інших злочинів проти миру і безпеки людства. Це пов'язане з розумінням злочину агресії у міжнародному праві, з одного боку, як злочину, що здійснюється державами, а з другого — як злочину, вчиненого фізичними особами, які несуть відповідальність за міжнародним публічним правом. Подвійна природа злочинів агресії у міжнародному праві базується на неузгодженні юридичних категорій «суб'єкт злочину» і «суб'єкт відповідальності» при здійсненні актів агресії державою (юридичною особою) і відповідно до дій, які збігаються при здійсненні актів агресії фізичними особами.

Таким чином, дослідження доктринального визначення агресії як злочину проти миру і безпеки людства, розробка методики аналізу її складових, застосування при цьому нетрадиційних підходів філософського, соціологічного, психологічного і, звичайно, правового характеру дозволять уніфікувати розуміння складу злочину як у системі національного, так і міжнародного кримінального права.

Мохончук С. К проблеме доктринального определения преступления агрессии в международном уголовном праве

Освещены основные этапы развития понятия агрессии в международном уголовном праве. Анализируются научные попытки разработки оценочных критериев состава агрессии как преступления против мира и безопасности человечества, которые обсуждались на международном уровне на протяжении XX в., но так и завершились наработкой общих принципов и однозначного их толкования.

Ключевые слова:

The analytical attempts of the working out of the valuation criteria of the aggression composition as a crime against peace and security of the mankind being subject of discussion at the international level during XX century have been analyzed but still the conceptual consensus in the determination of the terminological meaning has not been found. The scientific analysis of the existing terminological determination of aggression from the point of view of other social sciences and psychology has been carried out.

УДК 347.97/.99 (477)

Л. Москвич, докторант кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук, доцент

До питання удосконалення статусу суддів як складового елементу системи заходів підвищення ефективності судової системи

Аналіз наукової літератури свідчить, що основну увагу щодо опрацювання заходів удосконалення судової системи приділено організаційним (судоустрійним) або процесуальним (процедурним) аспектам. Ці питання, безперечно, вельми актуальні, але все ж таки треба зважити, що якою «ідеальною» не була обрана модель судоустрою, наскільки б уніфіковані та досконалі не були процесуальні норми, що встановлюють процедуру відправлення судочинства, досягнення бажаного ефекту судової реформи залежатиме від професійності тих осіб, які безпосередньо будуть застосовувати норми та вирішувати судові справи, тобто суддів.

Ще А. Ф. Коні зауважував, що «які б добрі не були правила діяльності, вони можуть втратити свою силу і значення в недосвідчених, грубих і несумлінних руках»¹. Саме судді — конкретні люди з певним життєвим досвідом, рівнем соціалізації та правосвідомості, а не суд взагалі, акумулюють у собі цілі, засоби, культурні цінності суспільства і виступають від імені суду як соціально-правового інституту, встановлюють об'єктивну істину в конкретній судовій справі, яку розглядають у судовому засіданні, застосовують покарання та звільняють від нього, роблять помилки та виправляють їх тощо. Тому вважаємо дослідження проблем удосконалення статусу суддів ключовим елементом при опрацюванні заходів підвищення ефективності судової системи.

Гадаємо, що основними напрямками щодо удосконалення статусу суддів в аспекті підвищення ефективності судової системи є створення

¹ Коні А. Ф. Избранные произведения / А. Ф. Коні. – М., 1956. – С. 20.

умов, які б: 1) зробили би посаду судді привабливою для фахівців найвищої кваліфікації; 2) гарантували би високий рівень професіоналізму суддівського корпусу.

Розглянемо зазначені напрями докладніше.

1). Створення посади судді привабливою для фахівців найвищої кваліфікації ми визначили одним із першочергових завдань судової реформи. Професійна діяльність судді завжди вважалася і складною, і соціально значущою. Видатний теоретик права минулого сторіччя П. Г. Виноградов зазначав: «Проголошувати, застосовувати і виконувати право, можливо є більш складним і великим мистецтвом, ніж організовувати армію, будувати, вигравати битву»¹. Тому виконувати цю функцію повинні кращі із кращих. Це актуалізує проблему створення умов, за яких успішні фахівці виявлять бажання змінити успішну професійну кар'єру правника на кар'єру судді.

Фахівець, який розмірковує над тим, чи слід йому обрати кар'єру судді, оцінює такі перспективи: а) кар'єрне зростання; б) особиста самореалізація; в) матеріальна винагорода. Розглянемо ці складові докладніше.

А. Перспектива кар'єрного зростання обумовлює підхід до професії судді у певному розумінні як до самоцілі. У літературі під терміном «кар'єра» розуміється просування працівника по службових сходинках чи послідовна зміна занять як у рамках окремої організації, так і впродовж усього життя².

Питання кар'єри судді є дуже складним, у науковому середовищі відсутня єдність думок відносно доцільності його застосування щодо професії судді, що, напевне, пов'язане з більш загальною проблемою — становленням та розвитком уявлень про державну або громадянську службу взагалі. Міжнародна практика також не має єдиного підходу щодо кар'єри судді. Так, деякі країни вирішили це питання в радикальний спосіб: вони просто усунули поняття ієрархії чи поняття чинів, яких може досягти суддя. Однак все ж таки в більшості держав поняття «професійна кар'єра судді» існує. У цих країнах кар'єрне зростання суддів залежить від професійного стажу. Так, Законом про проходження служби в судах (статті 24–26) Республіки Словенія прямо передбачено, що зі вступом на суддівську службу суддя здобуває право на підвищення, яке може бути реалізоване шляхом підвищення

¹ Виноградов П. Г. Государство и право / П. Г. Виноградов. – М., 1911. – С. 5.

² Див.: Веснин В. Р. Основы менеджмента : учебник / В. Р. Веснин. – 2-е изд. – М., 1997. – С. 351.

жалування, призначенням на вищу посаду, призначенням на посаду судді Верховного суду. Рішення про підвищення судді в посаді приймається після атестації Судовою радою його професійних якостей та результатів судової практики. Кожних три роки суддя отримує надбавку до жалування та може бути призначеним на вищу суддівську посаду¹. Такі системи, звичайно, дуже захищають суддів, але вони припускають, що від самого початку гарантується абсолютна якість ієрархічного просування. А з іншого боку, передбачається призначення на посаду, що повинно проводитися з урахуванням компетентності і відповідності судді конкретній посаді². Саме до таких систем належить і Україна.

Основні принципи щодо незалежності правосуддя визначають (п. 13): «Просування по службі суддів в умовах будь-якої системи повинно ґрунтуватися на об'єктивних чинниках, зокрема здібностях, порядності та досвіді».³ Відповідно до національного законодавства, зміст кар'єри судді полягає в його успішній самореалізації, що виражається у вигляді заохочень матеріального або кар'єрного характеру, ґрунтується переважно на принципах *стажу* (вислуги років). *Матеріальні заохочення* передбачають підвищення рівня матеріальної винагороди залежно від вислуги років, займаної посади (ст. 129 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). *Заохочення кар'єрного характеру* полягають у можливості зайняти місце судді в суді іншого рівня або спеціалізації, або бути обраним на адміністративну посаду. Позитивним моментом, з нашої точки зору, є передбачення Законом України «Про судоустрій і статус суддів», що питання кар'єри судді розглядається з урахуванням професійних якостей судді. Зокрема, передбачено добір кандидатів на посаду судді, що здійснюється за результатами спеціальної підготовки та складання кваліфікаційного іспиту (ст. 65); проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді (ст. 71); запровадження конкурсних засад при вирішенні питання про перевід судді (ст.ст. 73, 80).

Слід додати, що гарантією незалежності суддів при реалізації права на кар'єру має стати надійна, демократична процедура щодо вирі-

¹ Судебные системы европейских стран : Справочник / Пер. с фр. Д. И. Васильева и с англ. О. Ю. Кобякова. – М., 2002. – С. 246.

² IV зустріч Голів Верховних Судів держав Центральної та Східної Європи. Документи і матеріали. – К. : Б.в., 1998. – С. 115, 116.

³ Основні принципи щодо незалежності правосуддя. Схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної асамблеї ООН від 29.11. 1985 р. та 13.12.1985 р. // Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 10–13.

шення питань про підвищення суддів на посаді, збільшення матеріальної винагороди і т. ін. В Україні питання матеріального стимулювання кар'єри судді має досить прозорий характер — розмір заробітної плати залежно від рівня суду, доплат за вислугу років і т. ін. має законодавче закріплення. Питання конкурсного добору кандидатів на посаду судді, проведення кваліфікаційного іспиту, розв'язання організаційних питань здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, що є постійно діючим органом у системі судоустрою. Але вирішення питання по суті щодо переведення судді здійснюється органом, що призначив (обрав) суддю на посаду — Президентом України або Верховною Радою України. Вважаємо, що якщо повноваження щодо санкціонування переведення судді будуть надані Вищій кваліфікаційній комісії суддів України як органу, відповідальному за суб'єктний склад суддівського корпусу, їх професіоналізм, то це значно підсилить гарантії незалежності суддів.

Також доцільним буде розроблення й оприлюднення об'єктивних критеріїв кар'єрного просування з тим, щоб вирішення питання добору кандидатів та вирішення питання про їх переміщення чи призначення на адміністративні посади ґрунтувалися на «професійних якостях з урахуванням кваліфікації, порядності, здібності та ефективності»¹.

Певною позитивною новелою нового Закону, що сприяє зміцненню незалежності суддів, стало надання судді права самому ініціювати питання щодо власної кар'єри.

Таким чином, специфіка професії судді зводиться до можливості, не переміщуючись усередині суду або до вищестоящего суду, робити успішну кар'єру, яка виражається у відповідному збільшенні грошової винагороди за працю, можливості бути обраним на адміністративну посаду, а також можливості випробувати власні здібності на посаді судді в суді вищого рівня. Фундаментальним чинником кар'єри судді є прагнення людини до професійної самореалізації, найбільш ефективного використання своїх знань, якостей і здібностей. Інститут кар'єри судді є найсильнішим стимулом підвищення професійної майстерності, вдосконалення професійних знань, задоволення особистих інтересів із самореалізації. Саме тому мають бути опрацьовані *Стандарти відповідності* для кожної суддівської (у т. ч. адміністративної) посади,

¹ Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів від 23.11.2001 // Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 22.

відповідно до яких будуть здійснюватись оцінка та конкурсний добір кандидатів на посади суддів (як тих, які претендують на посади вперше, так і тих, які претендують на зайняття посади в суді вищого рівня або спеціалізації) та на адміністративні посади в судах.

Б. Перспектива самореалізації визначає підхід до професії судді як до творчої діяльності. Саме у професії судді особа бачить найкращі можливості для самовизначення. У психології самовизначення обґрунтовано визначається і як основа самореалізації і самоствердження особистості¹. Сутність даної орієнтації полягає у відповідності бажань, надій особистості реальній дійсності. При цьому бажання, прагнення можуть бути всілякими, наприклад, певний суспільний авторитет, необхідні умови праці, найкраща реалізація кваліфікації і здібностей особистості у праці та адекватна її оплата тощо.

На жаль дані, отримані різними незалежними соціологічними дослідженнями, підтверджують низький авторитет суддів у очах громадян. Так, якщо судити за підсумками відповідних КСД, свідомості наших громадян притаманні такі стереотипи суддів: а) «законник, юридичний ідеаліст», неухильно дотримується закону, однак нерідко ідеалізує його силу як догму; б) «перестрахувальник», прагне перекласти із себе особисту відповідальність на керівництво, попереднє розслідування та ін.; в) «юридичний нігіліст», припускається волюнтаристських відступів від вимог закону і принципів права; г) «корупціонер», готовий умисно за хабар чи цінну послугу винести судові рішення, що суперечить закону². Наведені дані свідчать, що у суспільній свідомості авторитет судді пов'язується із професійними якостями і здібностями особи. Це ще раз підкреслює актуальність Стандартів відповідності професії судді, до змісту якого має бути включено перелік професійно-важливих якостей судді, розроблених на підставі діяльнісно-особистісного підходу. Саме цей документ повинен стати основою конкурсного добору суддів.

В. Перспектива матеріальної винагороди. Як правильно зазначив Г. Черемних, суддя має бути забезпечений досить високою, не змен-

¹ Глоточкин А. Д. К вопросу о динамической и функциональной структуре личности / А. Д. Глоточкин. – М., 1987. – С. 18–23; Глоточкин А. Д. Психологические вопросы профессионального отбора личного состава / А. Д. Глоточкин // Военная мысль. – 1980. – № 3. – С. 62, 69.

² Герасина Л. Н. Социальная эффективность судебной власти: возможности социологического измерения / Л. Н. Герасина // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи : матеріали наук.-практ. конф., 18–19 квіт. 2002 р., м. Харків / гол. ред. В. В. Сташис. – Х.; К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 98.

шуваною зарплатнею, яка підлягає індексації, що дозволяє йому впевнено дивитися в майбутнє, щоб кращі юристи країни прагнули посісти місце суддів¹. Рекомендація № R (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів передбачає, що «винагорода суддів повинна гарантуватися законом» та «відповідати гідності їхньої професії та тягареві відповідальності, яка на них покладається» (Принципи I (2) (a) (ii) та III (1) (b))². У більшості країн світу питання матеріального забезпечення суддів закріплено в нормативно-правовому порядку разом із гарантією стабільності оплати праці судді. Хоча в деяких системах (наприклад, Скандинавські країни) ці питання вирішуються за допомогою традиційних інструментів без законодавчого закріплення відповідних нормативних положень. У законодавстві України закріплено, що суддівська винагорода регулюється виключно законами України «Про судоустрій і статус суддів», «Про Конституційний Суд України» та не може визначатися іншими нормативно-правовими актами. Суддівська винагорода складається з посадового окладу та доплат за вислугу років, перебування на адміністративній посаді в суді, науковий ступінь та роботу, яка передбачає доступ до державної таємниці. Розмір посадового окладу судді місцевого суду прив'язується до розміру мінімальної заробітної плати, яка визначається законом, а отже, оклад судді постійно підвищуватиметься відповідно до зростання вартості життя. Посадові оклади інших суддів устанавлюється пропорційно до посадового окладу судді місцевого рівня з відповідним коефіцієнтом. Інші надбавки встановлюються відповідно до певного відсотка від посадового окладу (ст. 129 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

До недоліків нормативно-правового регулювання матеріального забезпечення суддів слід віднести, *по-перше*, відсутність у Законі закріплення розміру доплат за перебування на адміністративній посаді голови суду. Це зроблено в Указі Президента України, що суперечить п. 1 ст. 129 Закону. Але навіть у зазначеному документі інформація щодо доплат за перебування на адміністративній посаді Голови Верховного Суду, Конституційного Суду, Вищих спеціалізованих судів України є закритою. Це створює умови для можливості «непроцесуальних» впливів на цих посадових осіб судової влади, що є неприпустимим. *По-друге*, у законодавстві відсутні положення, які б гарантували захист

¹ Черемных Г. Суд и судьи / Г. Черемных // Известия. – 1989. – 11 апр. – С. 4.

² Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 14–17.

від зменшення розміру матеріальної винагороди суддів¹. Як відзначила з цього питання КРЕС, є дуже важливим для країн (особливо для нових демократій) передбачити нормативно-правові положення, які б гарантували захист від зменшення розміру суддівських окладів². Більшість країн передбачили національним законодавством такі гарантії, а деякі навіть на рівні Основного Закону³. Гадаємо, що гарантія стабільності матеріальної винагороди обов'язково повинна бути передбачена і в законодавстві України.

2. Високий рівень професіоналізму суддівського корпусу. Держава зацікавлена, щоб до суддівського корпусу входили висококваліфіковані спеціалісти. Із розвитком суспільно-політичних відносин ускладнюється зміст правових відносин, а значить судова система має бути здатною розв'язати будь-який суспільно-правовий конфлікт. Лише за такої умови судова система буде відповідати ознаці ефективності. Це актуалізує питання професійної якості суддівського корпусу, адже вирішує питання по суті не судова система взагалі, а професійні судді.

На наш погляд, основними напрямками удосконалення професійної якості суддівського корпусу є: 1) вироблення Стандартів відповідності суддівській професії; 2) оптимізація процедури добору кандидатів на посади суддів; 3) налагодження ефективного механізму контролю за профпридатністю суддів. Розглянемо кожний напрям і сформулюємо конкретні заходи щодо удосконалення діючої системи.

1. Стандарти відповідності суддівській професії. Сьогодні в системі сучасної теорії судоустрою вже виокремлюється науковий напрям з умовною назвою «судова антропологія» як система уявлень про

¹ Відповідна гарантія була передбачена ст. 11 Закону України «Про статус суддів», який втратив чинність у зв'язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7.07.2010 р.

² Див.: Пункт 62 Висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів від 23.11.2001 // Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 29.

³ Наприклад, у ст. III Конституції США прямо встановлено, що після призначення на посаду заробітна плата судді «не може бути зменшена протягом усього строку перебування його на посаді». Розмір цієї винагороди встановлюють спеціальні законодавчі комісії. У разі якщо внаслідок інфляції чи інших причин традиційно встановлена винагорода перестає відповідати вимогам підтримання незалежності судової влади, зазначені комісії переглядають її розмір. У цілому судді в США належать до категорії найбільш високооплачуваних службовців. Докладніше див.: Притика Д. Деякі аспекти організації діяльності та структури судової системи США / Д. Притика // Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. – 1995. – № 1. – С. 163.

«суддю-людину» — суб'єкта судового правозастосування — специфіку його впливу на соціальне середовище та його духовну сферу, формування правової системи тощо. Адже хоча процедура судочинства має дуже великий ступінь формалізації, однак, застосовує норми людини, особа, яка наділена свідомістю та волею, що дозволяє вести мову про пряму залежність між особистісними якостями судді та ефективністю судової системи, оскільки весь процес застосування норми закону до спірних правовідносин є свідомим та цілеспрямованим. Дослідження особистісних характеристик судді має значну практичну цінність, оскільки забезпечує теоретичний фундамент законотворчій діяльності, у ході якої будуть закріплені вимоги, що ставляться як до кандидата на посаду судді, так і до діючого судді. Адже особа, яка вже набула статусу судді, не повинна зупинятися у своєму професійному розвитку, а діяти в напрямі самовдосконалення, підвищувати свою майстерність, оперативно реагувати на зміни та відповідати вимогам часу.

У сучасній юридичній літературі спроби проаналізувати структуру особистості судді містяться в роботах Г. П. Батунова, В. Л. Васильєва, Ф. В. Глазиріна, Ю. М. Грошевого, Т. Г. Морщакової, І. Л. Петрухіна, Н. В. Радутної, І. М. Сорокотягіна та ін. Запропоновані теорії особи судді характеризуються великою розмаїтістю як елементів, що входять у структуру особистості, так і факторів, що поєднують ці елементи в систему. Вважаємо, що досліджувати особистість судді необхідно скрізь призму завдань, що ставить перед особою професійна діяльність. Адже наукою встановлено, що в процесі здійснення трудової діяльності загальна структура особистості відповідним чином переломлюється через здійснювану професійну діяльність. При цьому не всі сторони особистості мають рівноцінне значення для успішного здійснення службових функцій. Одні дуже істотно впливають на кінцевий результат, ефект діяльності (вони називаються професійно важливими), інші ніколи не впливають або справляють незначний вплив¹. Отже, завданням судової антропології повинно стати дослідження особи судді у поєднанні з аналізом змісту його професійної діяльності з тим, щоб виявити ті її властивості, які є професійно корисними з погляду ефективності, успішності виконуваної діяльності. Результатом такого аналізу повинно стати вироблення Стандартів відповідності суддівській професії, що може стати системою об'єктивних критеріїв оцінки профпридатності кандидатів на посади суддів, на адміністративні по-

¹ Абульханова-Славская К. А. Деятельность и психология личности / К. А. Абульханова-Славская. – М., 1980. – С. 210–220.

сади, діючих суддів, при вирішення питань про їх переведення до суду вищої інстанції тощо.

Вважаємо, що структуру Стандартів відповідності суддівській професії повинні скласти: а) вимоги щодо рівня інтелектуального розвитку людини; б) вимоги щодо соціально-психологічних якостей і здібностей особистості; в) вимоги щодо рівня правової культури особи. Фундаментальною основою опрацювання Стандартів повинен стати діяльнісно-особистісний метод¹, а змістом — професійно важливі якості судді. Складовою частиною загальних стандартів мають стати Стандарти відповідності посаді судді апеляційного, Вищого спеціалізованого або Верховного Суду України, а також Стандарти відповідності адміністративній посаді в суді². Безумовно, вказані документи повинні доповнювати базові Стандарти відповідності судді в частині переліку додатково необхідних професійних якостей.

2. *Добір кандидатів на посади суддів.* Прийнятий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7.07.2010 р. сприяв удосконаленню процедури добору кандидатів на посади суддів, передбачивши конкурсні засади добору, необхідність проходження спеціальної підготовки, прозорість (за рейтинговою системою) вибору із претендентів найбільш придатного для виконання функцій судді, запровадження єдиних стандартів добору суддів (централізований порядок добору єдиним органом — Вищою кваліфікаційною комісією суддів України) та ін. Основними проблемами реалізації закріплених положень, з нашої точки зору, є наповнення реальним змістом проголошеного прагнення забезпечити функціонування системи добору суддів «на основі професійних якостей» і «об'єктивності». У цьому контексті знов актуальним постає питання розробки Стандартів відповідності професії судді, про що йшлося вище. Крім того, необхідно провести ґрунтовне аналітичне дослідження щодо визначення допустимої до використання методики оцінки професійно важливих якостей судді, визначити коло суб'єктів, яким це доречно доручити, та стадії добору кандидатів, на

¹ Докладніше див.: Москвич Л. М. Діяльнісно-особистісний підхід до формування суддівського корпусу / Москвич Л. М., Іваницький С. О., Русанова І. О. // Правовий статус носіїв судової влади в Україні (професійні судді, народні засідателі, суд присяжних) / за заг. ред. І. Є. Марочкіна : монографія. – Х.,

² Наприклад, у США існує перелік Критеріїв якостей, за якими оцінюються відповідність кандидата судовій посаді, на яку він претендує. Визначений загальний перелік якостей суддів, а також перелік додаткових якостей суддів першої інстанції, апеляційних судів та наглядових суддів (див. Критерії оцінки // Інформ. вісн. Вищ. кваліфікаційної комісії суддів України – № 1 (5). – 2008. – С. 15–23).

якій слід запровадити таку оцінку. Оскільки зазначеним Законом було скасовано процедуру атестації суддів, то підвищується значення процедури оцінки професійно важливих якостей судді саме на стадії добору кандидатів.

Відповідно до ч. 2 ст. 70 Закону «кваліфікаційний іспит полягає у виявленні належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки кандидата на посаду судді, ступеня його готовності здійснювати правосуддя з питань юрисдикції відповідного суду, а також особистих та моральних якостей кандидата». Системний аналіз наступних положень закону свідчить, що якщо стосовно методики виявлення «належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки кандидата на посаду судді» (анонімне тестування) та «готовності здійснювати правосуддя з питань юрисдикції відповідного суду» (виконання практичного завдання) законодавець визначився, то щодо методики виявлення і оцінки «особистих та моральних якостей кандидата» — ні. Гадаємо, цей недолік має врахувати Вища кваліфікаційна комісія суддів України під час опрацювання відповідного положення про проведення кваліфікаційного іспиту кандидатів на посаду суддів. До того ж положенням слід врахувати особливості проведення кваліфікаційного іспиту щодо діючих суддів, оскільки Закон передбачає, що рішення щодо перевodu судді у вищий суд або суд іншої юрисдикції також здійснюється на підставі кваліфікаційного іспиту (статті 73, 80 Закону).

Вважаємо за доцільне, *по-перше*, проведення діагностики наявності професійно важливих якостей і здібностей судді вже на етапі добору кандидатів ВККС (до прийняття рішення про направлення на спеціальну підготовку), що сприятиме збереженню економічних ресурсів. *По-друге*, оскільки певні професійно важливі якості можуть здобуватися та корегуватися в процесі навчання, то доцільно включити відповідні заходи до програми спеціальної підготовки кандидатів на посади суддів. *По-третє*, проведення під час складання кваліфікаційного іспиту процедури з оцінки ступеня відповідності особистих і моральних якостей кожного кандидата переліку професійно важливих якостей судді, визначених у Стандартах відповідності професії судді, підсилить критерій об'єктивності при прийнятті рішення про рекомендування особи на посаду судді.

3. *Ефективний механізм контролю за профпридатністю суддів.* Профпридатність є показником належного кваліфікаційного рівня судді та професійної відповідності займаній посаді. Оцінка профпридатності створює умови для прогнозування ефективності роботи судді

при виконанні службових функцій. Отже, контроль профпридатності судді є однією із передумов ефективності судової системи.

Із ліквідуванням інституту атестації суддів, основою механізму контролю за належним кваліфікаційним рівнем судді є інститут підвищення кваліфікації, і у виняткових випадках — інститут дисциплінарної відповідальності суддів.

Підвищення кваліфікації суддів. Поняття «кваліфікація» дуже близьке за значенням до по поняття «компетентність». У показник «компетентності судді», Бангалорські принципи поведінки суддів включають вжиття суддею розумних заходів для збереження та розширення своїх знань, удосконалення практичного досвіду та особистих якостей, необхідних для належного виконання ним своїх обов'язків, використовуючи для цих цілей засоби навчання та інші можливості, що в умовах судового контролю мають бути доступні для суддів (п. 6.3)¹. З наведеного формулювання можна зробити такі висновки. *По-перше*, міжнародні стандарти визнали залежність належного виконання службових обов'язків судді від його професійних знань, практичного досвіду і особистих якостей. *По-друге*, засоби навчання та інші можливості щодо удосконалення знань, досвіду та особистих якостей судді визнаються засобом контролю. *По-третє*, система навчання та інші можливості удосконалення знань, досвіду та особистих якостей судді повинні бути забезпечені органами, що належать до системи судоустрою.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» підвищення кваліфікації є *правом* судді, яке може реалізовуватись або через участь у відповідних об'єднаннях суддів, або шляхом проходження відповідної підготовки (частини 2, 3 ст. 54). Обов'язок організації і забезпечення «періодичного навчання суддів з метою підвищення рівня кваліфікації» покладено на Національну школу суддів України (ст. 82), яка підпорядкована Вищій кваліфікаційній комісії суддів України, що є постійно діючим органом у системі судоустрою (ст. 90). Можна констатувати, що інститут підвищення кваліфікації суддів перебуває на початку свого становлення, але, сподіваємось, він зможе стати реальним механізмом контролю за рівнем профпридатності суддів. Утім виникає питання: підвищувати кваліфікацію є правом чи обов'язком судді? КРЕС у своєму Висновку № 4 (2003) щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях від 27.11.2003 підкреслила нереалістичність

¹ Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 35–40.

заходів щодо закріплення обов'язковості підвищення кваліфікації у будь-якому випадку, оскільки, з точки зору КРЕС, існує побоювання, що тоді воно стане бюрократичною та формальною справою (п. 34). І вважає більш раціональним поширення в суддівському корпусі *культури постійного навчання* (п. 33)¹. Цінуючи дане зауваження КРЕС, все ж вважаємо, що «культуру постійного навчання» слід *виховувати*, що можливо лише в умовах навчання (постійного або періодичного). Тому пропонуємо в законодавстві право судді на підвищення кваліфікації замінити на його *етичний обов'язок*. Це сприятиме становленню інституту підвищення кваліфікації як елементу механізму контролю профпридатності суддів.

На жаль, чинне законодавство не передбачає підстав для звільнення особи з посади судді з мотивів його професійної непридатності. Вважаємо, що не проходження (нескладання) випробування по закінченню навчальної програми з підвищення кваліфікації має стати індикатором професійної придатності суддів. Якщо передбачити шляхом внесення змін до законодавства, що підвищення кваліфікації є саме етичним обов'язком судді, то може з'явитися підстава для звільнення професійно непридатного суді за підставою, передбаченою п. 5 ч. 5 ст. 126 Конституції України — порушення суддею присяги. Змістом присяги судді передбачено «...чесно і сумлінно виконувати обов'язки судді...» (ч. 1 ст. 55 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). За таких підстав інститут підвищення кваліфікації стане дієвим механізмом контролю за профпридатністю суддів і відповідністю їх кваліфікаційного рівня вимогам професії.

Інститут дисциплінарної відповідальності суддів. Відповідно до п. 18 Основних принципів щодо незалежності правосуддя, судді можуть бути тимчасово усунуті від посади або звільнені тільки з причин їх *нездатності виконувати свої обов'язки чи поведінки, невідповідної до посади, яку вони займають* (виділено автором — Л. М.). Гадаємо, імплементація даного міжнародного стандарту вимагатиме створення Стандартів поведінки суддів, що ґрунтуватимуться на цінностях правосуддя, справедливості і стануть передумовою довіри до суду². Таким стандартом поведінки в Україні є Кодекс професійної етики судді, який було затверджено V З'їздом суддів України 24.10.2002 р. Порушення

¹ Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 115–120.

² Пункт 8 Висновку № 3 (2002) КРЕС до уваги КМРЕ щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності. Страсбург, 19.11.2002 р. // Міжнародні стандарти в сфері судочинства. – К., 2010. – С. 41–55.

суддею правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя, є підставою дисциплінарної відповідальності судді (п. 4 ч. 1 ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Застосування в нормі оціночних визначень ускладнює її застосування на практиці. Гадаємо, що невідповідний рівень кваліфікації судді належить до тієї підстави, що «підриває авторитет правосуддя». Разом із тим «неналежний рівень кваліфікації судді» має бути доведено. Гарантії статусу судді передбачають застосування об'єктивних критеріїв щодо оцінки його професійної відповідності посаді. На наш погляд, єдиним можливим механізмом такої оцінки, у межах діючого правового поля, є випробування судді за наслідками проходження навчальної програми з підвищення кваліфікації. Лише негативний результат такого випробування може стати об'єктивним показником профнепридатності професії судді. Але, на жаль, законодавство не передбачає, що за наслідками дисциплінарного провадження ВККС може прийняти рішення щодо направлення судді для проходження курсу з підвищення кваліфікації. Доцільність доповнення Закону України «Про судоустрій і статус суддів» таким положенням обґрунтовується тим, що, *по-перше*, це сприятиме запровадженню об'єктивних критеріїв оцінки поведінки суддів; *по-друге*, сприятиме підвищенню професійності (кваліфікаційного рівня) судді; *по-третє*, не порушуватиме гарантій самостійності та незалежності суддів; *по-четверте*, створить передумови для використання інституту дисциплінарної відповідальності як додаткового інструменту контролю за рівнем професіоналізму суддівського корпусу. Отже, у цілому зазначені заходи сприятимуть підвищенню професіоналізму суддів, а значить — і ефективності судової системи.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, судова система набуває свого конкретного соціального змісту через ставлення до певних інтересів, цілей і завдань суспільного розвитку. Вона виступає як одна із суспільних форм історичної самореалізації у поєднанні з інтересами суспільства¹. Адаптації інституту суду до конкурентного правового поля сприяє відповідна юридична кваліфікація і професійна підготовка судді. Оскільки ефективність функціонування суду залежить від довіри суспільства, саме професіоналізм суддів стає первинним фактором вибору на користь судового способу розв'язання конфлікту. У зв'язку з цим серед напрямів судової реформи виокремлюється усунення суперечностей, які існують між потребою залучення до виконання поставлених перед судовою системою завдань професійно підготовлених

¹ Ликас А. Л. Культура правосуддя / А. Л. Ликас. – М., 1990. – С. 29.

кадрів та недостатньо якісним забезпеченням їх професійного розвитку, що знижує ефективність судової діяльності та суттєво впливає на темпи розпочатих у країні перетворень.

Москвич Л. Н. К вопросу об усовершенствовании статуса судей как элемента системы мер по повышению эффективности судебной системы

В статье исследуются способы повышения эффективности судебной системы через усовершенствование кадрового состава судейского корпуса. Обосновывается, что на эффективность судебной деятельности влияет уровень профессионализма судей. Излагаются предложения по усовершенствованию статуса судей, направленные на привлечение в судейский корпус специалистов наивысшего уровня, поддержания высокого качества профессионализма судей.

Ключевые слова: статус судей, профессионализм судей, Стандарты профессионализма судьи.

Moscvich L. N. To a question on improvement of the status of the judges as element of system of measures on increase of efficiency of judicial system

In clause the ways of increase of efficiency of judicial system through improvement of personnel structure of the judicial case are investigated. Is proved, that the efficiency of judicial activity is influenced by a level of professionalism of the judges. The offers on improvement of the status of the judges directed on attraction in the judicial case of the experts of the best level, maintenance of high quality of professionalism of the judges are stated.

Keywords: the status of the judges, professionalism of the judges, Standards of professionalism of the judges.

УДК 347.971.99(4)

І. Назаров, кандидат юридичних наук,
доцент, Національний університет
«Юридична академія України імені Ярос-
лава Мудрого»

Класифікація судових систем європейських держав

Європейські держави в наші дні мають різні історичні традиції функціонування судових органів. При цьому країни, які перебувають у складі Європейського Союзу, вимушені шукати компроміс у питанні розробки єдиної моделі судової системи, можливої в майбутньому для кожного члена ЄС. Слід зазначити, що, незважаючи на необхідність визначення такої єдиної, компромісної моделі судової системи, нині її ще не існує. На рівні міжнародних договорів і загальноєвропейських стандартів визначені лише загальні принципи, яким повинні відповідати судові органи кожної європейської країни та завдання й мета, які ставляться перед судами в сучасній демократичній країні. Єдність Європейського Союзу поки не привела до повної однаковості правових систем його членів, у тому числі до єдиного типу судової системи.

Питання класифікації судових систем та їх структури в окремих європейських державах розглядалися певним чином у роботах Т. М. Анакіної, Я. Андрієнко, О. С. Безнасюка, Л. М. Ентіна, Н. С. Малихіної, Л. М. Москвич, А. Осетинського, С. В. Прилуцького, Х. У. Рустамова, Н. В. Сібільової, В. І. Шишкіна, С. Штогуна, М. В. Ярової та ін. Але питання класифікації судових систем у світлі адаптації України до європейських правових стандартів ще не досліджувалися.

Слід зазначити, що протягом останніх десятиліть держави Європейського Союзу не зазнавали будь-яких важких потрясінь, здатних кардинально вплинути на планомірне й спокійне еволюціонування судових систем. Це дало можливість країнам ЄС при оптимізації роботи своїх судових органів урахувати не тільки внутрішньодержавні потреби, а й потребу забезпечити можливість співробітництва судів різних країн між собою. А така можливість може бути забезпечена декількома шляхами: а) через уніфікацію судових процедур; б) уніфікацію судових структур; в) формування загальних міждержавних і недержавних інститутів і утворень. У міру реалізації таких можливостей структури судових систем країн ЄС набуватимуть усе більше загальних рис. Але така еволюція не може відбуватися швидко, і тому сьогодні

судові системи європейських країн мають багато специфічних рис та особливостей.

Спроби здійснити класифікацію судових систем країн світу або Європейського Союзу робилися і раніше. Зокрема, М. В. Ярова в рамках дисертаційного дослідження торкнулася питання типології судових систем європейських країн і як методологічну основу для визначення типів судових систем використала класичний поділ правових систем, характерний для наук теорії держави і права та порівняльного правознавства¹. Це привело автора до виділення романського (Франція, Італія, Іспанія, Португалія, Бельгія), німецького (ФРН, Австрія), англійського (Англія й Уельс) і змішаного (Нідерланди, Данія, Норвегія, Швеція, Туреччина та ін.) типів судових систем.

Не можна сказати, що така класифікація судових систем є зразковою. По суті автор у рамках свого дослідження не називає, чим же конкретно відрізняються між собою романська й німецька судові системи (класифікуючі ознаки одночасно наводяться стосовно обох видів систем), при визначенні країн, що належать до англійської судової системи, не згадуються Шотландія і Північна Ірландія (об'єднані із судовими системами Англії й Уельсу в рамках загальної судової системи Сполученого Королівства Великої Британії), а до змішаного типу автор відносить судові системи тих країн, які не потрапили до попередніх трьох.

У рамках більшості інших російських досліджень використовується приблизно така ж система класифікації судових систем зарубіжних країн, тип судової системи прив'язується до виду правової родини. У таких випадках дослідники намагаються знайти загальні риси судових систем країн однієї правової сім'ї, які підтвердили б можливість такої класифікації, і не звертається увага на відмінності в судовому устрої країн одного типу права². Але іноді використовується й інша методика. Х. А. Рустамов і А. С. Безнасюк при виділенні загальних характеристик судоустрою зарубіжних країн аналізували не судові системи в цілому, а види судів. І відповідно наводять приклади різних варіантів функціонування загальних судів, спеціалізованих або різні варіанти реалізації принципу інстанційності³, що не може характеризувати судову систему в цілому.

¹ Яровая М. В. Судебные системы современных европейских государств: сравнительно-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / М. В. Ярова. – М., 2006. – С. 34.

² Судебные системы и судопроизводство в западных странах // Отечественные записки. – 2003. – № 2. – С. 3–9.

³ Безнасюк А. С. Судебная власть : учебник для вузов / А. С. Безнасюк, Х. У. Рустамов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2002. – С. 192–203.

Слід зазначити, що існують простіші способи визначення видів судових систем. Наприклад, Жак Зіллер країни Європи поділяє на дві категорії: країни з дуалізмом судових органів — Бельгія, Німеччина, Греція, Франція, Італія, Люксембург, Нідерланди, Португалія та країни з єдністю судових органів — Данія, Іспанія, Ірландія та Велика Британія. При цьому слід уточнити, що у Німеччині не два, а п'ять різновидів судів (загальні, адміністративні, з питань праці, соціальні та податкові), не рахуючи конституційних судів, у Великій Британії існує велика кількість адміністративних трибуналів (*administrativetribunals* — квазісудові органи), а в Іспанії — адміністративні суди інтегровані в єдину судову систему¹.

Більшість вітчизняних дослідників дотримуються аналогічної позиції. Зазначається, що побудова судової системи будь-якої країни залежить від безлічі факторів, таких як організація державної влади, адміністративно-територіального устрою, типу правової сім'ї, історичних традицій. Але при цьому основним критерієм класифікації судових систем знову ж є вид правової сім'ї (і виділяється романо-германська й англо-саксонська судові моделі), а такі критерії, як спеціалізація судів та інстанційність, розглядаються як другорядні². Можуть називатися й інші ознаки, характерні для сучасної судової системи: наявність органів конституційної юрисдикції, самостійної системи адміністративної юстиції, ступінь інтеграції прокуратури в систему органів судової влади, але без наділення їх статусом видоутворюючих³.

На наш погляд, використання подібної методики є недостатнім. Використання як критерію класифікації судових систем видів правових систем не може відображати реальну ситуацію, оскільки судові системи у країнах однієї правової сім'ї можуть істотно відрізнятися між собою. Так, вони можуть мати і загальні риси, але загальні риси існують й у судових систем країн, що належать до різних правових сімей.

Наприклад, і Велика Британія, і США належать до країн загальної системи права, але їхні судові системи дуже відрізняються. Структура судоустрою Великої Британії визначається тим, що країна складається з Англії й Уельсу, Шотландії і Північної Ірландії. І має три практично

¹ Зіллер Жак. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз / Жак Зіллер ; пер. з фр. В. Ховхун. — К.: ОСНОВИ, 1996. — С. 250.

² Малихіна Н. С. Критерії класифікації судових систем / Н. С. Малихіна // Актуальні проблеми правознавства: тези доп. та наук. повідом. сучасн. наук. конф. молодих учених та здоб. — Х., 2004. — С. 182–184.

³ Москвич Л.М. Судові системи світу: класифікація і загальна характеристика / Л. М. Москвич // Проблеми законності : Республік. міжвід. наук. зб. — Х., 2008. — Вип. 96. — С. 202–209.

самостійні судові системи, які, проте, є взаємозв'язані через Верховний суд Сполученого Королівства (UK Supreme Court), що є вищою судовою інстанцією стосовно судів Англії, Уельсу, Шотландії й Північної Ірландії, розташований на вершині всієї судової системи Сполученого Королівства, та має повноваження переглядати деякі їхні рішення в порядку апеляції з питань права.

У свою чергу американські суди не становлять єдиної судової системи або державної структури і навіть відсутній сам термін «американська судова система». У кожному штаті США існує своя окрема судова система. Крім того, є загальнодержавна (федеральна) судова система. Ці судові системи існують паралельно¹, що обумовлює не лише відмінність судової системи США від судоустрою Великої Британії, а й її унікальність порівняно з усіма іншими країнами.

Можна показати істотні відмінності судових систем Німеччини й Австрії, які належать не просто до романо-германської системи права, а й навіть до романської її частини. Так, у першу чергу, структура судової системи Німеччини визначається наявністю п'яти судових гілок, які діють зовсім незалежно одна від одної. До них належать: загальні суди (здійснюють цивільну й кримінальну юрисдикцію), адміністративні суди, суди по трудових спорах, фінансові суди й соціальні суди. Другою її характерною ознакою є той факт, що попри процесуальну єдність всі суди діляться на федеральні й суди земель, а судді значаться, відповідно, на федеральній службі або на службі земель. В Австрії ж судочинство є прерогативою федерації, у результаті чого всі суди визначаються як федеративні, судів суб'єктів федерації немає. Крім того, не так чітко й розширено реалізований принцип спеціалізації судів. Основу судової системи становлять загальні суди (the ordinary courts), що розглядають цивільні й кримінальні справи. Поряд із загальними діють так звані суди публічного права (public-law courts of justice), до яких належать Адміністративний суд і Конституційний суд. Суди публічного права займають особливе положення в судоустрої країни, а їх діяльність регламентується окремими законами: «Про Адміністративний суд»² і «Про Конституційний суд»³. Є також

¹ Шишкін В.І. Судові системи країн світу: навч. посіб. : у 3 кн. / В. І. Шишкін. – К., 2001. – Кн. 1. – С. 90–91.

² Administrative Court Act of Austria 1985 – VfGG (date of the version: 1 January 2005). [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_1985_10

³ Constitutional Court Act of Austria 1953 – VfGG (date of the version: 2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgg.pdf>

арбітражні трибунали, але вони не входять до складу державної судової системи, оскільки вважаються не державними судами, а приватними судовими установами¹. Таким чином, структурно судові системи Німеччини й Австрії значно відрізняються.

У таких країн, як Франція, Італія, Іспанія, Португалія, які належать до романської підсистеми романо-германської правової сім'ї, загальних рис набагато більше. Це пов'язано з історично сформованим впливом Франції на національні правові системи прилеглих країн. Але при цьому ідентичними їх назвати неможливо через наявні серйозні відмінності як за кількістю видів спеціалізованих судів, так і за кількістю рівнів судових систем.

Так, судова система Франції являє собою класичну дуалістичну модель і складається із загальних, й адміністративних судів, які є незалежними й очолюються Касаційним судом Франції й Державною радою. При поділі загальних й адміністративних судів по горизонталі вони утворюють три рівні. Крім того, всередині структурної організації кожного з рівнів є структурування за галузевою ознакою². Існує також велика кількість спеціалізованих судів, які у більшості випадків мають меншу кількість рівнів.

Італійська судова система також представлена загальними судами, очолюваними Верховним апеляційним судом (Supreme Court of Appeal) і адміністративними судами. Адміністративна юстиція Італії практично повністю дублює за повноваженнями і завданням французьку, але має меншу кількість рівнів — лише два. До спеціалізованих судів належать військові суди, податкові суди (taxcourts) і Рахункова палата з регіональними представництвами³.

Іспанія, незважаючи на історичний вплив на її правову систему з боку Франції, також має індивідуальні особливості власної судової системи. Передусім це викликано специфікою адміністративно-територіального устрою країни, відповідно до якого й організовано судоустрій. Так, Іспанія не є федерацією, але її територія утворюється сімнадцятьма автономіями, кожна з яких ділиться на провінції й муніципалітети. Отже, судова система країни хоч й є єдиною, але автоном-

¹ The Austrian judicial system. Vienna: Federal Ministry of Justice, 2009. – P. 15, 16.

² Шишкін В. І. Судові системи країн світу : навч. посіб. : у 3 кн. / В. І. Шишкін. – К., 2001. – Кн. 2. – С. 117.

³ Verde G. The Italian Judicial System [Електронний ресурс] / Giovanni Verde. – Режим доступу: <http://www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/inglese.pdf>

ність територій впливає на діяльність судів¹. Крім системи загальних судів і наявності деяких спеціалізованих судів, привертає увагу Національний суд Іспанії. За своїм значенням він схожий на органи політичної юстиції, характерні для Франції, – Високу палату правосуддя й Палату правосуддя. Але французькі аналоги мають тільки кримінальну юрисдикцію стосовно членів уряду й Президента Франції, а Національний суд Іспанії компетентний розглядати не тільки кримінальні, а й трудові та адміністративні спори, що мають загальнонаціональне значення.

Наведені приклади підтверджують неможливість використання видів правових сімей як єдиного критерію для класифікації судових систем. Навіть серед таких країн, як Франція, Італія, Іспанія й Португалія, національні правові системи яких дуже близькі й вийшли з однієї колиски, судоустрій має значні відмінності, особливо коли йдеться про види і компетенцію спеціалізованих судів.

Тому класифікація судових систем різних країн повинна проводитися за критеріями, які важливі для характеристики саме судової системи, а не держави в цілому. Звичайно, входження в ту або іншу правову сім'ю впливає на ставлення до судової влади, статусу суддів, взаємовідносини судових органів з іншими державними органами і, до певної міри, на структуру судоустрою країни. Цей вплив подібний до впливу на структуру судової системи розміру території країни, кількості населення, історичних правових традицій суспільства, форм державного устрою й правління, входження до складу наддержавних утворень, рівня розвитку й добробуту суспільства, ступеня економічної самостійності й фінансової стабільності країни і навіть погодних умов і рельєфу місцевості. Усі названі фактори, у тому числі й належність до певної правової системи, впливають більшою або меншою мірою на структуру судової системи, формують її. Але кожний з них окремо не є визначальним, видоутворюючим. Тому їх використання як критерію не може привести до точної класифікації судових систем. Така класифікація буде значною мірою імовірнісною, а значить і матиме погрішності, що робить її ненауковою.

Для точності класифікації необхідно використати перш за все такі ознаки і фактори, які характеризують не державу в цілому або суспільство, а саме судову систему як один з елементів державного устрою. Ознаки, що є специфічними, викликані особливостями об'єкта дослі-

¹ Шишкін В. І. Судові системи країн світу : навч. посіб. : у 3 кн. / В. І. Шишкін. – К., 2001. – Кн. 2. – С. 180.

дження. І в нашому випадку йдеться про такі ознаки, як кількість рівнів судової системи, кількість судових інстанцій, ступінь використання спеціалізації судів, кількість вищих судових установ і порядок управління у сфері судової діяльності.

У межах цієї роботи пропонується звернути увагу не на всі країни світу, а лише на ті, які входять до складу Європейського Союзу, або близькі до входження. І метою такого дослідження є бажання виявити вимоги, які ставляться Європейським Союзом як до власних національних судових систем, так і до судоустрою країн, що претендують на входження до складу зазначеного об'єднання.

Така мета ставиться з тієї причини, що Україна продовжує дотримуватися в зовнішній політиці курсу на зближення із країнами європейського співтовариства й це вимагає від неї проведення реформ у всіх сферах державного устрою, у тому числі й судоустрою, для відповідності європейським стандартам. Зазначені цілі й будуть головним визначальним критерієм для наступної класифікації судових систем.

У цьому контексті необхідно враховувати той факт, що більшість із європейських стандартів або вимог до національного судоустрою мають не судоустрійний характер. У своїй загальній сукупності вони стають системоутворюючими, але на структуру судової системи впливають не прямо. В усіх документах Європейського співтовариства, що встановлюють вимоги до органів судової влади окремих держав-членів, суддівського корпусу й дотримання прав громадян на судовий захист немає прямих вказівок на кількість рівнів судової системи, чіткої кількості інстанцій або видів спеціалізованих судів для кожної країни. У цих документах йдеться про такі необхідні характеристики національних судів, які б гарантували дотримання кримінально-правових і процесуальних прав і свобод, а також основних принципів судового процесу. Зокрема, права на справедливий, публічний розгляд справи в розумний строк незалежним і безстороннім судом, що попередньо заснований законом, права на ефективне оскарження судового рішення, права на юрисдикційну допомогу тощо.

Що ж стосується класифікації судових систем, то в самому Європейському співтоваристві вкрай обережно ставляться до можливого їхнього поділу на різні типи або види. Так, Європейська комісія з ефективності правосуддя (CEPEJ) у рамках підготовки Доповіді 2006 р. про системи правосуддя країн Європи не змогла сформулювати загальну, безперечну, єдину класифікацію судових систем європейських країн і подала матеріал по країнах, розташовуючи їх за абеткою. Але при цьому

було зазначено, що класифікація судових систем можлива за низкою критеріїв:

1) на основі характеристик судових систем із розподілом на країни континентального й загального права, країни перехідного періоду і країни зі старими судовими традиціями;

2) за географічним принципом з урахуванням розміру території й кількості населення;

3) за економічними критеріями з поділом на зони євро або поза межами євро¹.

Тому, виходячи із усього викладеного, ми не будемо робити спробу сформулювати найбільш «правильну» класифікацію судових систем країн ЄС. Викладений критичний аналіз класифікацій судових систем країн світу, запропонованих іншими вченими, а також позиція офіційних інститутів Європейського співтовариства з питань типології судових систем дають нам право сказати, що специфічні особливості судоустрою кожної країни не дозволяють виділити єдину, об'єктивну для будь-якої ситуації типологію судових систем. Тому для максимальної точності досліджень критерії класифікації повинні визначатися метою й завданнями такого дослідження.

У рамках цієї роботи критерієм для класифікації стане перебування в складі Європейського Союзу або ступінь близькості до входження до складу даного об'єднання держав.

Нині деякою мірою всі держави — члени Європейського Союзу можна поділити на два типи:

1) країни, що стояли у джерел створення ЄС, що мають сталі демократичні традиції й найбільший ступінь реалізації європейських стандартів у сфері судової влади, судоустрою й прав людини і громадянина на судовий захист;

2) країни, які порівняно нещодавно увійшли до складу ЄС і продовжують реформу власних судових систем.

Крім того, необхідно зазначити, що Європейський Союз співробітничав з великою кількістю сусідніх країн, що бажають увійти до його складу. І країни, які найбільше наблизилися до правових стандартів, визначених ЄС, набувають офіційного статусу кандидата в члени ЄС. Досвід таких країн також є вкрай важливим для України, тому вони утворюють третій тип країн.

¹ Системы правосудия стран Европы. – Выпуск 2006 (на основе данных 2004 г.) / Европейская комиссия по эффективности правосудия (СЕРЕП). – Совет Европы, 2006. – С. 12–13.

Відповідно до такої класифікації європейських держав їх судові системи поділятимуться на три типи залежно від ступеня реалізації демократичних і правових стандартів у сфері судоустрою, обов'язкових для членства в складі ЄС.

1. Судові системи держав, що дотримуються максимально високих демократичних стандартів, у тому числі й у сфері судоустрою (Франція, Німеччина, Англія та ін.). Їхній державний устрій є джерелом для рецепції для багатьох сусідніх країн.

2. Судові системи держав, найбільш молодих членів Європейського Союзу, які у недалекому минулому мали потенціал, порівнянний з українським, але більш ефективно його використали (Польща, Латвія, Литва, Естонія). Їх досвід можна адаптувати до українських реалій, виходячи зі схожості базових параметрів¹. Ці країни, незважаючи на входження до складу ЄС, продовжують проводити судову реформу і їхній позитивний досвід у цій сфері необхідно використати й Україні.

3. Судові системи країн — кандидатів у члени Європейського Союзу. До судоустрою цих країн є найбільші претензії з боку Європейського Союзу, і недосконалість їхніх судових систем і порядку судочинства є однією з основних перешкод до ухвалення рішення про їхнє входження до складу ЄС (Хорватія, Македонія, Туреччина). Тому Україні варто звернути увагу на строки і порядок реалізації європейських стандартів у сфері реформування судоустрою й у цих країнах, оскільки з ними ЄС співпрацює максимально тісно.

Саме така класифікація країн та їхніх судових систем дозволить у майбутньому найбільш ефективно й обґрунтовано визначити необхідну для членства в Європейському Союзі структуру вітчизняної судової системи, принципи її побудови, мету й завдання, які вона повинна і може виконувати.

Назаров И. В. Классификация судебных систем европейских стран

В статье анализируются научные взгляды на классификацию судебных систем стран мира, критерии такой классификации и типы судебных систем. Предлагается обратить внимание не на все страны мира, а лишь на те, которые входят в состав Европейского Союза или близки к вхождению с целью выявить требования, которые ставятся Европейским Союзом как перед собственными национальными судебными системами, так и к судостроительству стран, претендующих на вхождение в состав указанного объединения.

¹ Цветков В. В. Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти / В. В. Цветков, І. О. Кресіна, А. А. Коваленко. – К., 2003. – 496 с.

Nazarov I. V. Classification of judicial systems of the European countries

In article are analyzed scientific views on classification of judicial systems of the countries of the world, criteria of such classification and types of judicial systems. It is offered to pay attention not to all countries of the world, and only on what are a part of the European Union or are close to occurrence on purpose to reveal requirements which are put by the European Union both before own national judicial systems, and to *судоустройству* the countries applying for occurrence in structure of specified association.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Д. Задихайло, науковий співробітник
НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування НАПрН України

Законодавче забезпечення діяльності Уряду України в умовах інноваційності суспільного розвитку

Необхідно констатувати існування високого рівня суспільної актуалізації усього кола питань інноваційної тематики. Ця актуалізація має не випадковий, а закономірний характер. Поштовхом для, так би мовити, інноваційної парадигми підходів до вирішення проблем суспільно-економічного життя є глобалізація соціальних, політичних та економічних відносин, а на її фоні — загострення глобальних проблем людства — бідності, енергетичних, сировинних, продовольчих, міграційних, пандемічних, екологічних тощо.

Загострення вказаних проблем та нестача ресурсів для традиційних засобів їх вирішення спонукає до висновку про необхідність застосування інноваційних шляхів їх розв'язання. Позитивним досвідом може служити впровадження інновацій у виробничу сферу та досягнення високої конкурентоздатності товарів та послуг, що містять відповідну інноваційну складову. (Слід зауважити, що саме у сфері економіки, промислового виробництва інновації в одному сегменті можуть викликати стагнацію в інших сегментах, породжувати, зокрема, екологічні проблеми тощо. Втім це питання якості інновацій та державної політики щодо їх запровадження.)

Враховуючи те, що Україна згідно із ст. 1 Конституції України є правовою державою, а органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, як це зафіксовано у ст. 19 Конституції України, у правовій площині виникає необхідність розбудови цілісної системи правового забезпечення інноваційної діяльності в Україні, функціонування національної інноваційної системи. І якщо в її господарсько-правовому аспекті існує обґрунтована пропозиція Ю. Є. Атаманової щодо

розробки та прийняття Інноваційного кодексу України¹, то в аспекті конституційно-правового та адміністративно-правового забезпечення питання все ще залишається відкритим і потребує свого вирішення.

Мова має йти про створення адекватної владної надбудови з відповідною компетенцією, що своїм змістом могла б охопити увесь арсенал правових засобів, механізмів та режимів, за допомогою яких держава може активно і ефективно впливати на становлення інноваційного суспільства, перехід до інноваційного характеру економічного розвитку, інноваційного способу господарювання, який має стати, на думку Ю. Є. Атаманової, невід'ємною складовою сучасного суспільного господарського порядку².

Очевидно, що інноваційна сфера, а також інноваційний характер функціонування якщо не всіх, то більшості суспільних відносин, вимагають системної законотворчої діяльності у міжгалузевому форматі. Разом з тим названа проблематика за своїм суспільним значенням, на нашу думку, сьогодні потребує конституційно-правового закріплення її найбільш вагомих і визначальних правових та організаційних складових. Інноваційна діяльність, інноваційні відносини, передусім в економічній сфері, потребують конституційно-правового закріплення: як суспільного пріоритету; однієї з найвагоміших властивостей суспільно-економічних процесів, що забезпечує життєздатний розвиток усього суспільства; як специфічної функції держави, без якої важко сподіватися на успіх такого характеру якісних змін у соціально-економічному житті; як відповідного функціонального навантаження вищих органів державної влади з адекватно сформованою їх компетенцією, достатньою за обсягом для реалізації названих функцій; як закріплення основних правових форм та методів діяльності вищих органів держави, спрямованої на досягнення ефективного впливу на відповідні суспільні відносини.

Слід зазначити, що Конституція України 1996 р. фактично є першим українським досвідом конституційного законотворення за часів незалежності і є, за визначенням, продуктом суспільного компромісу, який відповідно до його значення отримує максимально потужну і жорстку правову форму його фіксації. У той же час важливо зазначити, що глобалізаційні процеси настільки суттєво впливають на зміст суспільного життя, на міжнародні та міждержавні відносини, а інформатизація

¹ Атаманова Ю. Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави : монографія / Ю. Є. Атаманова. – Х., 2008. – С. 353–357.

² Там само. – С. 78.

суспільства — на зміст відносин між ним та державою, що традиційно виправдана жорсткість конституційних норм та Конституції в цілому, як Основного Закону, починає обертатися іншою стороною — зниженням ефективності конституційно-правового регулювання, зокрема, його властивості сигналізувати законодавцю про відправні правові позиції та цілі спрямування змісту поточного законодавства.

Кабінет Міністрів України, згідно із ст. 113 Конституції України є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Це стосується не тільки характеру повноважень Кабінету Міністрів у самій системі органів державної виконавчої влади, а й самого об'єкта владного впливу — соціальних, політичних та економічних відносин, де роль Уряду є визначальною. Адже згідно із п. 1 ст. 116 Конституції України Кабінет Міністрів України забезпечує здійснення внутрішньої та зовнішньої політики держави. Слід погодитись із думкою М. В. Баглая, що роль виконавчої влади, у цілому в світі, за останні п'ятдесят років має тенденцію до посилення. До цього її спонукають загальне ускладнення міжнародного життя і внутрішньої ситуації в багатьох країнах, потреби економіки та зростаючі соціальні вимоги до якості життя¹. Актуалізують тенденцію до посилення виконавчої влади держави, зокрема, і світові економічні та фінансові кризи, енергетичні, сировинні, продовольчі проблеми, стан забруднення навколишнього середовища тощо. Але, можливо, одним із найгостріших чинників ревізії функцій та місця державної виконавчої влади як у системі органів держави, так і в контексті засобів її впливу на суспільно-економічні відносини, є проблема загострення міжнародної економічної конкуренції. Визначається проблема конкурентоздатності національної економіки, перш за все чинниками масштабу концентрації капіталу, максимального використання конкурентних переваг та інноваційного характеру виробництва. Відтак мова йде про високу суспільну затребуваність промислової, інвестиційної, зовнішньоекономічної і звичайно інноваційної політики держави. У цілому йдеться про впровадження системи засобів державної підтримки, стимулювання розвитку відповідних відносин чи тенденцій у їх змісті, а у деяких випадках — забезпечення необхідних організаційно-правових умов для створення спеціальних суб'єктів інфраструктури, інститутів, що дозволяють функціонувати таким відносинам. У цьому сенсі слушними в науковій літературі видаються думки про інституціоналізацію окремої інноваційної функції

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник / М.В.Баглай. – М., 2009. – С. 622.

держави, що фактично є невід'ємною складовою «функціонального арсеналу» сучасної держави. Інноваційна функція тут повинна розумітися не лише утилітарно — щодо економічних відносин, а саме науково-дослідного та виробничого сектору економіки, але в більш широкому контексті, як забезпечення інноваційності самого суспільства в його бажанні успішно вирішувати увесь спектр соціальних проблем. Відповідно до цього інноваційна функція держави має відтворити у структурі самого суспільства специфічну систему суспільно-економічних відносин, що повинні функціонувати в межах спеціально створеної та адекватної їх природі національної інноваційної системи.

Як механізм впливу на процес створення такої інноваційної системи та стимулювання засобами державної підтримки активності кожної її окремої ланки та в цілому як такої з боку держави соціально затребуваними є такі чинники: державна інноваційна політика; державні програми інноваційного розвитку; впровадження та створення системи інститутів функціонування інноваційних відносин, а фактично — національної інноваційної системи та зрештою системи правових та організаційних засобів стимулювання, заохочення, підтримки розвитку тих чи інших видів інноваційних відносин, інноваційної діяльності.

Слід зазначити, що на конституційно-правовому рівні усвідомлення актуалізації інноваційної функції держави ще не відбулося. Адже у тексті ст. 116 Конституції України, в якій зафіксовано повноваження Кабінету Міністрів України, лише в п. 4 що стосується повноваження розробляти і здійснювати загальнодержавні програми розвитку, зокрема, названо програми науково-технічного розвитку, як такі, що найбільше пов'язані з інноваційною тематикою. У цьому зв'язку хотілося б підкреслити, що інноваційні відносини, що результативно існують у контексті замкненого інноваційного циклу, включають у себе ланки науково-дослідних робіт, створення інноваційної розробки, доведення її до якісного стану інноваційного продукту, наступної його комерціалізації, запровадження у виробничий процес, випуск і реалізацію інноваційної продукції. Таким чином, науково-технічні відносини становлять лише один важливий, але окремий сегмент інноваційного циклу.

Законодавча техніка викладення змісту вказаної статті Конституції України містить і значно суттєвіші вади, адже в ній зовсім не вказано на цілу низку актуальних видів державної економічної політики і серед них не тільки на інноваційну, а й структурно-галузеву, конкурентну, зовнішньоекономічну тощо. Прогалиною є також абсолютна відсут-

ність серед функцій Кабінету Міністрів — здійснення державного регулювання економічних відносин.

Застарілість цитованих положень Конституції України підтверджується порівняльним аналізом змісту Закону України «Про Кабінет Міністрів України», якому властива більш сучасна трактовка функцій Уряду та їх забезпечення наданням відповідних повноважень.

Надзвичайно цікавим є вже і те, що у змісті ст. 2 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» у редакції 2007 р. було повністю інкорпоровано зміст ст. 116 Конституції України під назвою «Основні завдання Кабінету Міністрів України». У той же час у ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» було викладено, виходячи із назви статті — «Основні повноваження Кабінету Міністрів України». Цікаво, що перелік ст. 116 Конституції України закінчується п. 10 — «виконує інші функції, визначені Конституцією та законами України, актами Президента України». Цікаво зазначити, що п. 10 ст. 116 Конституції України у редакції Закону № 2222-IV від 08.12.2004 р. було викладено так: «здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України».

Це свідчить про те, що між конституційно-правовим регулюванням компетенції Уряду України та регулюванням, що зафіксовано у змісті Закону України «Про Кабінет Міністрів України», існує певна суперечливість відносно того, що розуміти під завданнями, функціями та повноваженнями і в якому співвідношенні між собою перебувають названі категорії.

Такий висновок підтверджується також і еволюцією змісту Закону України «Про Кабінет Міністрів України» у результаті скасування редакції 2007 р. та прийняття нової у 2008 р., а ще новішої — у 2010 р.

Так, вже у редакції 2008 р. у ст. 2 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» — «Основні завдання Кабінету Міністрів України» до тексту, який повністю збігається за змістом із ст. 116 Конституції України, було внесено доповнення. Зокрема у п. 3 щодо забезпечення проведення окремих видів, напрямів державної політики було додано амортизаційну та структурно-галузеву політику. До змісту п. 4 ст. 2 Закону порівняно із текстом, відповідно до п. 4 ст. 116 Конституції України, було додано «розроблення, затвердження і виконання інших державних цільових програм». І найбільш актуальним доповненням щодо інноваційного аспекту діяльності Уряду стало доповнення змісту ст. 2 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» у редакції 2008 та 2010 рр. новим п. 5 «забезпечення розвитку і державної підтримки науково-технічного та інноваційного потенціалу держави».

Таким чином, слід ще раз наголосити, що законодавець цими доповненнями фактично висловив своє бачення окремих напрямів удосконалення змісту конституційно-правового закріплення статусу Кабінету Міністрів України, доповнюючи його, зокрема, фіксацією окремого завдання щодо державної підтримки інноваційної діяльності в Україні. Важливим є також і удосконалення законодавчої техніки викладення компетенції Уряду України через диференціацію її змісту на «основні завдання», «загальні питання компетенції» та «основні повноваження». Як уявляється, сучасний етап розвитку правової регламентації статусу Кабінету Міністрів України дає певні підстави, так би мовити, для «зворотного впливу» на зміст та законодавчу техніку конституційної нормотворчості, щонайменше для наукового аналізу цих законодавчих новел.

Дійсно, зміст ст. 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» «Основні повноваження Кабінету Міністрів України», зокрема, у сфері економіки та фінансів, на відміну від конституційно-правового регулювання, включає в себе такі положення, як: «забезпечення проведення державної економічної політики, здійснення прогнозування та державного регулювання національної економіки»; «забезпечує розроблення і виконання програм структурної перебудови галузей національної економіки та інноваційного розвитку»; «забезпечує проведення державної промислової політики, визначає пріоритетні галузі промисловості, які потребують прискореного розвитку». Щодо сфер, зокрема, освіти та науки, ст. 21 цитованого Закону містить фіксацію таких положень, як: «забезпечення проведення науково-технічної політики, розвитку і зміцнення науково-технічного потенціалу України, розроблення і виконання загальнодержавних науково-технічних програм»; «вживає заходів щодо вдосконалення державного регулювання у науково-технічній сфері, стимулювання інноваційної діяльності підприємств, установ та організацій»; «визначає порядок формування та використання фондів для науково-технічної діяльності» тощо.

Отже, слід зазначити таке. Законодавець усвідомлює актуальність інноваційної політики держави, що має забезпечити інноваційний характер економічного розвитку, конкурентоздатність національної економіки та її товарів і послуг. У цьому сенсі поточне законодавство містить цілий ряд новел, що можуть бути використаними при удосконаленні змісту та законодавчої техніки конституційно-правового регулювання, зокрема, правового положення Кабінету Міністрів України. Однак для подальших наукових досліджень залишається проблема подолання фрагментарності

правового забезпечення інноваційної функції Уряду України, необхідність забезпечити системний характер впливу держави як на його об'єкт — національну інноваційну систему, так і відносно механізму, що має складатися із системи правових та організаційних засобів впливу.

У той же час слід зазначити, що Закон України «Про Кабінет Міністрів України», було прийнято лише у 2007 р., тобто через одинадцять років після прийняття Конституції України, в якій, до речі, у п. 12 ст. 92 зафіксовано, що організація і діяльність органів виконавчої влади визначаються виключно законами України. Протягом цього часу законодавець фрагментарно і хаотично «латав» цю прогалину. Адже повноваження Кабінету Міністрів України визначилися поточним законодавством, що стосувалося окремих сфер, зокрема господарської діяльності, і передбачало засоби державного регулювання з боку Кабінету Міністрів та центральних органів виконавчої влади країни. Таким прикладом в інноваційній сфері може служити зміст ст. 8 «Повноваження Кабінету Міністрів України в сфері інноваційної діяльності», Закону України «Про інноваційну діяльність» прийнятого у 2002 р. Законодавець таким чином, виходячи із необхідності надати необхідні повноваження Кабінету Міністрів України для виконання його функціональних зобов'язань, в тій чи іншій сфері, легітимізував його дії саме таким фрагментарним шляхом, не очікуючи базового, системного законодавчого забезпечення. І це логічно, адже, як зазначено, органи держави мають діяти на підставі та у спосіб, визначені законом.

Саме тому названа ст. 8 Закону України «Про інноваційну діяльність» передбачає цілу низку повноважень Уряду в інноваційній сфері. Зокрема:

- здійснення державного управління та забезпечення реалізації державної політики в сфері інноваційної діяльності;
- підготовка та подання Верховній Раді України пропозицій щодо пріоритетних напрямів інноваційної діяльності як окремої загальнодержавної програми;
- сприяння створенню ефективної інфраструктури у сфері інноваційної діяльності;
- створення спеціалізованих державних інноваційних фінансово-кредитних установ для фінансової підтримки інноваційних програм і проектів;
- підготовка та подання Верховній Раді України пропозицій щодо обсягу бюджетних коштів для фінансової підтримки виконання інноваційних проектів через спеціалізовані державні інноваційні фінансово-кредитні установи;

– затвердження положень про порядок державної реєстрації інноваційних проєктів і ведення Державного реєстру інноваційних проєктів тощо.

Із застереженням щодо законодавчої техніки формулювання окремих повноважень як невизначених, значно ширших за змістом, аніж окремі повноваження, слід визнати їх досить вагомими за значенням, за силою потенційного впливу на відповідний об'єкт. Такими є здійснення фінансової підтримки інноваційних проєктів за рахунок держбюджетного фінансування, створення спеціалізованих фінансово-кредитних установ, дещо невиразне за технікою, але точне за напрямом управлінського впливу — сприяння створенню інфраструктури, а також підготовка та подання до Верховної Ради України окремих загальнодержавних програм інноваційного розвитку.

Слід зазначити, що названі функції — повноваження Кабінету Міністрів України, що визначені цитованим законом, для інноваційної сфери є по суті універсальними і абсолютно прийнятними для галузевої промислової політики, інвестиційної політики держави тощо. У той же час законодавець при створенні тексту Закону України «Про Кабінет Міністрів України» у 2007 р. (а також і у змісті подальших його редакцій), тобто через п'ять років після прийняття Закону України «Про інноваційну діяльність», абсолютно не скористався вже напрацьованим досвідом. Адже тільки преамбула Закону України «Про інноваційну діяльність» вказує на досить сучасне і точне розуміння завдань встановлення відповідного правового регулювання. Так, вказаним законом визначаються правові, економічні та організаційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, встановлюються форми стимулювання державою інноваційних процесів з метою підтримки розвитку економіки України інноваційним шляхом. Тобто законодавець прямо визначає «державне регулювання інноваційної діяльності» як головну форму впливу держави на інноваційну сферу для стимуляції відповідних процесів, прискорення їх розвитку та поширення на всю національну економіку, і скеровує ці форми та засоби для досягнення кінцевої мети закону — «переключення» української економіки на інноваційний характер функціонування й розвитку. Окремо у ст. 6 Закон визначає основні засоби державного регулювання інноваційної діяльності, а саме:

- формування і реалізація інноваційних програм;
- створення економічних механізмів для підтримки і стимулювання інноваційної діяльності;
- фінансова підтримка виконання інноваційних проєктів;
- стимулювання комерційних банків, що кредитують виконання інноваційних проєктів;

- установа пільгового оподаткування суб'єктів інноваційної діяльності;
- підтримка функціонування і розвитку сучасної інноваційної інфраструктури.

Звичайно, що ціла низка цитованих положень Закону є дискусійними стосовно їх декларативності, віднесення саме до категорії засобів державного регулювання, а не напрямів інноваційної політики держави тощо. Однак ціла низка положень цього Закону могла б знайти місце у тексті Закону України «Про Кабінет Міністрів України», зокрема, у частині викладення його повноважень. Але в ньому нічого не сказано про інноваційну політику держави як самостійний напрям її економічної політики, про повноваження створення спеціальних фінансово-кредитних установ, а саме для фінансування інноваційних проектів, про створення або сприяння створенню, зокрема інноваційної інфраструктури її спеціальних суб'єктів, що забезпечують рух інноваційних процесів тощо.

Таким чином, інноваційне законодавство ставить багато критичних зауважень законодавству ієрархічно більш високих ланок з точки зору його системності, досконалості та максимального використання законотворчого досвіду.

Задыхайло Д. Д. Законодательное обеспечение деятельности правительства Украины в условиях инновационности общественного развития

В статье рассматривается проблема системного управленческого воздействия Кабинета Министров Украины на функционирование национальной инновационной системы, а также системного его правового обеспечения.

Основное внимание в статье уделено институционализации инновационной функции государства и необходимости её конституционно-правового закрепления, в частности в ст. 116 Конституции Украины. В статье обращено внимание на проблемы в правовом обеспечении инновационной политики в содержании Закона Украины «О Кабинете Министров Украины», а также обращено внимание на существующие полномочия Правительства Украины в инновационной сфере, которые содержатся в актах инновационного законодательства.

Ключевые слова: Кабинет Министров Украины; конституционно-правовое регулирование; инновационная функция государства; полномочия Кабинета Министров в инновационной сфере.

Zadykhaylo D. D. Legislations providing of governmental activities in conditions of innovational society development

The article is devoted of problems Legislation providing of governmental activities in innovation Sphere as on constitutional legislative level, as on current regulation.

Key words: Government of Ukraine; constitutional regulations; innovation function of the state; Governmental rights in innovation sphere.

Ю. Меліхова, асистент кафедри культурології Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Суд і суддя в історичній реальності (від Київської Русі до сьогодення)

У процесі становлення правової держави в умовах трансформації сучасного українського суспільства простежується очевидна залежність рівня ефективності правосуддя від ступеня залученості особистості судді до соціокультурної динаміки, в якій поступово виникають тенденції переходу від гносеологічного розуміння права до аксіологічного. Ідеться про необхідність глибокого переосмислення, обґрунтування та формування нової концепції особистості судді. Успішне вирішення цієї проблеми багато в чому буде залежати від наукового аналізу і вивчення діяльності вітчизняних суддів на різних етапах суспільно-історичного розвитку, особливостей їх світогляду, векторності соціально-психологічних настанов (цінностей, ціннісних орієнтацій, переконань) та особистісного професійного потенціалу (певної сукупності особистісних параметрів: знань, умінь, навичок, здібностей, культури етичного і юридичного мислення), що дає змогу глибше зрозуміти специфіку, самобутність української традиції судочинства і забезпечити наступність її розвитку. Адже вирішити проблеми сучасного судочинства і «вилікувати» його «хвороби» неможливо без вивчення їх коріння, тобто аналізу історичного розвитку й становлення професії судді.

Вивченням даної проблематики плідно займалися такі історики права, як: М. Василенко, М. Владимирський-Буданов, М. Дювернуа, О. Лазаревський, Д. Міллер, А. Пашук, М. Слабченко, М. Чельцов-Бебутов, С. Юшков та ін. Однак питанням, які стосуються особистісних характеристик та якостей суддів, у історії вітчизняної судової практики приділяється недостатньо уваги. Тому це дослідження є спробою повернути інтерес до цієї проблематики. Його теоретичною основою є науковий підхід М. Вебера, сутність якого полягає в тому, що є два способи існування в суддівській професії: жити «для професії» та «за рахунок професії»¹. Таким чином, деякі особи, що здійснювали судо-

¹ Вебер М. Избранные произведения : пер. с нем. / М. Вебер. – М., 1990. – С. 648, 653–656.

чинство, були «суддями за покликанням», інші — «суддями за дорученням», та «суддями за сумісництвом»¹. Послугуючись цією теорією, спробуємо проаналізувати соціально-психологічний портрет українського судді в історії судової практики.

Початковий етап формування вітчизняної традиції судочинства охоплює період Київської Русі, Галицько-Волинського князівства, Литовського князівства, Речі Посполитої та Запорозької Січі. Так, уперше в давньоруській історії слово «суд» згадується у Статуті князя Володимира Святославича «Про десятини і людей церковних»². На думку П. Толочко, С. Юшкова, О. Чистякова та ін.³, у Київській Русі періоду раннього феодалізму (882 — поч. XII ст.) суд не був відокремлений від князівської адміністрації і не мав статусу особливого державного органу. У ролі найвищого судді виступав князь, що особисто брав участь у судочинстві. Про нього дослідники права говорять багато⁴, хоча їх оцінки є досить суперечливими. Це зумовлено тим, що кожний окремий князь, як особистість «хворів» суперечностями доби в яку жив і діяв, а тому ніс у собі «...її велич і висоту, вади і обмеженість»⁵.

Судити особисто було правом князя, виявом його волі, а не обов'язком⁶. Тому нерідко він делегував своє право тіунам, які діяли від його імені⁷.

Судочинством у волостях і погостах займалися представники місцевих князівських адміністрацій — волостелі і посадники⁸, які були

¹ Там само. — С. 652, 653.

² Див.: Пашук А. Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII столітті (1648–1762) / А. Й. Пашук. — Львів, 1967. — С. 6.

³ Див.: Українське державотворення. Словник-довідник / за ред. О. М. Мироненко. — К., 1997. — С. 157; Юшков С. В. Общественно-политический строй и право Киевского государства / С. В. Юшков. — М., 1949. — С. 125; Чистяков О. И. Российское законодательство X–XX веков : в девяти томах. Т. 1 : Законодательство Древней Руси / О. И. Чистяков. — М., 1988. — С. 17–18.

⁴ Див.: Юшков С. В. Общественно-политический строй и право Киевского государства / С. В. Юшков. — М., 1949. — С. 13, 97, 336, 337; Українське державотворення. Словник-довідник / за ред. О. М. Мироненко. — К., 1997. — С. 156, 209, 210; Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество : пер. с англ. / П. А. Сорокин. — М., 1992. — С. 213, 228.

⁵ Див.: Костомаров М. І. Галерея портретів: Біографічні нариси / М. І. Костомаров. — К., 1993. — С. 52.

⁶ Див.: Дювернуа Л. Н. Источники права и суд в древней России: Опыт по истории русского гражданского права / Л. Н. Дювернуа. — СПб., 2004. — С. 177.

⁷ Див.: Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество : пер. с англ. / П. А. Сорокин. — М., 1992. — С. 221, 235; Юшков С. В. Общественно-политический строй и право Киевского государства / С. В. Юшков. — М., 1949. — С. 368–370.

⁸ Див.: Юшков С. В. Общественно-политический строй и право Киевского государства / С. В. Юшков. — М., 1949. — С. 371, 372.

суддями за дорученням та за сумісництвом, а не професіоналами¹. Головним обов'язком для більшості з них був захист інтересів князя. Це було стрижнем їх правосвідомості й основним вектором спрямування соціально-психологічних настанов. Вони були представниками так званої князівсько-дружинної субкультури. У цьому соціальному просторі домінувало силове мислення, де основну шкалу цінностей складав непорушний авторитет фізичної сили, а механізми саморегуляції не були чітко вираженими і соціальне визнання в основному залежало від фізичних здібностей. Звідси, право (захищений інтерес, а не загнуждана воля) нерідко асоціювалося з силою, а сила ототожнювалася із правом. Це суттєво звужувало горизонти правосвідомості виконавця судових функцій, яка відбивала характерні для ранньофеодальної системи класові уявлення про цінності.

До того ж активність сторін у судовому процесі зумовлювала пасивність судді, який не досліджував доказів, зважаючи їх внутрішню силу, не обґрунтовував вирок². Тому в умовах, коли зізнання здобувалося не переконанням, а страхом та тортурами, взагалі складно вести мову про внутрішнє переконання судді Київської Русі. Не доводиться говорити і про належний рівень особистісного професійного потенціалу.

Виконавці судових функцій Галицько-Волинського князівства мали дуже схожі риси і типи поведінки із суддями Київської Русі. Передусім вони теж були суддями за дорученням і сумісництвом, оскільки суд Галицько-Волинського князівства, як і суд Київської Русі, не був відокремлений від князівської адміністрації³.

Організація і функціонування судової системи в українських землях, які в XIV ст. належали Литовському князівству, були теж подібними до судочинства Київської Русі⁴. Та наприкінці XV ст. судова

¹ Див.: Вебер М. Избранные произведения : пер. с нем. / М. Вебер. – М., 1990. – С. 652, 653.

² Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янцев, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 87.

³ Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янцев, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 119; Миллер Д. П. Очерки из истории и юридического быта старой Малороссии. Суды земские, городские и подкоморские в XVIII веке / Д. П. Миллер // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – Т 3 : Історія держави та права України: козацько-гетьманська доба – К., 2003. – С. 88.

⁴ Див.: Откуда пошел русский суд. От Устава князя Владимира Святославовича до полного собрания законов Российской империи // Рос. юстиция. – 2003. – № 31. – С. 126; Леонтович Ф. І. Руська Правда і Литовський Статут / Ф. І. Леонтович // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – Т. 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – К., 2002. – С. 179.

влада великого князя значною мірою обмежилася постійно діючим органом «Панами-Радами», до складу якого входили найвпливовіші особи князівства: маршалок, канцлер, підскарбій, гетьман, воєвода та інші. Крім того, мешканці міст з Магдебурзьким правом почали обирати магістрат — адміністративний і судовий орган самоврядування, який складався з двох колегій — міської ради і лави. У міській раді суддями виступали бурмістри й радці («райці»), а в лаві — лавник із війтами. Норми Магдебурзького права детально регулювали те, хто може бути обраним до складу ради, а також термін повноважень членів міського самоврядування, для яких установлювався віковий ценз — від 25 до 90 років. Обов'язковою умовою для кандидатів до ради було володіння нерухомим майном у місті — «осілість»¹. Носії судових функцій Литовського князівства, як правило, були заможними міщанами, а от якими моральними якостями вони володіли, було справою другорядною.

З 1569 р. в українських землях було запроваджено польську судову систему, яка ґрунтувалася на залежності суду від адміністрації та становому принципі побудови судової системи². Тепер у кожному повіті Речі Посполитої існувало три судові установи: земські, гродські й підкоморські. Судили в них посадові особи місцевої адміністрації — воєводи, старости, а також земські судді й підсудки. Їх обирали із «віри годних» законнонароджених, освічених шляхтичів-християн, які повинні були «знати права», мати середній достаток, бути справедливими, правдивими, принциповими, не корисливими³. Втім ці вимоги здебільшого залишалися побажаннями. Як правило, судову владу отримували заможні міщани, а рівень морального розвитку часто не враховувався⁴. Серед суддів цього періоду були різні люди: такі, що усвідомлювали свій моральний і професійний обов'язок і виконували покладені на них функції, докладаючи великих душевних зусиль, а були і такі, для

¹ Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янець, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 160, 170; Откуда пошел русский суд. От Устава князя Владимира Святославовича до полного собрания законов Российской империи // Рос. юстиция. – 2003. – № 31. – С. 115.

² Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янець, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 181.

³ Див.: Леонтович Ф. І. Руська Правда і Литовський Статут / Ф. І. Леонтович // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. – Т. 2: Історія держави і права України: Руська Правда. – К., 2002. – С. 182.

⁴ Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янець, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 170–172.

яких ці повноваження були лише джерелом прибутку. Крім того, на початку XVII ст. серед судових осіб майже не залишається представників української знаті. Політично свідома українська еліта поступово зникає, зливаючись із польськими панівними станами, приєднуючись до їх культури. Отже, українську правову культуру того періоду репрезентувала в основному дрібна шляхта, яка мало впливала на судочинство Речі Посполитої¹.

Своєрідна судова система існувала на Запоріжжі. Вона була поза межами польсько-литовського законодавства. Вважається, що суд запорозьких козаків не був відокремлений від кошової і паланкової адміністрації². Однак, на думку науковців Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, у козацькому самоврядуванні можна спостерігати наявність демократичних елементів класичного розподілу влади: законодавча — загальна рада, виконавча — гетьман, судова — військовий суддя³. Відтак з'явилася посада військового судді, який обирався Військовою Радою на один рік і мав бути людиною компетентною у праві, чесною, освіченою, гідною, заслуженою, непідозрілою, совісною, постійною у словах і справах. Військовий суддя присягався розглядати справи неупереджено, без тяганини, керуватися законами, а у тих випадках, коли «право мовчало», тобто не регулювало конкретних відносин, — совістю і прецедентом. Слід підкреслити як безперечний факт рівень досить високого особистісного професійного потенціалу багатьох військових суддів, які були освіченими людьми, добре знали козацьке право, володіли багатьма мовами, риторикою тощо. Та все ж вектор їх соціально-психологічних настанов часто визначався тим, що більшість із них за покликанням були фаховими воїнами, а вже потім суддями.

Період з кінця XVII до початку XX ст. позначився становленням та розвитком професії судді. У результаті судової реформи 1760–1763 рр. відбулося відмежування судових функцій від адміністративних⁴ і формування нової системи загальних судів — земських, городських та підкоморських.

¹ Откуда пошел русский суд. От Устава князя Владимира Святославовича до полного собрания законов Российской империи // Рос. юстиция. – 2003. – № 31. – С. 151–153.

² Див.: Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янцева, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 177, 178.

³ Історія держави і права України : навч. посіб. / О. О. Шевченко, В. О. Самохвалов, М. О. Шевченко, В. П. Капелюшний. – К., 1996. – С. 97–102.

⁴ Див.: Москвич Л. М. Статус суддів: теоретичний та порівняльно-правовий аналіз : монографія / Л. М. Москвич. – Білозерка, 2004. – С. 105.

Апеляційною інстанцією для них став Генеральний військовий суд. Суддів новоутворених судів обирають¹ і до них висуваються конкретні кваліфікаційні (майновий, віковий і освітній цензи), моральні та професійні вимоги. Так, претендент на посаду судді мав бути чесним, компетентним, освіченим, заслуженим, сумлінним, народженим у законному шлюбі, принциповим, мудрим, поміркованим, «...мати любов і мужність»². Хоча, слід зазначити, що й до цього в Універсалі наказного гетьмана Полуботка 1722 р. вже йшлося про певні загальні правила щодо здійснення суддями своїх обов'язків. Зокрема: судити «...як того вимагає закон і необхідність», по совісті, неупереджено, без вимагань, не «...п'яним, а тверезим розумом». Крім того, деякі моральні й професійні вимоги до суддівської діяльності встановлювала й Інструкція гетьмана Д. Апостола судам 1730 р. А саме: суддя, крім «природної доброти», мав був совісним, розумним, освіченим, добре знати право, щоб «...не тільки за посадою, а й за справами його можна було вважати за суддю»³.

Обрані судді присягалися сумлінно виконувати свої обов'язки, що визначалися законами і практикою, судити без гніву, ненависті, милості, приязні, страху. Свої рішення виносити, дотримуючись закону, без тяганини, відповідно до доказів, обставин. Суддя не міг розглядати справу, де сам виступав стороною, а також справу сторін, які йому підпорядковувалися⁴.

Судді повинні були розв'язувати справи без будь-якої тяганини, у порядку їх надходження, крім особливо важливих випадків. Не прибути до суду і цим затягти вирішення справи вони могли лише з поважної причини, наприклад, у випадку хвороби, чуми, війни, повені тощо. Відсутність суддів не могла тривати більше тижня і частіше трьох разів на рік. За невиконання цих умов їх мали карати, хоча до цього вдавалися рідко⁵.

¹ Див.: Радутная Н. В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка / Н. В. Радутная. – М., 1977. – С. 105.

² Див.: Радутная Н. В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка / Н. В. Радутная. – М., 1977. – С. 108; Соловьев Э. Ю. Прошлое толкует нас (Очерки по истории философии и культуры) / Э. Ю. Соловьев. – М., 1991. – С. 239–240.

³ Див.: Лазаревский А. М. Суды земские, городские и подкоморские в XVIII веке / А. М. Лазаревский // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 3 : Історія держави та права України: козацько-гетьманська доба. – К., 2003. – С. 550, 551.

⁴ Див.: Радутная Н. В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка / Н. В. Радутная. – М., 1977. – С. 109.

⁵ Див.: Соловьев Э. Ю. Прошлое толкует нас (Очерки по истории философии и культуры) / Э. Ю. Соловьев. – М., 1991. – С. 240.

Слід підкреслити, що особистісний професійний потенціал суддів XVII–XVIII ст. був значно вищого рівня, ніж у суддів більш ранніх періодів. Це вже були люди освічені та впливові¹. Їх готували в монастирях Києва, Чернігова, Луцька, Галича, а згодом в університетах Львова й Києва. Однак вектор спрямування їх соціально-психологічних настанов не був достатньо чітко сформованим. Не всі з них і не завжди могли послідовно відстоювати вірність певним ідеям, переконанням, принципам, дотримання яких вимагало незалежності, сміливості, високого напруження вольових, інтелектуальних та духовних сил, а часто мали егоїстичні орієнтації характеру. Так, окремі судді того періоду відомі в історії не як видатні юристи, а як особи, які неймовірно зловживали своїми професійними повноваженнями², брали хабарі, за допомогою доносів, наклепів та інтриг робили собі кар'єри (за «ліску» — символ влади Генерального судді, як і за гетьманську булаву, завжди точилася боротьба), виносили несправедливі вирoki³. За таких обставин можна говорити про певну особистісну «роздвоєність» суддів. Пройшовши всі щаблі козацької влади, вони майже завжди могли швидко й об'єктивно оцінити обставини справи, але, в той же час, траплялося використовували посаду судді для особистого збагачення, мало вболівали за «козацьку справу». Таким чином, суддям XVII–XVIII ст. була притаманна плутанина етичних понять, оскільки той маргінальний стан соціокультурного розлому між різними нормативно-ціннісними системами, в якому вони опинилися, часто не дозволяв долучитися до вищих духовних цінностей, а навпаки, міг підштовхнути на шляхи відхиленя — деформації моральної і професійної свідомості.

Період XIX — початку XX ст. позначився тим, що склад судового корпусу Російської імперії, до якої належала територія України, був дуже неоднорідним за рівнем особистісного професійного потенціалу й спрямованості соціально-психологічних настанов. За свідченням видатного юриста і правознавця А. Коні, деякі судді XIX ст. мали «...унікальну вченість, велику жагу до пізнання», були чесними, автори-

¹ Див.: Радутная Н. В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка / Н. В. Радутная. – М., 1977. – С. 55; Гончаренко В. Д. Історія держави і права України. Академічний курс. Т. 1 / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, В. О. Рум'янцеv, М. М. Страхов та ін. – К., 2000. – С. 277.

² Див.: Лазаревський А. М. Суды земские, городские и подкоморские в XVIII веке / А. М. Лазаревський // Антологія української юридичної думки : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Т. 3 : Історія держави та права України: козацько-гетьманська доба. – К., 2003. – С. 550.

³ Див.: Радутная Н. В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка / Н. В. Радутная. – М., 1977. – С. 33.

тетними, досвідченими, самостійними в ухваленні рішень, відданими справі. Інші ж, навпаки, мали надзвичайно вузьке світосприйняття, формально й однобічно тлумачили закони, були бездушними й жорстокими у їх застосуванні¹.

Українські судді в період боротьби за встановлення державності (1917–1920) були «суддями за випадком», які часто не мали ніякого особистісного професійного потенціалу, оскільки у революційному вирі, який охопив Україну після Лютневої революції, судові функції виконували різноманітні установи, що виникали стихійно. Причому визначальною рисою спрямування соціально-психологічних настанов суддів того часу була наявність «духу боротьби», яка й визначала ціннісно-орієнтаційну і мотиваційну серцевину їх правосвідомості.

Схожа ситуація спостерігається й відразу після Жовтневої революції. Єдиною вимогою, яка висувалася до суддів, була наявність революційної «правосвідомості», а рівень професійних знань і морального розвитку до уваги не брався². Судді нерідко виконували роль лише статистів, фіксуючи готовність обвинуваченого підтвердити дані під примусом доказів або відмову від них, оскільки для суду обов'язковим орієнтиром були позиції слідчого НКВС щодо конкретної справи. З 1929 р. суддею міг стати дієздатний громадянин УРСР, який досяг встановленого законом віку і був членом партії. Така кадрова політика призвела до того, що більшість суддів були людьми випадковими в юриспруденції, бо не мали юридичної підготовки і необхідного рівня морального розвитку. У період з 1960 до 1980 р. судді також не були індиферентними у ставленні до державної політики, а спрямування їх соціально-психологічних настанов мало в основному соціоцентристський вектор.

Рівень особистісного професійного потенціалу суддів УРСР не завжди був належним, адже тільки з 1989 р. основною вимогою до представників суддівського корпусу стає наявність вищої юридичної освіти. Утім фактично й до прийняття цього закону, на суддівські посади вже обиралися особи тільки з вищою освітою, хоча це й не завжди ставало на заваді суттєвого порушення законів, формального ставлення до розгляду судових справ, порушення прав учасників процесу,

¹ Див.: Кони А. Ф. Собрание сочинений в восьми томах. Т. 1 : Из записок судебного деятеля / А. Ф. Кони. – М., 1966. – С. 269, 305.

² Див.: Слабченко М. Е. Судівництво на Україні XVII–XVIII століть / М. Е. Слабченко // Академічна юридична думка / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1998. – С. 9; Музиченко П. П. Історія держави і права України : навч. посіб. / П. П. Музиченко. – К., КОО, 1999. – С. 115.

помилкової кваліфікації злочинів тощо¹. Проте, на відміну від багатьох сучасних вітчизняних та зарубіжних дослідників права, які дають переважно негативні характеристики суддям СРСР, ми вважаємо, що відображення радянських правових реалій тільки в густо-чорних тонах є грубою помилкою². Так, у СРСР не було судової влади, а існувала тільки судова система і в такій ситуації «...діяльність кожного юриста визначалася його місцем у загальній системі зобов'язань з будівництва майбутнього комуністичного суспільства»³. Однак ретельне вивчення судової практики свідчить, що навіть у межах тодішньої жорстокої правозастосувальної системи, багато радянських суддів безкорисливо, інколи з ризиком для себе, вишукували підстави й можливості для ухвалення дійсно справедливих рішень⁴. Крім того, образ судді змінювався протягом усього існування СРСР, оскільки змінювалися економічні, політичні, суспільні тенденції розвитку. Таким чином, недоцільно порівнювати рівень особистісного професійного потенціалу судді, наприклад 30-х років ХХ ст. і судді 70–80-х років цього ж століття, як некоректно порівнювати і векторність їх соціально-психологічних настанов.

Отже, безперечним фактом є те, що у радянській судовій системі було багато талановитих суддів, справжніх професіоналів, які мали почуття відповідальності за долі людей, і свою професію не сприймали як службу — вона була для них покликанням.

На підставі висновків Президента України, голови Верховного Суду України, звітів голови Вищої ради юстиції, Матеріалів чергових з'їздів суддів України можна спробувати визначити рівень особистісного професійного потенціалу і векторність спрямування соціально-психологічних настанов суддів незалежної України. У проаналізованих характеристиках ідеться як про позитивні (професіоналізм, гуманізм, патріотизм, неупередженість, незалежність, виваженість тощо), так і про негативні (хабарництво, некомпетентність, недбалість, перевищення службових повноважень, упередженість, тяганина, зверхнене ставлення до процесуальних норм, самомилювання, лінощі, байдужість тощо) якості представників судового корпусу. Дійсно, навіть у сучасних

¹ Див.: Аграновская Е. В. Правовая культура и обеспечение прав личности / Е. В. Аграновская. – М., 1988. – С. 118, 119, 121.

² Див.: Алексеев С. С. Философия права / С. С. Алексеев. – М., 1999. – С. 160.

³ Див.: Закомлисов А. Ф. Судебная этика / А. Ф. Закомлисов. – СПб., 2002. – С. 6, 20–21.

⁴ Див.: Гребеньков Г. В. Юридична етика / Г. В. Гребеньков, Д. П. Фіолевський. – К., 2004. – С. 134.

складних умовах функціонування судової влади багато суддів (особливо ті, які тривалий час у цьому статусі) працюють чесно, сумлінно і самовіддано, мають високий рівень особистісного професійного потенціалу, усвідомлюють весь тягар, покладеної на них відповідальної правозахисної місії, хоча переобтяжені роботою, вони часом не мають достатнього часу для самовдосконалення. Однак останнім часом судовий корпус України поповнюється молодими суддями, які мають недостатній рівень особистісного професійного потенціалу і, за Е. Фроммом, «непродуктивну ринкову орієнтацію» характеру, спрямування соціально-психологічних настанов. Болючою проблемою судової системи незалежної України є непоодинокі факти хабарництва в суддівському корпусі. Але слід зауважити, що часто хабарництво у судочинстві провокують не суб'єктивні, а об'єктивні фактори: велика переважаність кількістю справ та низька заробітна плата, особливо у перші п'ять років. Також непоодинокими є випадки, коли судді стають заручниками «замовлених» судових рішень; втягуються в маніпуляції із землею; рейдерства тощо. Політичні сили і бізнес-клани часто використовують судову систему у власних цілях, що призводить до фактичного зрощення політикуму з суддями. Крім того, протистояння політичних еліт гальмує проведення судової реформи. Та все ж, незважаючи на всі вади і негаразди судової влади в Україні, безперечним є те, що вона сьогодні переживає трансформацію своїх базових цінностей у напрямі гуманізації.

Отже, можемо дійти таких висновків: по-перше, український суддя у всі історичні періоди мав велику соціальну значущість; по-друге, планка моральних і професійних вимог до судді відразу піднімається на вищий рівень разом із зростанням суспільних ідеалів гуманізму, свободи, справедливості; по-третє, у науковій літературі підкреслюються переважно негативні якості представників правосуддя, що, на наш погляд, є досить поверхневим судженням. У цих оглядах «секрет поведінки» князів, гетьманів, полковників, сотників та інших осіб, які здійснювали судочинство, часто редукується до одномірних «стимулів-інтересів». Тому судді минулого стають схожими на «...сценічних персонажів епохи класицизму, коли крутій всього лише крутій, скупий — невиліковно і показово скупий, а злодій — злий від народження і до гробу»¹. З цього приводу не можна не зауважити, згадавши давню приказку, що: «Нема людини без добра в серці, як нема

¹ Див.: Толочко П. П. Київська Русь. Т. 4 / П. П. Толочко, О. П. Толочко. – К., 1998. – С. 57.

і такої, яка б зовсім не мала в собі зла». Повною мірою це стосується осіб, які займалися судочинством.

У своїй професійній діяльності суддя реалізовував суспільні відносини. Він опановував і начебто привласнював собі все те, що було створене суспільством, як негативне, так і позитивне (ідеологічні, політичні, моральні, естетичні якості). Власне й векторність соціально-психологічних настанов судді (як і рівень його особистісного професійного потенціалу) на різних історичних етапах була тісно пов'язана з правовою і моральною культурою того суспільства, у якому він жив. Зі зміною історичних епох відбувалася зміна світоглядних орієнтирів судді. Так, на зміну релігійному світобаченню судді середніх віків приходить антропоцентрична світоглядна парадигма, яка позначається утилітарно-прагматичними ціннісними орієнтаціями особистості. Пізніше, в радянські часи, її змінила соціоцентрична парадигма. На початку ХХІ ст. поступово набирає сили індивідоцентрична парадигма, в якій, з одного боку, начебто людина визнається найвищою цінністю, а з другого — вона у практичній площині починає сприйматися як річ і відповідно оцінюватися.

Таким чином, суддя ХХІ ст. у певному значенні є послідовником правників минулого, хоча й живе, діє і мислить у зовсім інших соціальних і економічних умовах. За Е. Соловйовим, типологічна подібність моральних ситуацій робить суддю нашого часу і суддю минулого «вічними сучасниками», створює «...дивне часове відношення, коли представник більш ранньої, (а тому, природно, і більш наївної) епохи суспільного розвитку просвіщає більш пізнього діяча»¹. Звичайно, прагматичні, професійні ситуації не можна узагальнювати в історичному аспекті: типологізувати можна тільки ситуації морального вибору та «правила» духовного виживання в умовах повального кар'єризму: розумного самообмеження, протистояння деформаціям моральної і професійної свідомості, впевненості у власних інтелектуальних і творчих силах тощо.

Отже, на всіх історичних етапах становлення української правової системи ефективність правосуддя передусім залежала від спрямованості соціально-психологічних настанов кожного конкретного судді як ціннісно-орієнтаційного і мотиваційного ядра його особистості та рівня особистісного професійного потенціалу.

¹ Соловьев С. М. Сочинения : в 18 кн. Кн. II. Т. 3–4 : История России с древнейших времен / С. М. Соловьев. – М., 1988. – С. 4.

Мелихова Ю. Суд и судья в исторической реальности (от Киевской Руси и до наших дней).

В статье делается попытка исторического анализа генезиса моральных и профессиональных требований к деятельности судей на разных этапах национального общественно-политического развития, рассматриваются особенности направленности их социально-психологических установок (потребности, ценности, интересы, убеждения) и личностного профессионального потенциала (уровень знаний, умений, навыков, культура правового и этического мышления).

Ключевые слова: личностный профессиональный потенциал судьи, культура этического и правового мышления, направленность социально-психологических установок судьи.

Melihova U. Court and judge in historical reality (from Kievan Rus and to our days).

In the article the attempt of historical analysis of genesis of moral, professional requirements and activity of judges is done on the different stages of national social and political development the features of orientation of their social-psychological settings (necessities, values, interests, persuasions) and personality professional potential are examined (level of knowledges, abilities, skills, culture of legal and ethics thought).

Keywords: personality professional potential of judge, culture of ethics and legal thought and orientation of the social-psychological settings of judge.

УДК 347.4

О. Очиченко, здобувач кафедри цивільного права №1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Вплив моралі на зобов'язання у сучасному світі

Тема даної статті сформульована так, нібито ми знаємо, що таке «мораль», «зобов'язання», та маємо чітке уявлення про «сучасний світ». І завдання автора полягає лише в тому, щоб виявити основні напрями та закономірності впливу основних моральних засад на зобов'язання, визначити, яких змін у сучасному світі зазнають мораль та зобов'язання, і як сам сучасний світ виглядає у світлі вимог моралі.

Насправді не все так просто. Феномен моралі, багатозначущість цього поняття та основних моральних засад і їх особлива роль у сфері права не дозволяють підійти до розглядуваної теми з однієї чітко визначеної позиції. Крім того, сам правовий інститут зобов'язання, враховуючи його багатосторонність, постійно перебуває під ретельним наглядом науковців, зважаючи на плинність і невпинний розвиток суспільних процесів. А тому наукові концепції в межах даного інституту зазнають відповідних метаморфоз, і це не можна залишати поза увагою. До того ж повністю трансформувалася сама структура сучасного суспільства України. У результаті розпаду СРСР не просто змінилося матеріальне становище людей, а й змінилися рейтинги престижності професій і занять, критерії успіху в житті, у сім'ї та на роботі, поняття поважаемого та бажаного, змінилася також ієрархія цілей та завдань. І на сьогодні можна говорити про те, що цей процес далеко не завершений.

При написанні цієї статті використовувалися праці авторів у галузі філософії А. А. Гусейнова, О. В. Артем'євої, Ф. Фукуями та ін.

Крім того, були використані довідкові видання, судова практика, інформаційні ресурси Інтернету і довідкових правових систем.

Нормативно-правову основу статті становлять Конституція України, Цивільний кодекс України, Цивільний кодекс РФ, Цивільний кодекс УРСР, інші нормативно-правові акти.

Теоретичною та історичною основою даної статті стали дослідження С. А. Іванової, М. П. Каревої, Л. А. Лунца, Д. Д. Луспеніка, Т. В. Новикової, І. Б. Новицького, О. А. Підпригори, Р. К. Русинова, П. М. Сергейко, К. І. Скловського, С. А. Тенькова, В. С. Толстого, В. М. Хвостова, Д. Г. Хецуріані та ін.

У роботах зазначених авторів багато уваги приділялося проблемі впливу моралі на право в цілому. При цьому висвітлення проблеми впливу моралі на зобов'язання, зокрема на порядок його виконання, залишається поза увагою.

Завдання, що ставить перед собою автор, полягає у такому: виявити, чи еволюціонує вплив моралі на інститут зобов'язання у сучасних умовах, зокрема в Україні, за умов розбудови демократичного суспільства і активізації процесів світової інтеграції? Крім того, зроблено спробу розглянути проблему необхідності закріплення основних моральних принципів виконання зобов'язання (виділено мною. — О. О.) на законодавчому рівні. Актуальність зазначених питань на пострадянському просторі викликана і тим, що країни СНД активно виходять на міжнародний ринок, де належне виконання зобов'язань є вагомим показником відповідності світовим стандартам.

Методологічну основу цієї статті склали загальнонаукові і соціально-юридичні методи, у тому числі методи діалектики, формальної логіки, системний, порівняльно-правовий та історичний. Зокрема, історичний метод використовується автором із метою дослідження тенденцій застосування моральних основ суспільства при виконанні зобов'язань в Україні. Використання ж порівняльного методу дозволяє провести відповідні паралелі між особливостями правового регулювання певних правовідносин у законодавствах різних країн.

Безперечно, сфера використання моральних критеріїв при застосуванні цивільно-правових норм є значно вужчою порівняно, наприклад, із кримінальним правом, проте і у цивільних справах питання моральності, морального вигляду сторін можуть бути, і часто бувають, надзвичайно гострими¹.

У сучасному світі спостерігається зростаючий інтерес до моралі. Існує принаймні дві додаткових обставини, котрі пояснюють зацікавлення мораллю тих, хто фактично розмірковує над правовими проблемами, зокрема стосовно проблеми виконання зобов'язання. По-перше, це зміна реальних механізмів функціонування моралі у суспільстві; по-друге, має місце тенденція до нормативно-правового закріплення залежності правової оцінки виконання зобов'язання від моральних засад. Останню на міжнародному рівні можна відстежити на прикладі положень Принципів міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА). Зокрема, згідно зі ст. 1.7 Принципів, кожна

¹ Карева М. П. Право и нравственность в социалистическом обществе / М. П. Карева. — М., 1951. — С. 132.

сторона зобов'язана діяти у відповідності з прийнятими на практиці міжнародної торгівлі добросовісністю та чесною діловою практикою. Сторони не вправі виключати або обмежувати цей обов'язок. У різних главах Принципів має місце багато положень, котрі встановлюють прямо або опосередковано застосування принципу добросовісності та чесної ділової практики¹. Це означає, що добросовісність та чесна ділова практика можуть розглядатися як одна з основоположних ідей, що закладені у Принципах. Навіть за відсутності спеціальних положень у Принципах поведінка сторін упродовж усього існування договору, включаючи і процес проведення переговорів, повинні відповідати добросовісності і чесній діловій практиці. І хоча зазначені Принципи УНІДРУА не є актом законодавства, обов'язковим до застосування, а лише документом, що містить звичаї ділового обороту і має рекомендаційний характер, суди все ж можуть прийняти їх до уваги для більш правильного розуміння і застосування норм національного права.

На думку П. М. Сергейко, Д. Г. Хецуріані, звернення до моральних норм необхідне у тих випадках, коли норми права встановлюють доволі загальне правило і спеціально залишають простір для норм моральності з метою детального з'ясування його вимог².

Р. К. Русинов дотримується іншої точки зору, згідно з якою використання моральних норм при застосуванні норм права в одних випадках має обов'язковий, у інших — факультативний (можливий, необов'язковий, допоміжний) характер. Норма права вимагає обов'язкового використання моральних норм тоді, коли вона не може бути правильно застосована без звернення до них. Факультативний характер використання моральних норм у процесі застосування норм права спостерігається у випадках, коли норма права правильно по суті та по формі застосовується без допомоги моральних норм, проте правозастосовчий орган за якихось причин вважає доцільним та можливим використовувати і норми моралі³.

На думку В. С. Толстого, сторони зобов'язані правилами моралі лише тоді, коли у самому законі або індивідуальному акті немає до-

¹ Див., наприклад, ст. 2.4(2)(b); 2.15; 2.16; 2.18; 2.20; 3.5; 3.8; 3.10; 4.1(2); 4.6; 4.8; 5.2; 5.3; 6.1.3; 6.1.5; 6.1.16(2); 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2; 7.1.6; 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8 і 7.4.13.

² Сергейко П. Н. Взаимодействие права и нравственности / П. Н. Сергейко // Сов. государство и право. – 1963. – № 8. – С. 25; Хецуриани Д. Г. Значение моральных норм при применении норм гражданского права / Д. Г. Хецуриани // Правоведение. – 1982. – № 5. – С. 66–71.

³ Русинов Р. К. Использование норм нравственности при применении норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. К. Русинов. – Свердловск, 1967. – С. 7–6.

статніх вказівок із цього питання. З іншого боку, моральні правила застосовуються не тільки за наявності відповідного посилання в тій чи іншій нормі права. Хоча конкретні статті законів у більшості випадків не містять приписів моралі, достатньою є наявність загальної норми про застосування моральних засад суспільства¹.

У зв'язку з цим, варто згадати В. М. Хвостова, який зауважував, що мораль індивідуалізує кожен вчинок; вона не пов'язана твердими нормами і здійснює оцінку кожного конкретного положення із загальної точки зору етичного ідеалу. Ось чому можливі так звані конфлікти між правом і мораллю. Іноді те, що заборонено загальною нормою права, виявляється дозволеним мораллю через особливості конкретного випадку; ще частіше право, обмежуючись мінімумом відносин у своєму нормуванні, не забороняє і залишає дозволеним те, що забороняє мораль. Такі конфлікти неминучі. Вони не суперечать тому положенню, що право і мораль — союзники, які крокують до загальної мети. Розмежування права та моралі є вельми цінним продуктом культурного розвитку. Це — свого роду розділ праці, в якій ці області норм взаємно поповнюють і підтримують одна одну; є сфери, в які право не повинно втручатися, і котрі воно повинно надавати моралі. Де лежить ця межа, — це питання даної епохи і даних обставин. Межа ця в історії пересувається і правильне її встановлення є одним із найважливіших і складних завдань політики права².

На мій погляд, врахування моральних засад у правозастосовній практиці взагалі і у випадку виконання цивільно-правових обов'язків зокрема обов'язкове у будь-якому випадку. Людина завжди повинна керуватися нормами моралі. У деяких випадках обставини складаються так, що застосування моральних норм, безперечно, необхідне для того, щоб певна правова норма набула відповідного ціннісного забарвлення. У такому разі потреба у застосуванні моральних засад є настільки очевидною, що тому законодавець рано чи пізно здійснює їх пряме закріплення у правових нормах.

Так, при визначенні обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) ч. 2 ст. 749 Цивільного кодексу України передбачається, що якщо обов'язки набувача не були конкретно визначені або у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, спір має вирішуватися *відповідно до засад*

¹ Толстой В. С. Понятие надлежащего исполнения обязательств / В. С. Толстой // Правоведение. – 1971. – № 3. – С. 75.

² Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк / В. М. Хвостов. – М., 1905. – С. 70–71.

справедливості та розумності (виділено мною. — О. О.). Попередній Цивільний кодекс УРСР 1963 р. подібної норми не містив¹.

В інших випадках, необхідність застосування моральних засад не є настільки очевидною, але це не означає, що їх не треба враховувати, адже їх невлучима присутність завжди є запорукою правильного застосування норм права.

Наприклад, Вищий господарський суд України у постанові від 16 липня 2003 р. у справі № 11/3903 застосував засади добросовісності до спору, що виник із договору про спільну діяльність.

Як вбачається із матеріалів справи, ТОВ «А» (позивач) та ТОВ «В» (відповідач) уклали договір про сумісну діяльність, відповідно до якого зобов'язалися шляхом об'єднання коштів, матеріальних ресурсів спільно діяти для досягнення загальних господарської та фінансової цілей, зокрема, створити торгово-виробничий комплекс. Однак відповідач надалі без погодження з позивачем уклав договір оренди, відповідно до умов якого передав у тимчасове платне користування нежитлове приміщення, яке позивачем було передане відповідачу в експлуатацію для здійснення сумісної діяльності.

Суди попередніх інстанцій дійшли висновку про те, що позивач втратив довіру до відповідача як учасника спільної діяльності та інтерес у досягненні єдиної (загальної) мети, яку сторони ставили перед собою, укладаючи договір про сумісну діяльність. У результаті суди задовольнили позов, договір розірвали. Вищий господарський суд України залишив ці рішення в силі, зазначивши, що договір про сумісну діяльність за своїм змістом є угодою, учасники якої мають єдину мету, здійснюють дії, які необхідні виключно для досягнення поставленої мети. За своєю природою такий договір є довірчою угодою, оскільки відносини між сторонами ґрунтуються на взаємній довірі, учасники ввіряють одне одному своє майно, яке за взаємною згодою повинно використовуватися виключно для досягнення поставленої мети на благо всіх учасників².

У даному випадку саме застосування моральних норм дало змогу Вищому господарському суду України визначити договір, щодо якого виник

¹ У зв'язку з цим доречно згадати Френсіса Фукуяму, який у своєму «Великому розриві» стверджував: «Вислів “не можна приписати мораль” є правильним тільки частково: держава не може примусити індивідів дотримуватися норм, котрі ідуть у розріз із важливими природними інстинктами або інтересами, але вона може (і робить це) формувати неформальні норми».

² Постанова ВГСУ від 16 липня 2003 у справі № 11/3903 // Вісн. госп. судочинства. – 2004. – № 1. – С. 283–284.

спір, як довірчий правочин і дійти висновку про те, що жодна сторона не має права збагачуватися за рахунок іншої сторони (ст. 22 ЦК України).

Чинне цивільне законодавство України передбачає, що зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог Цивільного кодексу України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК України).

Що стосується ставлення законодавця до морального аспекту виконання зобов'язання, то у даному випадку варто звернути увагу на положення ст. 5 ЦК УРСР 1963 р., відповідно до якого *при здійсненні прав і виконанні обов'язків громадяни і організації повинні додержуватися законів, поважати правила соціалістичного співжиття і моральні принципи суспільства, що дотримує комунізм* (виділено мною. — О. О.).

Порівняно з ЦК УРСР 1963 р., формулюючи положення ЦК України, законодавець підійшов до проблеми визначення основних засад виконання цивільного зобов'язання інакше.

У ЦК України окремими статтями передбачені загальні засади здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків. Виконання обов'язків та здійснення прав взаємопов'язані одне з одним: невиконання одних автоматично зумовлює порушення інших.

Так, при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства (ч. 4 ст. 13 ЦК України). Що ж стосується виконання обов'язків, то закон встановлює такі головні вимоги:

- 1) цивільні обов'язки виконуються в межах, установлених договором або актом цивільного законодавства;
- 2) особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язковим для неї;
- 3) виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальністю, які встановлені договором або актами цивільного законодавства;
- 4) особа може бути звільнена від цивільного обов'язку або його виконання у випадках, встановлених договором або актами цивільного законодавства.

Тож, якщо раніше при виконанні обов'язків необхідно було поважати правила соціалістичного співжиття і моральні принципи суспільства, що дотримує комунізм, то на сучасному етапі такого припису, як дотримання моральних засад при виконанні зобов'язань, Цивільним кодексом України не передбачено. Має місце лише правило про необхідність додержання моральних засад суспільства при здійсненні ци-

вільних прав. Натомість у ст. 509 ЦК України вказується, що зобов'язання повинно ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості (виділено мною. — О. О.), а з цього за логікою речей слідує, що і виконання зобов'язання ґрунтується на тих самих засадах.

Серед загальних засад цивільного законодавства ст. 3 ЦК України зазначає справедливість, добросовісність та розумність. При цьому ст. 8 ЦК України передбачається, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Як наголошує Д. Луспенник, новий Цивільний кодекс України відрізняється від «старого» цивільного законодавства широким використанням термінів «розумність», «добросовісність» та «справедливість», адже у ЦК УРСР 1963 р. зазначалося лише про добросовісного набувача та добросовісного власника. Поняття розумності у ЦК УРСР 1963 р. взагалі не вживалося¹.

Зауважимо, що визначення принципів добросовісності, справедливості та розумності як загальних засад цивільного законодавства не заміняє тим самим пряме закріплення законом вимог щодо їх дотримання при виконанні зобов'язання, тим паче їх законодавче визначення. Той факт, що закон передбачив необхідність застосування моральних засад до зобов'язання, є вагомим показником того, наскільки важливим на сьогодні є врахування моральних вимог у зобов'язальних відносинах. Проте залишається невизначеною та потребує подальших досліджень проблема визначення впливу моральних засад на саме зобов'язання. Мається на увазі необхідність з'ясування, на які саме аспекти чи складові зобов'язання повинні впливати моральні засади та яким чином це виражається на практиці: чи то стосується порядку формування зобов'язання, його змісту, відношення до змісту зобов'язання його учасників, чи то стосується порядку виконання такого зобов'язання, і як у таких випадках повинні тлумачити зазначену норму суди при вирішенні відповідного спору.

Щодо доцільності застосування та додержання моральних засад слушно зауважує О. В. Артем'єва. Вона зазначає, що як не важливо

¹ Луспенник Д. Шукаємо справедливість, добросовісність та розумність у цивільно-правових відносинах / Д. Луспенник // Закон і бізнес. – 2004. – № 1–2 (625–626).

сприймати або прочитувати контекст, у котрому здійснюють правильні дії, для вирішення питання про те, що належить робити, цього недостатньо. Очевидно, що без розуміння контексту, без розуміння змісту ситуації, вираженого у моральному судженні, адекватний моральний вчинок відбутися не може¹.

Неповнота нормативного врегулювання основних моральних засад і відсутність загальновизнаного їх доктринального розуміння привели до того, що у більшості випадків їх значення визначається наукою суперечливо або не визначається взагалі, у результаті чого ми маємо непослідовне та нечітке застосування таких основ на практиці.

Так, наприклад, концепція одного із головних моральних принципів — добросовісності, необхідна для його чіткого розуміння і застосування у цивілістиці, не є чітко визначеною, оскільки на цей час відсутній єдиний погляд на цю категорію².

Із приводу визначення основних моральних засад висловлено чимало поглядів. Зокрема, цікавою є думка, що, наприклад, фактичне визначення добросовісності збігається з визначенням невинуватості, і, навпаки, недобросовісність збігається з поняттям винуватості. При цьому автор говорить про умисну та необережну форму недобросовісності³.

«Добросовісність» означає фактичну чесність суб'єктів у їх поведінці, «розумність» — усвідомлення правомірності своєї поведінки, «справедливість» — відповідність поведінки суб'єктів пануючим у суспільстві морально-етичним засадам, а значить усвідомлення чесності і правомірності поведінки є складовими частинами усвідомлення справедливості своїх дій (поведінки). Добросовісність і розумність — це складові принципу соціальної справедливості, котрими останній, проте, не обмежується⁴.

В. Вітрянський констатує, що ні в Кодексі, ні в будь-якому іншому федеральному законі визначити які-небудь підходи, параметри, поняття добросовісності, справедливості, розумності в принципі неможливо⁵.

¹ Артемьева О. В. Об оправданности лжи из человеколюбия / О. В. Артемьева // Логос. – 2008. – № 5 (68). С. 44.

² Новикова Т. В. Понятие добросовестности в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Новикова. – Ростов н/Д, 2009. – С. 3.

³ Луспеник Д. Шукаємо справедливість, добросовісність та розумність у цивільно-правових відносинах / Д. Луспеник // Закон і бізнес. – 2004. – № 1–2 (625–626).

⁴ Иванова С. А. Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в обязательственном праве / С. А. Иванова // Законодательство и экономика. – 2005. – № 4.

⁵ Витрянский В. Гражданский кодекс и суд / В. Витрянский // Вестн. ВАС РФ. – 1997. – № 7. – С. 132.

Таким чином, наводити приклади визначення основних моральних засад можна безкінечно довго, але наскільки вони є важливими для практики? Адже тільки практикою перевіряються корисність та доцільність висловлених поглядів та концепцій. Слід погодитися з В. Вітрианським щодо неможливості дати чітке визначення таким поняттям, як добросовісність, розумність та справедливість, оскільки у всі часи мораль тим і відрізнялася від права, що, на відміну від правових норм, моральні норми підігнати у чітко визначені рамки дуже важко.

Кожній епосі відповідає своя мораль та своє право. При цьому ми не можемо не визнати, що вплив моралі на право може послаблюватися або посилюватися, але при цьому він є постійним. І законодавець, здійснюючи поступове закріплення необхідності застосування моральних засад або відкидаючи певні з них, визнає це.

Вивчення та порівняння норм Цивільного кодексу УРСР та Цивільного кодексу України дозволило відстежити тенденцію щодо поступового визнання законодавцем необхідності застосування моральних засад при виконанні зобов'язання. Проте відкритим залишається питання щодо практичного застосування таких засад. Із метою забезпечення правильного й однакового застосування судами норм цивільного законодавства при ухваленні рішення, на мою думку, було б доцільно і надзвичайно корисно з боку Верховного Суду України дати загальні роз'яснення щодо загальних правил використання моральних засад у зобов'язальних правовідносинах. На сучасному етапі, на жаль, такі роз'яснення відсутні, що, у свою чергу, в умовах розбудови демократичного суспільства в Україні має бути враховано науковцями для розробки загальної концепції застосування таких моральних засад, як добросовісність, розумність та справедливість при виконанні зобов'язання.

Очиченко Е.Г. Влияние морали на обязательство в современном мире

Рассмотрен вопрос относительно эффективности взаимодействия моральных и правовых норм в сфере регулирования гражданских правоотношений. Проанализировано влияние морали на институт обязательства на законодательном и практическом уровнях. Высказаны предложения в отношении необходимости дальнейших исследований проблемы определения влияния моральных основ на обязательства.

Ochichenko E.G. The influence of moral on obligations in contemporary world

There has been considered a problem about an efficiency of moral and legal norms' interaction in the area of civil matters' regulation. Author analyzed the influence of moral on the doctrine of obligations at legal and practical levels. There have been expressed propositions about necessity for conducting further researches concerning the problem of influence evaluation that moral principles have in respect of obligations.

В. Голіна, доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору дослідження проблем запобігання злочинності Інституту вивчення проблем злочинності НАПрН України, член-кореспондент НАПрН України,

М. Колодяжний, кандидат юридичних наук, науковий співробітник сектору дослідження проблем запобігання злочинності Інституту вивчення проблем злочинності НАПрН України

12-й конгрес ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя: комплексні стратегії на глобальні виклики

XXI століття є не лише ерою інформаційних технологій і нових креативних наукових рішень, а й, на жаль, періодом розширення масштабів, інтенсивності та посилення витонченості злочинності та її видів.

Останнім часом це соціальне лихо набуло таких кількісно-якісних характеристик, яке загрожує безпеці громадян у всьому світі й перешкоджає соціально-економічному розвитку різних країн.

Глобалізація відкрила нові форми транснаціональної злочинності. Багатонаціональні кримінальні синдикати розширили діапазон своїх операцій — від контрабанди наркотиків до відмивання грошей. Торговці «живим товаром» щороку перевозять мільйони нелегальних мігрантів, заробляючи на цьому понад 10 млрд дол. США. Держави, уражені корупцією (особливо Україна), поступово втрачають свій потенціал інвестиційної привабливості, що позначається на їх економічному розвитку. І цей список найбільш небезпечних та поширених злочинних проявів можна продовжувати далі.

Тому протидія злочинності повинна мати науково обґрунтований, радикальний та випереджаючий характер. Із дотриманням саме таких принципів розробляються рекомендації конгресів ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя починаючи з 1955 р. Ці за-

ходи відбуваються кожні п'ять років під егідою ООН у різних країнах світу. Вони являють собою універсальні форуми, присвячені проблемам стану злочинності та шляхам її протидії на різних континентах, в окремих державах світу, регіонах, великих містах.

Глобальність цих заходів можна продемонструвати на прикладі 12-го конгресу ООН, який відбувся 12–19 квітня 2010 р. у Бразилії в м. Сальвадор, звернувши особливу увагу, окрім іншого, на актуальність питань, що розглядалися на ньому та можливих наслідків у справі боротьби зі злочинністю та її окремими видами, які можуть настати в результаті реалізації рекомендацій теоретико-прикладного характеру.

Особливість конгресів полягає ще і в тому, що вони не є вузько-спрямованими заходами із обговорення другорядних проблем запобігання злочинності. Це потужні форуми, яким передують чисельні консультації, конференції з розгляду того чи іншого питання. Так, у 2009 р. за участю регіональних економічних та соціальних комісій ООН й інститутів мережі Програми ООН у сфері запобігання злочинності і кримінального правосуддя було проведено чотири регіональні підготовчі наради до 12-го конгресу: латиноамериканська (м. Сан-Хосе), західноазійська (м. Доха), азійсько-тихоокеанська (м. Бангкок) й африканська (м. Найробі).

Більше того, на цьому заході було представлено 103 країни світу (Україна з незрозумілих причин участі не взяла, хоча на попередньому 11-му конгресі, що відбувся у 2005 р. у м. Бангкок, наша держава мала свого делегата). Були присутні представники Секретаріату та інших органів ООН, делегати з 12-ти установ та науково-дослідних інститутів різних регіонів світу, що досліджують питання протидії злочинності. В обговоренні питань порядку денного взяли участь делегати 17-ти міжурядових та 43-х неурядових організацій, робота 190 експертів мала особистий характер тощо.

Головна тема 12-го конгресу ООН мала назву «Комплексні стратегії для відповіді на глобальні виклики: системи запобігання злочинності і кримінального правосуддя та їх розвиток у світі, що змінюється».

На цьому форумі було розглянуто низку важливих питань на семінарах-практикумах: «Освіта з питань міжнародного кримінального правосуддя на підтримку принципу верховенства права»; «Огляд найкращих видів практики ООН й іншої найкращої практики поводження з ув'язненими в рамках системи кримінального правосуддя»; «Практичні підходи до запобігання злочинності у містах»; «Зв'язки між незаконним обігом наркотиків й іншими формами організованої

злочинності»; «Стратегії й найкращі види практики із запобігання переповненості виправних установ».

Крім того, прийнято Сальвадорську декларацію про комплексні стратегії для відповіді на глобальні виклики: системи запобігання злочинності і кримінального правосуддя та їх розвиток у світі, що змінюється. У 55 пунктах цієї декларації перелічено загрози та нові форми злочинності, що існують у державах та викликають занепокоєння у сучасної світової спільноти; у загальних рисах перелічено відповідні заходи для подолання негараздів у сфері протидії злочинності тощо.

Враховуючи слабку зацікавленість, особливо вітчизняної науки, в аналізі положень конгресів ООН, їх фрагментарному дослідженні у літературних джерелах¹ і з метою узагальнення науково обґрунтованих і теоретико-прикладних рекомендацій 12-го конгресу, що перевірені практикою їх реалізації у різних державах світу, розглянемо конкретні заходи та шляхи можливого обмеження або нейтралізації негативних явищ та процесів, які продукують чи обумовлюють існування та відтворення у світі різних форм злочинності.

Ці види злочинності і є основними питаннями порядку денного 12-го конгресу, що розглядались на пленарних засіданнях.

1. Діти, молодь, злочинність і забезпечення дієвості керівних принципів ООН у сфері запобігання злочинності. Проблема протидії злочинності молоді та неповнолітніх актуалізується, зважаючи на святкування ООН у 2010 р. Міжнародного року молоді, серед чинників злочинних проявів якої називаються: насильство, експлуатація, бідність, недостатнє харчування й хвороби. У цьому зв'язку виникає нагальна необхідність розробки та реалізації профілактичних заходів

¹ Докладніше див.: Лунеев В. В. Десятый конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, его место в истории конгрессов / В. В. Лунеев // Государство и право. – 2000. – № 9. – С. 95–100; Лунеев В. В. Проблемы международного криминологического сотрудничества / В. В. Лунеев // Международное сотрудничество в сфере борьбы с транснациональной организованной преступностью и коррупцией : материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Екатеринбург, 30–31 марта 2000 г.) / ред. кол. : Л. Я. Драпкин и др. – Екатеринбург : УрЮИ МВД России, 2000. – С. 12–17; Горяинов К. К. Транснациональная преступность: проблемы и пути их решения : монография / К. К. Горяинов, А. П. Исиченко, Л. В. Кондратюк. – М. : ВНИИ МВД России, 1997. – С. 86–99; Голик Ю. В. Начиная с яблока в райском саду, мир не знает, как реагировать на преступность / Ю. В. Голик // Независимая. – 2010. – 6 янв. – С. 5; Валеев Р. М. Роль ООН и ее органов в координации действий государств по борьбе с транснациональной преступностью / Р. М. Валеев // Международное сотрудничество в сфере борьбы с транснациональной организованной преступностью и коррупцией : материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Екатеринбург, 30–31 марта 2000 г.) / ред. кол. : Л. Я. Драпкин и др. – Екатеринбург : УрЮИ МВД России, 2000. – С. 21–29.

щодо усунення корінних причин, які сприяють залученню підлітків та молоді у злочинну діяльність.

Було зазначено про необхідність більш широкого застосування заходів реституційного правосуддя, що є ефективнішими порівняно із заходами, пов'язаними із соціальною ізоляцією неповнолітніх та молоді.

У багатьох делегатів викликала занепокоєння статистична інформація, згідно з якою понад один мільйон дітей у всьому світі перебувають у місцях позбавлення волі, що є свідченням поганого соціального забезпечення громадян у відповідних країнах. Також було наголошено на встановленні мінімального віку кримінальної відповідальності з 14 років; вжиття рішучих заходів щодо недопущення смертної кари для дітей та неповнолітніх, заборони обрання їм покарань, пов'язаних із позбавленням волі й тілесних покарань та ін. У зв'язку із цим рекомендовано сприяти розробці і прийняттю конвенції ООН із спеціальними положеннями щодо малолітніх ув'язнених.

Серед заходів кримінологічної профілактики визначалися такі, як: підвищення освітнього рівня підлітків і молоді та їх обізнаності і поінформованості про злочинність і шляхи її запобігання; проведення спеціальних підготовчих курсів для поліцейських, працівників прокуратури, суду; створення засад ювенальної юстиції або удосконалення відправлення правосуддя у справах неповнолітніх; мінімізація негативного впливу ЗМІ на свідомість підлітків; удосконалення національних систем статистичного обліку злочинності неповнолітніх та заходів щодо її протидії тощо.

За темою порядку денного 12-го конгресу «Забезпечення дієвості керівних принципів ООН у сфері запобігання злочинності» особливо наголошувалось на тому, що:

- державам слід приділяти більше уваги питанням щодо запобігання злочинності;

- програми і стратегії запобігання злочинності (в Україні це державна, обласні і міські Комплексні програми профілактики злочинності) повинні містити заходи щодо протидії злочинності неповнолітніх, що в свою чергу мають контролюватися з боку населення та громадянського суспільства;

- стратегії протидії злочинним проявам повинні мати конкретний, стійкий і багатосекторальний характер (у розумінні вітчизняної кримінологічної теорії це означає удосконалення суспільних відносин у різних сферах суспільного життя — загальносоціальне запобігання злочинності).

2. Надання технічної допомоги для сприяння ратифікації й виконання міжнародних документів відносно запобігання і припинення тероризму. При розгляді цього питання порядку денного 12-го конгресу ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя було здійснено звернення до держав-учасниць із такими закликами:

- термінове приєднання країн до конвенцій та протоколів щодо боротьби із тероризмом;

- створення ефективних механізмів співробітництва за кримінальними справами з тероризму та координація і обмін інформацією при запобіганні цьому явищу на міжнародному та регіональному рівнях;

- у випадках недостатності власного потенціалу звертатися за технічною допомогою щодо застосування міжнародно-правових норм протидії тероризму та ін.

3. *Заходи кримінального правосуддя з боротьби із незаконним ввезенням мігрантів і торгівлею людьми і зв'язку із національною організованою злочинністю; заходи запобігання злочинності і кримінального правосуддя з боротьби із насильством стосовно мігрантів, робітників-мігрантів та їх родин.* За цим напрямом роботи здійснено низку важливих висновків щодо:

- важливості проблеми, пов'язаної із торгівлею людьми та незаконним ввезенням мігрантів;

- активізації співробітництва між державами — учасницями конгресу, міжнародними й неурядовими організаціями відносно запобігання таким злочинам;

- необхідності збору Управлінням ООН з наркотиків і злочинності (ЮНОДК) інформації щодо причин насильства до мігрантів та їх родин, а також надання технічної допомоги у протидії торгівлі людьми і незаконному ввезенню мігрантів.

4. При розгляді теми порядку денного, присвяченого міжнародному співробітництву із протидії відмиванню коштів на основі відповідних документів ООН й інших документів; практичним підходам до укріплення міжнародного співробітництва у вирішенні проблем, пов'язаних із боротьбою із злочинністю, було відзначено про вжиття країнами максимальних зусиль із дотримання положень таких міжнародно-правових документів у царині запобігання відмиванню коштів, як Конвенція 1988 р., Конвенція про організовану злочинність та протоколів до неї, Конвенції проти корупції і відповідних міжнародних стандартів.

Крім цього, серед основних шляхів боротьби із легалізацією доходів, отриманих незаконних шляхом, виділено:

- укріплення підрозділів фінансової розвідки і центральних органів з питань міжнародного співробітництва;
- створення міжвідомчих слідчих груп, що займаються розслідуванням таких злочинів;
- конфіскація та вилучення активів повинні стати складовими стратегії протидії цим злочинним проявам;
- держави повинні мати достатній потенціал для відстеження й замороження таких доходів;
- усі міжнародні суб'єкти повинні координувати дії щодо боротьби із цим явищем.

5. *Останні тенденції у використанні науково-технічних досягнень правопорушниками і компетентними органами, що здійснюють боротьбу із злочинністю, у тому числі стосовно кіберзлочинності.* Учасники обговорення цього питання дійшли таких висновків:

- розвиток інформаційних технологій має як свої переваги, так і загрози для суспільства, що виявляються у поширенні кіберзлочинності;
- організовані угруповання використовують транскордонний характер кіберзлочинності, що потребує відповідних дій з боку державних органів влади;
- поряд із перевагами розвитку інформаційних технологій вони здатні породжувати нові види злочинів (хакерство, спамінг, «фішінг», цифрове піратство, поширення вірусів та інші атаки на важливу інформаційну інфраструктуру);
- кіберзлочинність становить загрозу для економіки держав та підбиває довіру громадян до інституціональних структур і соціально-культурне благополуччя;
- висока латентність злочинів у царині інформаційних технологій пояснюється їх низьким розкриттям та інтересами корпорацій відносно збереження своєї репутації;
- Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність визнана найбільш досконалим нормативно-правовим актом для здійснення міжнародного співробітництва у цій сфері. У цьому зв'язку прийнято загальне рішення про розробку й прийняття глобальної конвенції про кіберзлочинність, що надасть нового потужного поштовху в боротьбі з цим видом злочинності;
- виправдали на практиці такі заходи із протидії кіберзлочинам: тісне міжнародне співробітництво у зазначеній сфері; регламентація роботи Інтернет-кафе; створення спеціалізованих підрозділів правоохоронних органів; організація електронного стеження й нагляду; під-

тримка роботи систем штучного інтелекту щодо виявлення підозрілих фінансових операцій й встановлення IP-адрес тощо¹.

Отже, як показує стислий аналіз змісту основних питань 12-го конгресу ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя, цей науковий форум є унікальним. Це пояснюється тим, що він акумулює потужні знання про рівень, структуру та динаміку злочинності у світі, пропонує науково обґрунтовані та перевірені практикою у різних країнах світу заходи із протидії різним видам злочинів та їх проявам, вносить пропозиції щодо створення нового та доповнення чинного законодавства у сфері боротьби зі злочинністю та ін. Це підтверджується вивченням та узагальненням й попередніх конгресів ООН². Усе це свідчить про нагальну необхідність, по-перше, взяття Україною активної участі у проведенні та організації самих конгресів ООН, а, по-друге, вжиття всіх достатніх заходів для вдосконалення чинного законодавства у сфері протидії злочинності та підвищення ефективності й якості роботи судових і правоохоронних органів.

Це питання актуалізується, зважаючи на офіційне визнання державними органами того факту, що «...діяльність нашої держави із запобігання злочинності не має належного наукового забезпечення, нові технології та методики розробляються повільно та безсистемно, а наявні розробки впроваджуються недостатньо активно. Унаслідок цього заходи у сфері боротьби зі злочинністю, що здійснюються правоохоронними органами, не мають консолідованого і системного характеру»³.

Отже, в епоху бурхливих глобалізаційних процесів на початку ХХІ ст., поступового втягнення національної організованої злочинності в мережі міжнародної та транснаціональної, подальша участь України в підготовці, проведенні і найголовніше — реалізації положень і рекомендацій конгресів ООН разом із напрацюваннями українських науковців і практиків і є, мабуть, тим, так би мовити, «еліксиром», що дозволить хоча б призупинити катастрофічний стан справ (не перебільшуючи!) у сфері протидії злочинності в Україні.

¹ Див.: А/CONF.213/18 // Доповідь Дванадцятого конгресу ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя (Сальвадор, 12–19 квіт. 2010 р.).

² Голіна В. В. Конгреси ООН: перспективи використання їх рекомендацій у плануванні та здійсненні заходів запобігання злочинності в Україні / В. В. Голіна, М. Г. Колодзячий // Проблеми законності : республік. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2010. – Вип. 108. – С. 169–177.

³ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 11.09.2009 р. «Про стан злочинності у державі та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції» : Указ Президента України від 27.10.2009 р. № 870/2009 // Офіц. вісн. України. – 2009. – № 83. – Ст. 2809.

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 80 років від дня народження відомого вченого України в галузі кримінального процесу і криміналістики, талановитого педагога та організатора юридичної науки, доктора юридичних наук, професора, академіка Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Гончаренка Владлена Гнатовича**, який народився 7 січня 1931 р. у м. Златополі (нині — Новомиргород) Кіровоградської області.

Після закінчення юридичного факультету Київського національного університету імені Т. Г. Шевченка В. Г. Гончаренко розпочав професійну діяльність слідчим прокуратури Черкаської області. Накопичений значний багаж практичних знань дав змогу включитися до наукових розробок у галузі криміналістики. Потім його запросили працювати до Київського національного університету імені Т. Г. Шевченка, що стало знаковою подією. Університетська кар'єра була дійсно стрімкою. Починаючи з найнижчих посад — лаборанта, асистента, В. Г. Гончаренко спішно захистив кандидатську дисертацію про використання фотографічних методів при розслідуванні злочинів, потім посада старшого викладача, потім доцента і захист докторської дисертації, відтак посада завідувача кафедри криміналістики, присвоєння вченого звання професора, обрання деканом юридичного факультету.

Юридична спільнота добре знає і високо цінує вагомий внесок ювіляра у розвиток юридичної науки. Науковий доробок В. Г. Гончаренка широко відомий в Україні, його наукові ідеї втілені у численних наукових працях, у яких було вирішено багато важливих та актуальних проблем кримінального процесу, юридичної психології, судової експертизи. І сьогодні свій багатий науковий і організаторський досвід він щедро передає численним учням, молодим фахівцям. Тисячі випускників університету, академії вдячні ювіляру за яскраві, цікаві, змістовні лекції, яким завжди притаманні теоретична глибина та зразкова методика.

Очолюючи Академію прокуратури, займаючись викладацькою роботою в Академії адвокатури, В. Г. Гончаренко завжди багато зусиль

та енергії віддавав удосконаленню навчально-виховного процесу, підвищенню якості підготовки високої кваліфікації фахівців та наукових кадрів.

Його професійність, досвідченість справжнього викладача, щедрість душі, поважне ставлення до людей високо цінуються і набули вагомого авторитету, любові та поваги серед колег, співробітників, учнів, широкого юридичного загалу.

Президія Академії високо цінує спільну працю з В. Г. Гончаренком і сподівається, що наші стосунки на ниві юриспруденції будуть розвиватися і міцніти на благо розвитку вітчизняної науки. Вчені-правознавці впевнені, що творчий професійний досвід ювіляра і надалі буде спрямований на підвищення авторитету і наукового потенціалу Національної академії правових наук України.

Президія Національної академії правових наук України і редколегія журналу «Вісник академії правових наук України» сердечно вітають **Гончаренка Владлена Гнатовича** з ювілеєм і бажають міцного здоров'я, бадьорості, незгасаючої життєвої енергії, подальших творчих успіхів, благополуччя у родині та здійснення усіх надій і сподівань.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого вченого України в галузі адміністративного права, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Кубка Євгена Борисовича**, який народився 24 січня 1951 р. у м. Києві.

У 1977 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). З 1977 р. і дотепер працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, де пройшов шлях від стажиста до головного наукового співробітника. З 1999 р. по 2010 р. — займався приватною юридичною практикою в юридичній фірмі «Салком», був її президентом.

У 1980 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Державне управління капітальним будівництвом» (спеціальність 12.00.02, нині — 12.00.07), у 1989 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Правові проблеми програмно-цільового управління» (спеціаль-

ність 12.00.02, нині — 12.00.07). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1990 р. Вчене звання старшого наукового співробітника присвоєно у 1987 р. Вчене звання професора присвоєно у 2007 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 1993 р.

Науковий доробок Є. Б. Кубка добре відомий не лише в Україні, а й далеко за її межами. Його наукові ідеї втілені у численних наукових працях, в яких було вирішено багато важливих та актуальних проблем державного управління, організації управлінської діяльності та вдосконалення механізмів регулювання ринкової економіки. Він опублікував понад 90 наукових праць. Значущими серед них є: «Основна ланка управління капітальним будівництвом (організаційно-правові аспекти)» (1980), «Програмно-цільова організація державного управління (суть, правова основа, господарська практика)» (1988), «Реформування державного управління в Україні: проблеми і перспективи» (у співавт., 1998), «Совершенствование законодательства Украины и проблемы его гармонизации с законодательством зарубежных стран» (у співавт., 2003), «Адміністративне право України: Академічний курс (підручник : у 2 т.) та ін.

Напружену наукову та педагогічну діяльність Є. Б. Кубко активно і успішно поєднує з громадською діяльністю. Бере безпосередню участь у діяльності робочих груп Кабінету Міністрів України, є консультантом кількох комітетів Верховної Ради України, незалежним експертом із правових питань Спеціальної робочої групи від України в Комісії Європейського Союзу та упродовж багатьох років був членом ради Співки юристів України, Міжнародної асоціації адвокатів.

Є. Б. Кубко завжди демонструє невичерпну творчу енергію, широту інтересів, цілеспрямованість у досягненні поставленої мети. Його життєвий досвід, глибока ерудиція, щедрість душі, шанобливе ставлення до людей високо цінуються і надали ювіляру вагомому авторитету і поваги серед колег, співробітників, учнів, широкого юридичного загалу.

Президія Національної академії правових наук України і редколегія журналу «Вісник академії правових наук України» сердечно вітають **Кубка Євгена Борисовича** і бажають йому міцного здоров'я, творчого довголіття, подальших успіхів у його багатогранній діяльності.



Виповнилося 50 років від дня народження члена-кореспондента НАПрН України **Мурашина Олександра Геннадійовича**, який народився 28 лютого 1961 р. у м. Києві. У 1982 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету імені Т. Г. Шевченка, де залишився навчатися в аспірантурі. У 1985–1989 рр. працював викладачем кафедри державно-правових дисциплін Київської школи МВС; у 1989–2006 рр. — старшим викладачем, доцентом, професором кафедри теорії держави і права Української академії внутрішніх справ (нині — Національна академія внутрішніх справ). У 2007–2008 рр. — начальник навчально-наукового інституту підготовки управлінського персоналу ОВС Академії управління МВС. Із 2008 р. працює в Університеті «Україна» професором кафедри теорії та історії держави і права. У 2009–2010 рр. обіймав посаду директора Інституту права та суспільних відносин цього Університету. З 2010 р. — завідувач кафедри теорії та історії держави і права Університету.

У 1985 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Безпосередня демократія: функції та механізм дії» (спеціальність 12.00.01). Звання доцента присвоєно в 1994 р.

У 2001 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Акти прямого народовладдя у правовій системі» (спеціальність 12 00.01). Вчене звання професора присвоєно у 2003 р.

Невичерпна творча енергія, широчінь інтересів і неабияка завзятість, цілеспрямованість у досягненні поставленої мети надали ювіляру змогу стати відомим фахівцем, вченим у галузі теорії та історії держави і права. Наукові ідеї О. Г. Мурашина сформульовані і втілені у понад 100 наукових працях, які висвітлюють актуальні проблеми загальної теорії держави і права, реформування правової системи України. Напрями наукових досліджень — проблеми представницької та безпосередньої демократії, реформування правової системи України, правове моделювання, забезпечення і захист прав інвалідів тощо.

О. Г. Мурашин брав участь у складі робочої групи Верховної Ради України з розробки низки проектів Законів України — «Про загальноукраїнський та місцевий референдум», «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» та ін. Звання «Заслужений юрист України» присвоєно у 2006 р.

Необхідно окремо відзначити плідну науково-організаційну роботу О. Г. Мурашина як директора — засновника Наукового координаційного центру Інституту оперативної діяльності та державної безпеки, а сьогодні Інституту дослідження проблем державної безпеки.

О. Г. Мурашина відрізняє невичерпний оптимізм, доброзичливе і чуйне ставлення до друзів і колег, порядність і щирість у відносинах.

Президія Національної академії правових наук України і редколегія журналу «Вісник академії правових наук України» сердечно вітають **Мурашина Олександра Геннадійовича** з ювілеєм і щиро бажають йому доброго здоров'я, невичерпних сил і енергії, оптимізму, здійснення задумів, подальших успіхів у справі утвердження в Україні ідеалів правової держави.

Доповідь Президента Національної академії правових наук України В. Я. Тація на загальних зборах Академії, що відбулися 4 березня 2011 року.....	3
---	---

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Погребняк С.</i> Загальні принципи права як джерело права.....	14
<i>Бобровник С.</i> Правовий конфлікт: поняття, ознаки, природа та різновиди.....	26
<i>Дашковська О.</i> Судовий прецедент і судова практика як джерела права.....	34
<i>Гетьман Є.</i> Кодекс як особливий вид закону.....	42

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

<i>Серьогін В.</i> Приватне життя як об'єкт конституційного права на недоторканність приватного життя	51
<i>Невідомий В.</i> Українська Конституція у світлі проблеми гармонізації національного та європейського права.....	63
<i>Гетьман І.</i> Опосередкованість розвитку національного громадянського суспільства правовим забезпеченням процесів інформатизації за реалій постмодерну	75

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Козаченко А.</i> Організаційно-правова діяльність земського самоврядування з метою модернізації аграрної галузі та формування ринкових відносин (1865–1890 рр.)	84
--	----

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

<i>Пучковська І.</i> Підстави припинення поруки	94
<i>Бобко Т.</i> Деякі проблеми поняття та наслідків правочину	106
<i>Сібільов Д.</i> Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції.....	116

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

<i>Задихайло Д. В.</i> Право на підприємницьку діяльність у системі відносин правового господарського порядку	123
<i>Паишков В.</i> Діяльність суб'єктів господарювання як об'єктів правового регулювання: проблема кваліфікації.....	134
<i>Матвєєва А.</i> Ринок транспортних послуг: поняття, учасники та об'єкти...	145

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

<i>Цесарський Ф.</i> Особливості правового регулювання змісту, умов та форми трудового договору в країнах Європейського Союзу.....	154
---	-----

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Мохончук С. М. До проблеми доктринального визначення злочину агресії у міжнародному кримінальному праві	162
--	-----

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

Москвич Л. До питання удосконалення статусу суддів як складового елементу системи заходів підвищення ефективності судової системи.....	174
Назаров І. Класифікація судових систем європейських держав	188

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Задихайло Д. Законодавче забезпечення діяльності Уряду України в умовах інноваційності суспільного розвитку	198
Меліхова Ю. Суд і суддя в історичній реальності (від Київської Русі до сьогодення)	207
Очиченко О. Вплив моралі на зобов'язання у сучасному світі	219

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Голіна В., Колодяжний М. 12-й конгрес ООН із запобігання злочинності і кримінального правосуддя: комплексні стратегії на глобальні виклики	228
---	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

