

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Збірник наукових праць

Виходить щоквартально

Заснований у 1993 році

№ 3 (66)



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,
Національний університет «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Видавець — Національна академія правових наук України

Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / редкол.:
В. Я. Тацій та ін. — Х. : Право, 2011. — № 3 (66). — 328 с.

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

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

УДК 342.72/73

П. Рабінович, академік НАПрН України,
професор Львівського національного
університету імені Івана Франка

Людяність під захистом права (до 65-річчя завершення Нюрнберзького процесу)

Вступні зауваги. 1 жовтня 1946 р. у німецькому місті Нюрнберг, у приміщенні колишнього міського суду було виголошено вирок Міжнародного воєнного трибуналу, створеного державами-переможницями у Другій світовій війні для притягнення до кримінальної відповідальності головних німецьких військових злочинців. Цей судовий орган протягом майже десяти місяців розглядав обвинувачення, висунуті двадцяти двом особам, які належали до вищого керівництва III Рейху.

Пізніше Генеральна Асамблея ООН затвердила (резолюціями від 11 грудня 1946 р. і 27 листопада 1947 р.) ті принципи, які були покладені в основу діяльності цього першого в історії людства реально діючого органу міжнародної кримінальної юстиції та його вироку і які відтоді набули значення світових стандартів міжнародного кримінального права і судочинства.

Згодом ООН ще неодноразово доводилось створювати тимчасові судові інституції задля міжнародного кримінального покарання керівників та вищих посадових осіб окремих держав, котрі скоїли діяння, так чи інакше подібні до тих, що ставились у провину керівникам фашистської Німеччини (зокрема, міжнародні трибунали для колишньої Югославії та для Руанди). Своєрідною верхівкою цієї, так би мовити, піраміди органів міжнародного кримінального судочинства став створений під егідою ООН постійний Міжнародний кримінальний суд (далі — МКС), який почав працювати у 2002 р. у місті Гаага.

Та все ж саме Нюрнберзький трибунал був і нині лишається історичним фундаментом цієї «піраміди». Тому без засвоєння «уроків» його діяльності навряд чи можливо адекватно інтерпретувати і сучасне міжнародне кримінальне право, і відповідне йому міжнародне

кримінальне судочинство. Адже, як йдеться у Заяві Верховної Ради України «До 65-ї річниці Нюрнберзького процесу над фашистськими злочинцями» від 19 квітня 1911 р., принципи, визначені його Статутом, покладені в основу низки повоєнних міжнародно-правових документів¹. Тому цілком закономірним є те, що документи Нюрнберзького процесу та його історичні наслідки лишаються предметом постійного вивчення як зарубіжних, так і вітчизняних фахівців². Адже, вважаємо, немає жодного перебільшення у твердженні про те, що Нюрнберзький трибунал, «без сумніву, є однією з доленосних подій в історії людства. За своїм масштабом він належить до тих епохальних явищ, котрі фундаментально змінюють весь лад життя і на довгі роки задають імпульс цивілізаційного розвитку»³.

Міжнародні злочини проти людяності: загальна характеристика. Один із таких уроків пов'язаний з тим, що у затвердженому в серпні 1945 р. Статуті Нюрнберзького трибуналу було названо (вперше в історії кримінального права взагалі) такий делікт, як «злочини проти людяності»⁴ та конкретизовано декілька його різновидів (п. «с» ст. 6).

¹ Голос України. – 2011. – 7 трав.

² Див., наприклад: Бест Дж. Война и право после 1945 г. : пер. с англ. / Дж. Бест. – М., 2010. – 676 с.; Розбудова демократичного суспільства після Нюрнберзького трибуналу : зб. статей. – Одеса, 2010. – 270 с.; Зелинская Н. А. Нюрнбергская концепция международного преступления и принцип «ex post facto» в международном уголовном праве / Н. А. Зелинская // Наук. пр. Одес. нац. юрид. акад. Т. 7. – 2008. – С. 160–169; Верле Г. Принципы международного уголовного права : учебник / Г. Верле : пер. с англ. – 2-е изд. – О. ; М., 2011. – С. 9–15, 391, 399.

³ Яртых И. С. Предисловие / И. С. Яртых // Нюрнбергский процесс: Защитительные речи адвокатов. – М., 2008. – Т. 1. – С. 3.

⁴ Втім, принагідно зауважимо, що міжнародна констатація і заборона такого різновиду міжнародних кримінальних злочинів (у дещо іншому формулюванні) були запроваджені ще у 1899 році. Тоді до преамбули Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни було включено так зване застереження (рос. «оговорка») Ф. Мартенса – на той час досить знаного в Європі російського фахівця з міжнародного права. У цьому застереженні вперше в міжнародно-правовому акті було вжито таке поняття, як «закони людяності». Йшлося про те, що населення і конфліктуючі сторони залишаються під охороною та дією засад міжнародного права, оскільки вони впливають із звичаїв, що встановилися між освіченими народами, із законів людяності та вимог суспільної свідомості.

Тоді, ясна річ, навряд чи хтось міг прогнозувати, що майже через півстоліття поняття «людяність» знову з'явиться в одному з, можна сказати, епохальних міждержавних актів – Статуті Нюрнберзького трибуналу. В означеному документі злочини проти людяності було виокремлено, як зазначалось, у самостійний різновид деліктів (детальніше див.: Пустогаров В. В. Оговорка Мартенса – история и юридическое содержание / В. В. Пустогаров // Право и политика. – 2000. – № 3).

До них було віднесено:

- вбивства, винищення, поневолення, заслання, вчинені стосовно мирного населення у мирний час або під час війни;

- переслідування з політичних, расових чи релігійних мотивів з метою здійснення або у зв'язку зі злочинами проти миру чи військовими злочинами незалежно від того, чи були ці дії порушенням внутрішнього права держави, де вони були вчинені, чи ні.

У Статутах Міжнародних трибуналів для колишньої Югославії та для Руанди на додаток до названих вище різновидів злочинів проти людяності були ще зазначені: депортація, ув'язнення, тортури, застосовані щодо тих чи інших соціальних груп (чи щодо населення), а також згвалтування членів цих груп.

У Статуті ж МКС (1998 р.) до зафіксованих раніше у міжнародно-правових документах різновидів згаданих злочинів було додано й різні форми сексуального насильства, насильницькі зникнення, а також переслідування з гендерних мотивів (п.«к» ст. 7).

Узагальнення властивостей, притаманних усім міжнародно-злочинним посяганням на людяність, дає підставу виділити, як відзначають зарубіжні й вітчизняні фахівці, такі їх спільні ознаки:

- а) масовість (тобто масштабність): потерпілими суб'єктами, жертвами таких злочинних діянь є мирне населення, його певні соціальні групи, спільноти;

- б) систематичність (тривалість);

- в) цілеспрямована організованість (зазвичай інституціоналізованість);

- г) пов'язаність зі станом війни, збройними конфліктами, нападами.

Наведені показники злочинного характеру посягань на людяність мають, вочевидь, здебільшого формальний характер. Вони відображають так звану об'єктивну сторону таких деліктів.

Що ж стосується «матеріальних» (вже не формальних, а власне сутнісних, соціально-змістовних) — причому теж *об'єктивних* щодо потерпілих осіб — властивостей таких діянь, то певну інформацію про них можна зустріти якраз у згаданій статті Статуту МКС, яка присвячена саме злочинам проти людяності. У ній йдеться, зокрема, про «...нелюдські діяння... які полягають у навмисному спричиненні сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень, або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю». Означені характеристики мають, ясна річ, яскраво *оціночну* природу. Проте вони, так чи інакше, завжди «матеріалізуються» у небезпечних для життєдіяльності потер-

пілих суб'єктів («жертв») наслідках протиправної поведінки. Такі наслідки виникають та існують не в уяві, не в абстракції, а насамперед у реальному (матеріальному, соціальному чи духовному) житті, вони дістають прояв у емпірично фіксовуваних фактах, подіях. Причому ці наслідки є *очевидними*, «природними». Така очевидність (принаймні якщо не для усього суспільства, то для його певних соціальних груп, спільнот) є завжди конкретно-історичною. І саме вона, як видається, здатна служити *об'єктивною* підставою для соціально-змістовної оцінки (скажімо, оцінки страждань як «сильних» ушкоджень або шкоди як «серйозних»). Значення *очевидності* у цій площині полягає, вважаємо, у тому, що вона забезпечує недовільність, підставність кваліфікації певних діянь як міжнародно-кримінальних деліктів проти людяності.

У зв'язку з *очевидністю* є принципово важливою й та обставина, що джерела і природа (сутність) міжнародних злочинів проти людяності інтерпретуються на основі здебільшого *природно-правових* уявлень, поглядів, концепцій¹. Так, на думку зарубіжного фахівця С. Глазера, принцип «нема злочину без покарання» у міжнародному кримінальному праві розуміється саме у природно-правовому аспекті: йдеться про злочин не у законі, а саме у *праві*². А відомий вітчизняний вчений-міжнародник О. О. Мережко назвав рішення Нюрнберзького трибуналу «прикладом дієвості природного права у XX столітті»³. Та й справді, у самому вирокі Нюрнберзького трибуналу⁴ прямо констатовано, що він (вирок) є «вираженням того міжнародного права, котре вже існувало на час утворення цього трибуналу», і що той, хто агресивно, всупереч укладеним угодам і без попередження, здійснює напад, «повинен знати, що вчиняє неправу справу». При цьому Трибунал констатував, що «...підсудні повинні були знати, що чинять всупереч міжнародному праву».

У названих вище міжнародно-правових актах, які забороняють злочинно посягати на людяність, використовуються зазвичай два техніко-юридичних способи закріплення такої заборони. Перший — коли

¹ Див.: Рабінович С. Природно-правова очевидність та її юридична позитивація / С. Рабінович // Юрид. Україна. – 2010. – № 1.

² Див.: Ледах И. А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ / И. А. Ледах. – М., 1973. – С. 13.

³ Мережко А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права / А. А. Мережко. – К., 2002. – С. 32.

⁴ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками : Сб. материалов в 7-ми томах. – Т.VII. – М., 1961. – С. 307–415.

поняття про цей делікт лише називається, термінологізується (наприклад, вживаються словосполучення «злочини проти людяності», «нелюдське поводження і покарання»), а другий полягає у тому, що те діяння, котре відображається цим поняттям як *родовим*, конкретизується через вказівку на його різновиди (з їх, у разі необхідності, наступною офіційною інтерпретацією). Показово, що при цьому дефініція *загального* поняття цього злочину жодного разу так і не формулювалась. Більше того, прямо вказувалось на невичерпність згаданих переліків, на їх «відкритість», можна сказати, незавершеність. Так, у Статуті Нюрнберзького трибуналу після переліку різновидів названого злочину бланкетно йшлося також про «інші жорстокості», а у Статуті МКС, як вже згадувалось, про «інші нелюдські діяння аналогічного характеру». Це, до речі, дає підставу констатувати визнання (з боку ООН) допустимості застосування в міжнародному кримінальному праві «аналогії закону»...

Вірогідність же збільшення кількості різновидів злочинів проти людяності можна пояснити, як видається, принаймні двома обставинами. По-перше, урізноманітнюванням засобів і способів скоєння саме таких правопорушень. (Так, до останніх пропонується включити, зокрема, пов'язане з тероризмом колективне та індивідуальне заручництво¹.) А по-друге, посиленням нетерпимості до них з боку «совісті людства» (суто етичне поняття, згадане у преамбулі Загальної декларації прав людини), підвищенням «планки», рівня вимог до забезпечення гуманності поведінки різноманітних суб'єктів суспільного життя — насамперед держав (їх органів, керівників, вищих посадових осіб) — стосовно індивідів, їхніх спільнот, об'єднань.

Так чи інакше, наприклад, у «ранній» юриспруденції МКС (як відзначають фахівці) набули розвитку «контекстуальні елементи» злочинів проти людяності².

Інші посягання на людяність. Принципово важливим видається той факт, що вже після завершення діяльності Нюрнберзького (та й, до речі, Токійського) трибуналу у декількох міжнародно-правових актах

¹ Нюрнберзький процес: незасвоєні уроки : виступ Голови Верховної Ради України В. Литвина на Міжнар. наук. конф., присвяченій 65-річчю Нюрнберзького процесу // Голос України. – 2011. – 18 трав.

² Див.: Богуш Г. Обзорная конференция по Римскому статуту: новые горизонты международного уголовного правосудия / Г. Богуш // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – № 5. – С. 91.

всесвітнього рівня було закріплено заборону такого поводження чи покарання, яке є «нелюдським». Йдеться, насамперед, про Загальну декларацію прав людини 1948 р., яка проголосила, що «ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання» (ст. 5), та про Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., де встановлено, що «нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню» (ст. 7).

Тим самим заборона вчинення нелюдських діянь була конституційована як справді універсальна, тобто така, що не залежить від яких би то не було конкретизуючих її характеристик та проявів (зокрема, від соціального чи індивідуального статусу її можливих порушників і суб'єктів, потерпілих внаслідок її порушення; від військового чи мирного часу її чинності; від кількості жертв (чи то окремих індивідів, чи то соціальних груп); від кількості відповідних деліктів (одноразових чи систематичних); від конкретно-історичних умов її дотримання чи порушення). У такий спосіб ця заборона, так би мовити, вийшла поза межі галузі міжнародного кримінального права й увійшла до іншої галузі — міжнародного права прав людини.

Але такий широкий підхід до розуміння всіх розглядуваних правових деліктів такого роду неминуче породжував потребу в наступній їх градації, класифікації (для початку хоча б доктринальної). Йдеться, отже, про вирізнення її *видів* — принаймні злочинних та незлочинних.

Ознаки *злочинних* деліктів саме проти людяності досліджувались у міжнародно-правовій науці досить широко. Серед вітчизняних джерел слід згадати (окрім праць проф. Н. А. Зелінської), зокрема, статті А. А. Маєвської та її кандидатську дисертацію «Злочини проти людяності: міжнародно-правовий аспект» (2002 р.). Спираючись на ці праці, ми й наводили вище такі ознаки.

А от щодо змістовної характеристики інших — міжнародно-*незлочинних* — деліктів проти людяності, то певну таку характеристику можна дістати, як видається, аналізуючи практику застосування Страсбурзьким судом (далі — Суд) ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). У цій статті встановлено, зокрема, що ніхто не може бути підданий нелюдському поводженню чи покаранню.

Матеріали цієї практики є особливо цінними, оскільки допомагають з'ясувати, в яких випадках нелюдське поводження становить відносно самостійний делікт, який, з одного боку, не є тотожним «спорідненим», найближчим до нього правопорушенням (зокрема катуванню, приниженню гідності), а з другого — не вичерпується тими його конкретними різновидами, котрі відображені у міжнародно-правових актах чи у національному законодавстві.

Адже — з огляду на щойно зазначені міжнародні стандарти — жертвами посягання на людяність можуть стати не тільки колективні суб'єкти (населення або якісь його частини), а й окремі індивіди (фізичні особи). В останньому випадку такі посягання, скоріше за все, переходять вже на рівень незлочинних.

Перш ніж вдатися до аналізу незлочинних посягань на людяність, зазначимо, що, так би мовити, індивідуальна людяність потерпає від *будь-якого* порушення яких би то не було основоположних прав людини. Відповідальність за всі такі діяння завжди буде водночас і відповідальністю за їх антилюдяність. Отож у *найширшому* сенсі яке б то не було порушення основоположних прав людини вже шкодить людяності. Проте зараз нас цікавитиме спрямоване безпосередньо на фізичну особу таке посягання на людяність, яке повністю не «поглинається» чітко зазначеними у позитивному праві іншими деліктами проти особи, а є явищем *родовим* щодо всіх останніх.

Інтерпретація нелюдського поводження у рішеннях Суду. Укладачі Конвенції презюмували, що саме Суд (а раніше і Європейська комісія з прав людини) у своїй практиці визначить різницю між кожним із трьох видів деліктів, заборонених ст. 3 Конвенції: а) катуванням; б) нелюдським поводженням або покаранням і в) таким, що принижує гідність, поводженням чи покаранням. І справді, це завдання було ним виконано.

Узагальнення вітчизняними фахівцями практики Суду з цього питання дозволило зробити такі основні висновки¹:

— для того, аби нелюдське поводження становило порушення ст. 3, воно має досягнути *мінімального рівня* жорстокості. Оцінка цього рівня залежить від усіх обставин справи, зокрема від її тривалості,

¹ Детальніше див.: Буткевич В. Г. Особливості з'ясування правового змісту ст. 3 ЄКПЛ та застосування основних стандартів / В. Г. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика. – Вип. 1. – Ч. 1–2. – К., 2011. – С. 863–865, 878–879.

її впливу на фізичний чи психічний стан, а в деяких випадках від статі, віку і стану здоров'я жертви такого поводження. Отже, оцінка мінімального рівня жорстокості за своєю сутністю є відносною: вона залежить також від характеру і контексту такого поводження, способу дій і методів, в яких воно проявляється;

- стосовно особи, яка позбавлена волі, будь-яке застосування фізичної сили, яке не було викликано її власними діями, у принципі є зазіханням на право, закріплене у ст. 3 Конвенції;

- суд враховує наслідки, які мав несумісний зі ст. 3 вплив на особу. Зокрема, публічний характер покарання або поводження може бути доречним. Але разом з цим і відсутність публічності не є перешкодою тому, що б певне поводження потрапило до нелюдського: може бути цілком достатнім, що жертва принижена у своїх власних очах, навіть якщо вона не принижена в очах іншого;

- виходячи з того, що Конвенція є «живим інструментом, який має тлумачитися у світлі сьогодення», Суд вважає, що певні акти поведінки, які в минулому визначалися як нелюдське і принижуюче гідність поводження (на противагу катуванню), можуть інакше кваліфікуватися у майбутньому. Адже зростаючі стандарти у сфері захисту прав людини вимагають більшої рішучості в оцінці фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Тому, наприклад, певні дії чи утримання від них, які раніше вважалися поза сферою регламентації ст. 3, у майбутньому можуть бути визнаними в межах її регулювання саме завдяки більш жорсткому рівню оцінки;

- суд визначає мінімальний рівень жорстокості, виходячи з кумулятивного ефекту поводження стосовно конкретної жертви.

До основних критеріїв (показників) покарання, яке вважається нелюдським, належать насамперед такі:

- таке покарання має викликати страждання *особливого рівня*, що виникли під впливом насильства;

- для такої оцінки покарання слід мати на увазі не лише фізичні страждання, а й душевну пригніченість від чекання покарання в тих випадках, коли його виконання затримується;

- при такому покаранні страждання, пов'язані з ним, мають бути більшими, ніж ті, які неминуче пов'язані з цією чи іншою формою законного покарання. Наслідки покарання, які тягнуть за собою примусове підкорення вимогам кримінальної системи, у переважній частині справ, якщо не в усіх, не є покаранням нелюдським;

- при оцінці покарання увагу слід звертати на фізичні та моральні страждання, які мають досягти такого рівня, що для особи з нормальними відчуттями, з урахуванням таких факторів, як її стать, вік і здоров'я, можуть вважатися нелюдськими;
- для кваліфікації покарання як нелюдського потрібно враховувати ще й обставини справи і особливо характер та умови покарання як такого, спосіб і метод його виконання;
- непропорційно суворе, невиправдане або невідповідне покарання ув'язнених є нелюдським.

Відтак саме принцип мінімального рівня жорстокості й визначає нижню межу страждань, зазнавши яких людина вважається такою, що піддана нелюдському поводженню, забороненому ст. 3 Конвенції. (Верхню ж межею страждань, яких зазнає людина внаслідок порушення ст. 3 Конвенції, є такий вид жорстокого, так би мовити «кваліфікованого», поводження, як катування). При цьому така жорстокість має бути не зумовлена, не пов'язана безпосередньо з реалізацією законно призначеного кримінального покарання чи заходів юридичної відповідальності іншого виду, а також, скажімо, із заходами лікарняно-оздоровчого характеру.

Узагалі ж можна сказати, що жорстокість — це така властивість діяння, яка полягає в його здатності зазвичай викликати в індивіда, якого воно торкається, біологічно чи соціально необґрунтовані страждання. *Рівень* же жорстокості, мабуть, «вимірюється» силою, глибиною таких страждань — негативних (больових, хворобливих, депресивних, пригнічених тощо) відчуттів, переживань, емоцій, думок. Саме таких страждань, які становлять природний, закономірний, «узвичаєний» результат впливу діяння суб'єкта-причинителя на стан (фізичний, психічний) потерпілого.

У літературі висловлена думка про те, що «категоризація рівнів та видів «забороненого поводження або покарання» та їх криміналізація... можуть призвести скоріше до плутанини, аніж до визначеності у термінології, яка застосовується, невизначеності із градацією видів забороненого поводження тощо»¹.

І справді, у *найширшому* сенсі всі три обговорювані види деліктів є поводженням нелюдським. (Це ще у 1968 р. констатувала Європейська комісія з прав людини, розглядаючи так звану «грецьку справу».)

¹ Пушкар П. В. Заборона катувань та інші форми жорстокого поводження чи покарання: застосування практики Європейського суду з прав людини / П. В. Пушкар // Європейський суд з прав людини. Судова практика. – Вип. 1. – Ч. 3. – К., 2011. – С. 86.

Однак погодитись із наведеним поглядом навряд чи можливо. Адже якщо не вдаватись до такої категоризації, ось тоді-то й збільшується ймовірність виникнення «плутанини» і «невизначеності» при застосуванні ст. 3 Конвенції. А крім того, з'явиться підстава дорікати укладачам Конвенції в порушенні правил юридичної техніки, юридичної стилістики.

Окрім об'єктивної складової, делікт проти людяності (як, зрештою, і будь-яке правопорушення) характеризується, ясна річ, і суб'єктивною складовою та суб'єктивною передумовою останньої. Таку передумову становить принаймні байдуже (за відсутності прямого умислу), а зазвичай негуманне, зневажливе, нетерпиме, а то й вороже *психологічне ставлення* правопорушника до інших людей (людини) або до певної людської спільноти (при прямому умислі).

Інтерпретації Судом того чи іншого діяння держави-відповідача стосовно людини-заявника як поведження нелюдського сформульовані ним лише з приводу окремих конкретних життєвих ситуацій. Однак у жодному рішенні цього Суду ніколи не формулювалося (і, радше за все, не буде формулюватись) визначення загального поняття такого поведження...

Необхідність конструювання найзагальнішого поняття делікту проти людяності. Викладене, гадаємо, свідчить про регулятивну потребу все ж сформулювати — хоча б доктринально — робочу (операціональну) дефініцію гранично загального поняття деліктів проти людяності. Тобто запропонувати таке загальнотеоретичне його визначення, котре охоплювало б усі ті їх види, що на сьогодні вже відомі й згадані у міжнародному кримінальному праві та у міжнародному праві прав людини, і під яке згодом можна буде «підвести» також й інші злочинні та незлочинні делікти такого роду (якщо вони виникнуть у майбутньому).

Оскільки безпосереднім об'єктом усіх деліктів, що розглядаються, є саме людяність, то навряд чи можливо збагнути достеменно їх сутність, їхню соціально-антропну природу, не з'ясувавши, а щό ж, власне кажучи, становить собою те явище, котре відображається поняттям «людяність». Але з'ясувати це, здавалося б на перший погляд, навряд чи можливо, не звертаючись до фундаментальних положень науки про людину — до положень *антропології*.

Людяність: спроба антропологічної інтерпретації. Як перший, суто попередній, крок у пошуках розв'язання означеного завдання,

звернемося хоча б до науково-довідкових джерел словникового та енциклопедичного характеру.

І ось хіба що не єдиним з доступних нам україномовних чи російськомовних джерел такого роду виявився філософсько-енциклопедичний словник «Человек» (М.: Наука, 2000), в якому вміщено окрему статтю під назвою «Человеческая природа». Поняття про останню інтерпретується у ньому в найабстрактнішій формі як «сукупність сталих, незмінних рис, загальних здібностей і властивостей, що виражають особливості людини як живої істоти і притаманні людині розумний в усі часи незалежно від біологічної еволюції та історичного процесу»¹. Але у цьому ж тексті — після наведення поглядів відомих мислителів різних часів стосовно саме таких рис і властивостей — на закінчення робиться дещо песимістичний висновок: людська природа як певне явище, безперечно, існує, однак ми не в змозі здійснити її конкретну розшифровку, оскільки вона виявляє себе у різноманітних культурних і соціальних феноменах. Людська природа, отже, не зводиться до переліку якихось усталених ознак; зрештою сама ця природа не є застиглою. Зберігаючи себе як певна цілісність, вона, тим не менше, піддається змінам. І нарешті, заключний висновок автора цієї статті російського професора П. С. Гуревича — відомого фахівця з антропології — виглядає таким чином: «Мабуть, варто дослухатися до твердження М. Шеллера про принцип неможливості визначити людську природу. Така дефініція означала б заперечення свободи і багатоманітності людини».

Отже, як бачимо, дістати якщо й не вичерпне, то хоча би більш-менш завершене *змістове* уявлення про те, як же розуміти, витлумачувати феномен людяності (і відповідне поняття про нього), спираючись лише на сучасну антропологічну науку, є справою доволі проблематичною. Однак певною мірою її положення виявляються, так чи інакше, все ж небезкорисними задля аналізу деліктів проти людяності.

Крім того, слід зважати й на те, що самі ознаки людяності, їх наявність чи відсутність неабияк залежать від реальних природних і соціальних умов існування людини, є, зрештою, похідними від них.

¹ Отож, якщо вважати, що означені властивості існують *об'єктивно* стосовно всіх інших суб'єктів, тоді важко цілком погодись із твердженням про те, що «людяність – це природний, стихійний гуманізм. Гуманізм зрілий, цілеспрямований – це осмислена, усвідомлена людяність» (див.: Борзенко І. М. Человечность человека: Основы современного гуманизма : учеб. пособие для вузов / И. М. Борзенко, В. А. Кувакин, А. А. Кудишина. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М., 2005. – С. 390).

(Згадаємо відому афористичну сентенцію К. Маркса: аби повернути людині людське, потрібно самі умови, обставини її життя зробити людськими...) Тому, можна вважати, руйнація таких обставин теж становитиме посягання на людяність.

Основні висновки. Отож — як перший, початковий крок у напрямі розв'язання аналізованої тут проблеми — спробуємо (залучаючи й певну антропологічну аргументацію) запропонувати дефініцію гранично загального поняття про те правопорушення, яке є предметом нашого дослідження. А саме: **делікт проти людяності** — *це жорстоке ушкодження властивостей людини (біологічних, психічних, соціальних), що відрізняють її від усіх інших живих істот, або ушкодження умов її життєдіяльності, необхідних для формування, реалізації та розвитку таких властивостей, яке природно викликає її страждання.*

Але у чому ж означені властивості полягають? Якою має бути їх змістовна характеристика? Ось запитання, які видаються найважливішими. Та відповідь на них, гадаємо, зможе бути тільки-но конкретно-історичною, у певному сенсі релятивно-екзистенційною. Відтак, справді, навряд чи можна буде виявити з-поміж досліджуваних властивостей такі, котрі є (як мовиться у цитованій вище філософсько-антропологічній статті) «незмінними» в «усі часи»...

Запропонована щойно дефініція, є, ясна річ, беззаперечною, в якихось її моментах, мабуть, досить вразливою. Але зараз наша мета полягала не в тому, аби дати цілком завершене, досконале, «відшліфоване» визначення обговорюваного поняття, а у стимулюванні, імпульсуванні подальших наукових пошуків у цьому напрямі.

І останнє. Як відомо, в Україні у разі виникнення питання про притягнення до кримінальної чи до адміністративної відповідальності не дозволяється вдаватись до застосування аналогії закону або аналогії права. Тому, мабуть, варто обговорити питання про підставність включення до відповідних кодексів вказівки на санкції за скоєння *посягання на людяність* як окремого, самостійного правопорушення (бажано разом із автентичним тлумаченням поняття про такий делікт). Адже захист від таких правопорушень має здійснюватись не тільки на міжнародному, а й на національному рівні. Та оскільки такої вказівки у цих кодексах поки що немає, то мало не єдиним засобом захисту українських громадян саме від нелюдського поводження з боку держави лишатиметься їх звернення до Суду зі скаргами на порушення ст. 3 Конвенції.

Рабинович П. Человечность под защитой права (к 65-летию завершения Нюрнбергского процесса)

В статье анализируются деликты против человечности, посягательства на которые впервые были официально объявлены противоправными в документах Нюрнбергского трибунала (1945–1946 гг.). Используется практика Европейского суда по правам человека. Принимаются во внимание положения науки антропологии.

Ключевые слова: человечность, деликт против человечности, Нюрнбергский трибунал, Европейский суд по правам человека.

Rabinovich P. Humaneness under the protection of law

The article analyzes the delicts against humanness, infringement of which were for the first time announced in the documents of the Nurnberg Trials 1945-1946. The practice of the European Court of Human Rights and the statements of anthropology are invoked.

Keywords: humaneness, delict against humaneness, Nurnberg Trials, European Court of Human Rights.

УДК 340.12:061.6

В. Пилипчук, директор НДЦПІ НАПрН України, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

Системні проблеми розвитку правової науки в інформаційній сфері

Вкрай важливою і знаковою для сучасної України подією є проголошення Указом Президента України від 30.09.2010 № 926/2010 2011 року — Роком освіти та інформаційного суспільства. Це рішення, за нашими оцінками, об'єктивно продиктоване кардинальними змінами, що відбуваються в інформаційній сфері на глобальному рівні, котрі ставлять нові завдання перед наукою взагалі і правовою наукою зокрема.

Як відомо, наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. не лише у світі, а й в Україні відбулася інформаційна революція, однією з ключових особливостей якої є стрімкий розвиток інформаційно-комп'ютерних і телекомунікаційних систем та зростання значущості інформації в суспільних відносинах. Ці процеси визначають і умови становлення інформаційного суспільства, сутність якого була визначена 1993 р. Комісією Європейського Союзу: «Інформаційне суспільство — це суспільство, в якому діяльність людей здійснюється на основі використання послуг, що надаються за допомогою інформаційних технологій і технологій зв'язку»¹.

Історичний аналіз свідчить, що інформаційна сфера існувала від часу виникнення людства та суспільних відносин. Водночас питання розбудови складових інформаційного суспільства та регулювання новітніх інформаційних відносин² лише на початку 60-х років минулого століття почали опрацьовуватись в Японії. За радянських часів ще

¹ Європа і всесвітнє інформаційне суспільство. Рекомендації Європейської Ради : звіт групи М. Бангемана від 05.12.93 р. Комісії Європейського Союзу // Системна інформатизація правоохоронної діяльності: європейські нормативно-правові акти упорядкування інформаційних відносин у зв'язку з автоматизованою обробкою даних : посібник / [В. Брижко, В. Цимбалюк, М. Швець]. – Кн. 2. – К. : ТОВ “ПанТот”, 2006. – С. 444–448. – ISBN 966-96731-1-9. – Також див.: [//www.europa.eu.int/comm](http://www.europa.eu.int/comm).

² Пилипчук В. Г. Проблема врегулювання нових суспільних відносин в умовах глобальних трансформацій інформаційної сфери : Тези виступу // Інформаційне суспільство в Україні: глобальні виклики та національні можливості : матеріали круглого столу. – К. : НІСД, 2011. – С. 41–42.

1975 року відомими українськими вченими В. М. Глушковим і М. М. Амосовим уперше в світі було піднято низку фундаментальних проблем у цій сфері, а надалі до їх практичної розробки долучились переважно вчені провідних країн Західної Європи і США.

Як наслідок лише в 90-х роках ХХ ст. в умовах входження України у світовий економічний простір на загальнодержавному рівні було задекларовано потребу розвитку інформаційного суспільства та розпочато відповідні наукові дослідження переважно з проблем інформатики та інформатизації.

Поряд з цим в Україні протягом останніх 10–15 років розпочалося активне формування інформаційного законодавства, а дослідження в галузі правової інформатики заклали підґрунтя для становлення й розвитку національного інформаційного права.

За цих умов, на наш погляд, актуальними постають проблеми подальшого розвитку правової науки в умовах розбудови інформаційного суспільства та інтеграції України у світовий інформаційний простір, як це було визначено 2010 року Законом України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики».

Розглянемо найбільш ключові, системні проблеми у цій сфері.

1. За сучасних умов нагальною є потреба кардинального перегляду ролі такого фундаментального поняття, як «інформація».

Історично склалося, що суспільна думка протягом ХХ ст. переважно орієнтувалась на поняття «матерія». Водночас серед учених — представників філософських, фізико-математичних, технічних та біологічних наук часто застосовувалося інше поняття — «енергія». І лише окремі мислителі та вчені — представники ноосферної концепції еволюції біосфери і космізму, зокрема, К. Ціолковський, В. Вернадський, О. Чижевський, М. Тимофєєв-Ресовський, М. Моїсєєв, А. Урсул, А. Ракітов, Р. Абдєєв, розробники теорії соціоінформаційного простору — П. Сорокін, П. Бурдке, А. Гідденс, І. Валлерштейн та ін. поряд із зазначеними термінами значну роль відводили іншому фундаментальному поняттю — «інформація».

Природа інформації активно досліджувалась починаючи з другої половини ХХ ст., і вченими різних країн було запропоновано десятки варіантів визначення цього поняття. Водночас системною проблемою й нині залишається відсутність єдиного розуміння сутності інформації як ключової складової інформаційного суспільства та світового інформаційного простору.

За нашими оцінками, заслуговують на підтримку висновки німецького вченого В. Гітта про те, що «в будь-якій галузі науки і техніки дві величини здавна вважаються основоположними та універсальними: енергія і матерія. Але є ще одне поняття, котре є таким же широким і фундаментальним, — інформація. Ми маємо справу з інформацією на кожному кроці: в інформаційних технологіях, системах зв'язку, системах управління, у мовах, біологічних системах, в інформаційних системах живих клітин. Тому інформація правомірно вважається третьою універсальною та основоположною величиною...»¹.

Подібних висновків також дійшли Н. Вінер (один з основоположників теорії інформації та кібернетики), К. Штейнбух, І. Юзвішин та інші науковці. За їх оцінками, інформація — це інформація, вона ні матерія, ні енергія. Існуюча матерія та енергія хоча і становлять фундаментальні основи життя, але самі по собі не визначають принципової різниці між живими і неживими системами. Ця різниця, на їх погляд, визначається іншою фундаментальною основою — інформацією, властивою для всіх живих організмів.

Тобто мова йде про існування трьох фундаментальних величин — інформації, енергії та матерії, які становлять основу світобудови і мають бути базовими для сучасної науки.

2. Вкрай актуальною нині постає проблема вивчення феномену людини в контексті становлення і розвитку глобальної інформаційної сфери.

У зв'язку з цим заслуговують на увагу висновки вчених про те, що найскладнішою інформаційною системою в сучасному світі є людина, щоденний обсяг інформаційних процесів якої, як свідомих (мова, інформаційно керовані свідомі дії), так і несвідомих (інформаційно керовані функції органів, гормональна система) у мільйон разів перевищує обсяг усіх знань людства, зібраних у бібліотеках країн і народів світу. А молекули ДНК людини як носії інформації у 45 мільйонів разів ефективніші за новітні «високі» технології².

З огляну на викладене можна зробити висновок, що самою природою у сферу свідомого та несвідомого людини мають бути закладені унікальні можливості щодо сприйняття, вироблення, синтезу, аналізу

¹ Див.: Гитт В. Информация: третья фундаментальная величина [Електронний ресурс] : Тезисы докл. на 4-м Европ. Конгрессе по креационизму, 1990. – Режим доступа: <http://www.creationism.org/crimea/text/23c.htm>

² Там само.

та використання інформації, а також механізми й запобіжники протидії сучасним інформаційним засобам ураження та інформаційному насиллю.

Ці природні можливості людини, вважаємо, можуть бути активовані свідомо чи несвідомо самою людиною або соціальним середовищем, у якому вона перебуває. І саме на злам вказаних запобіжників інформаційному насиллю або їх блокування, за нашими оцінками, спрямовуються негативні інформаційно-психологічні впливи, у тому числі технології зомбування, нейролінгвістичного програмування людини тощо.

Тобто іншою актуальною проблемою в сучасних умовах глобалізації та зростання інформаційного насилля є забезпечення прав і безпеки людини в інформаційній сфері ¹.

Слід зауважити, що проблема інформаційної агресії, деструкції й насильства належить до вкрай актуальних і важливих напрямів досліджень, що мають наукове, прикладне та суспільно-політичне значення. Науковий інтерес до теоретичної розробки руйнівного й агресивного начала в людині викликаний безпрецедентним зростанням інформаційного насильства в сучасних умовах і небаченими за своїми масштабами проявами людської агресії й жорстокості. Насильство існує у відкритих і закамуйльованих формах в усіх сферах суспільного буття і має універсальний соціальний характер. Однак саме в інформаційній сфері його наслідки є вражаючими, оскільки провідна роль інформаційної складової діяльності людини над усіма іншими її формами й компонентами нині стає очевидною.

Насильство, його ідеологія і прояви, незалежно від конкретних спонукальних мотивів, є проявами культурної або соціальної патології. Рівень насильства може залежати від соціально-економічного стану суспільства, ступеня його політичної стабільності, соціально-психологічного самопочуття людей, ступеня розвитку інформаційної сфери суспільства тощо. Проблема усунення інформаційно-психологічного насильства із взаємодії людей є вирішальною для ліквідації або зведення до мінімуму інших форм насильства.

Ми, наша свідомість і підсвідомість, зазнаємо безперервного впливу дедалі зростаючих інформаційних потоків. За цих умов наші бажан-

¹ Див.: Дзьобань О. П. Інформаційне насилля та безпека: світоглядно-правові аспекти : монографія / О. П. Дзьобань, В. Г. Пилипчук ; за заг. ред. проф. В. Пилипчука. – Х. : Майдан, 2011. – 244 с.

ня є постійними об'єктами маніпуляції, а свобода нашої волі перебуває під загрозою.

Невидима діяльність з маніпуляції суспільною свідомістю змінила зовнішність світу й торкнулася практично усього людства. Якби свавілля й насильство не були обмежені моральними, релігійними, правовими та іншими нормами й механізмами, то неможливим було б існування ані суспільства, ані культури: світ людського буття перетворився би на хаос, безперервну війну всіх проти всіх.

Лише принципи й підходи, які виключають насильство як засіб вирішення будь-яких проблем, можуть створити в суспільстві умови, що показують насильство у його дійсному світлі — як збочення й відхилення від норм людських взаємин.

Із наведеного випливає головне завдання держави і права — сформувати ефективні законодавчі механізми та передумови своєчасного виявлення, запобігання, припинення чи локалізації реальних та потенційно можливих фактів (процесів) зовнішнього чи внутрішнього інформаційного насилля та негативних інформаційних впливів на свідомість людини.

Крім цього, актуальною постає проблема належного врегулювання юридичної відповідальності за вчинення злочинів та інших правопорушень в інформаційній сфері, насамперед тих, що створюють загрозу життю чи здоров'ю людини. Ця проблема, вважаємо, потребує комплексного наукового опрацювання.

3. Проблема забезпечення інформаційної безпеки в умовах глобалізації.

Рівень сучасних викликів і загроз в інформаційній сфері наочно підтверджує справедливність і виключну значущість положень ст. 17 Конституції України про те, що захист державного суверенітету і забезпечення інформаційної безпеки є однією з основних функцій держави і справою всього Українського народу.

Вкрай важливою в контексті інформаційної безпеки людини, суспільства і держави є проблема протидії інформаційним операціям та інформаційним війнам.

Для комплексного розгляду цих проблем у 2011 році за ініціативою НДЦП НАПрН України спільно з вітчизняними та іноземними партнерами — Національним інститутом стратегічних досліджень при Президентові України, Інститутом проблем реєстрації інформації НАН України, Центром інформації і документації НАТО та Інформаційним

агентством ЦК (Центр комунікацій) було проведено відповідні міжнародні наукові заходи¹.

За їх результатами слід звернути увагу на деякі ключові проблеми інформаційної безпеки:

- нині стрімко формується і розвивається глобальний інформаційний простір;

- в інформаційній сфері людства відбуваються революційні зміни і трансформації, які активізують нові глобальні виклики і загрози;

- більшість країн світу вже зіштовхнулася з кібертероризмом, кіберзлочинністю та іншими проблемами інформаційної безпеки;

- протягом останніх десятиліть спостерігається тенденція до поширення інформаційної агресії і насилля;

- набувають поширення агресивна реклама, спроби маніпуляції свідомістю людини, періодично проводяться інформаційно-психологічні операції;

- майже у 120 країнах світу (за оцінками американських експертів) ведуться розробки інформаційної зброї або її елементів (для порівняння — розробки зброї масового знищення здійснюються у майже 20 країнах);

- наслідки використання сучасної інформаційної зброї (згідно з висновками вчених та експертів Європейських країн, України, РФ і США) можуть бути зіставними із застосуванням зброї масового ураження;

- новітні виклики і загрози в інформаційній сфері становлять реальну загрозу безпеці людства та міжнародному правопорядку.

За нашими оцінками, які знайшли підтримку в ході вказаних міжнародних заходів, жодна держава світу в умовах інформаційної глобалізації не здатна самостійно забезпечити власну інформаційну безпеку.

Враховуючи зазначене, проблема інформаційного виміру колективної безпеки є вкрай важливою для більшості країн світу, які розвивають або формують інформаційні суспільства, у т.ч. й України. При цьому виникає низка системних проблем, що потребують наукового опрацювання, зокрема:

- перегляду принципів і механізмів міжнародних відносин та співробітництва в галузі інформаційної безпеки;

- пошуку балансу між правами людини та потребою суспільства і держави у забезпеченні інформаційної безпеки;

¹ Информационные технологии и безопасность: проблемы научного и правового обеспечения кибербезопасности в современном мире : материалы междунар. конф. – Киев : ИПРИ НАН Украины, 2011; Моделювання колективної безпеки: інформаційний вимір : матеріали міжнар. круглого столу. – К. : НДЦПІ НАПрН України, 2011.

– міжнародно-правового визначення ключових понять в інформаційній сфері, зокрема, розмежування понять «інформаційна безпека» та «кібербезпека», «кібертероризм» та «кіберзлочинність» тощо;

– посилення міжнародно-правової відповідальності за використання в інформаційній сфері сил і засобів, які створюють загрози життю і здоров'ю людини;

– розробки сучасних моделей інформаційної безпеки.

4. Проблема комплексного розвитку науки та освіти в інформаційній сфері.

За результатами аналізу історії науки, в інформаційній сфері умовно можемо виокремити три основні групи наукових досліджень:

– проблеми розробки новітніх телекомунікаційних та інформаційно-комп'ютерних систем і технологій;

– світоглядні, соціокультурні та комунікаційні проблеми;

– проблеми становлення та розвитку новітніх інформаційних відносин, міжнародного і національного інформаційного права.

Тобто спектр фундаментальних і прикладних проблем інформаційної сфери включає гуманітарну і технічну складові.

Першою, як зазначалося, наприкінці ХХ ст. в Україні розпочала стрімко розвиватися технологічна складова інформаційної сфери (технічні науки), що було пов'язано з необхідністю науково-технічного забезпечення формування сучасних інформаційно-комп'ютерних систем та систем телекомунікаційного зв'язку. Нині в Україні ця робота проводиться усіма державними органами та органами місцевої влади і поєднується терміном «інформатизація». Її очолює і координує Державне агентство України з питань науки, інновацій та інформатизації, а також, у межах визначеної законодавством компетенції, Національна комісія з регулювання зв'язку та Державна служба спеціального зв'язку і захисту інформації України.

Гуманітарній складовій інформаційної сфери в Україні, на жаль, приділялося значно менше уваги, хоча проблема вивчення нових суспільних та інформаційних відносин, що виникають у сучасних умовах, є вкрай актуальною. Лише останніми роками цим питанням почали приділяти увагу деякі наукові установи і навчальні заклади, експерти і вчені.

У контексті зазначеного 2008 р. згідно з рішенням Вищої атестаційної комісії України було запроваджено новий напрям наукових досліджень «соціальні комунікації», який включає сім наукових спеціальностей: теорія та історія соціальних комунікацій (27.00.01); документознавство, архівознавство (27.00.02); книгознавство (27.00.03);

теорія та історія журналістики (27.00.04); теорія та історія видавничої справи (27.00.05); прикладні соціальні комунікації (27.00.06); соціальна інформатика (27.00.07).

За цих умов юридичні науки мають здійснювати комплексні розробки, які стосуються гуманітарної і технічної складових розбудови інформаційного суспільства та проблем інтеграції України у світовий інформаційний простір. Нині це завдання покладається на нову галузь юридичної науки — інформаційне право, яке згідно з рішенням ВАК України віднесено до наукової спеціальності 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Надалі, за нашими оцінками, у міру становлення інформаційного суспільства та реалізації завдань інтеграції України до світового інформаційного простору може виникнути потреба виділення інформаційного права в окремому наукову спеціальність у галузі юридичних наук. Втім це питання потребує окремого розгляду.

З огляду на висвітлені тенденції становлення науки актуальною постає проблема розвитку вищої освіти в інформаційній сфері¹, у т. ч. підготовки наукових кадрів вищої кваліфікації, за наявності яких, особливо в гуманітарній сфері, Україна суттєво відстає від провідних країн світу. За нашими оцінками, вказана проблема потребує окремого комплексного опрацювання. Для започаткування цієї дискусії вважаємо за доцільне провести «круглий стіл», який можуть ініціювати Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» і Науково-дослідний центр правової інформатики НАПрН України за участю представників заінтересованих державних органів, закладів та установ України.

5. Системні проблеми становлення інформаційного законодавства України.

З початку 90-х років минулого століття, після проголошення державної незалежності, в Україні розпочалося активне формування національного інформаційного законодавства. За цей час прийнято значну кількість законів та інших нормативно-правових актів (понад трьох тисяч), що дозволило врегулювати найбільш важливі норми інформаційних відносин та інформаційної діяльності.

Зокрема, нині інформаційні відносини в Україні регулюються низкою системоутворюючих нормативних актів: Конституцією України,

¹ На важливості цього питання також акцентувалася увага у червні 2011 р. у ході засідання Президії НАПрН України, зокрема, у виступі Президента НАПрН України академіка В. Я. Тація.

законами України «Про інформацію», «Про мови», «Про науково-технічну інформацію», «Про телебачення і радіомовлення», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про бібліотеки і бібліотечну справу», «Про національний архівний фонд і архівні установи», «Про інформаційні агентства», «Про зв'язок», «Про національну програму інформатизації», «Про концепцію національної програми інформатизації», «Про телекомунікації», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про захист персональних даних», «Про авторське право і суміжні права», «Про державну таємницю» тощо.

Водночас, як свідчить системний аналіз, у правовому регулюванні інформаційних відносин в Україні існує ряд організаційних, процесуальних та інших проблем, які потребують комплексного опрацювання, зокрема¹:

1) нормотворча діяльність в Україні часто здійснюється за відсутності загальнодержавної системності в інформаційній сфері, шляхом фрагментарного вирішення наявних проблем в окремих законах та підзаконних нормативних актах. Мають місце суттєві розбіжності щодо розуміння структури системи законодавства у сфері інформаційних відносин та підходів до її формування;

2) різні закони та підзаконні акти, що регулюють суспільні відносини, об'єктом яких є інформація, приймалися упродовж 20 років без достатньої узгодженості понятійно-категоріального апарату і застосовують ряд термінів, які є недостатньо коректними та неоднозначно сприймаються учасниками інформаційних відносин;

3) види інформаційної діяльності знаходяться в жорстких рамках того, що прописане в Конституції України (збір, зберігання, використання, поширення), хоча сучасний електронний простір (е-простір) визначає свої, принципово інші, види діяльності (обробка, введення, виведення, передача, компіляція, відображення даних та ін.);

4) процес нормотворення в інформаційній сфері нерідко здійснюється без належного узгодження з положеннями міжнародних і європейських правових актів. Значна кількість юридичних норм, які регулюють інформаційні відносини, розпорошена по різних законах та підзаконних актах і не узгоджена між собою;

5) через неузгодженість правового регулювання різні державні органи не виправдано примушують громадян надавати значну кількість довідкової інформації з різних установ. У результаті громадяни зму-

¹ Пилипчук В. Г. Проблеми становлення і розвитку інформаційного законодавства в контексті євроінтеграції України / В. Г. Пилипчук, В. М. Брижко // Інформація і право : наук. журн. – К., 2011. – № 1(1). – С. 11–19.

шені витрачати багато часу на «ходіння» різними установами, щоб підтвердити правомірність виданих їм раніше документів або переоформити їх (оформлення комунальних платежів, пільг тощо), що також призводить до невиправданого зростання ресурсних витрат;

б) відсутнє спеціальне законодавче регулювання діяльності, пов'язаної із застосуванням Інтернету та інших телекомунікаційних систем у комерційних цілях і для надання послуг. Зазначене породжує соціальні конфлікти в інформаційних відносинах, а також істотно підвищує інвестиційні ризики і провокує відставання від темпів розвитку електронно-мережної економіки країни.

Реалізація вказаних та інших актуальних проблем, за нашими оцінками, видається неможливою без активної участі юридичної науки у формуванні державної політики в інформаційній сфері та розробці відповідних концепцій, стратегій і програм. Зазначене також має бути враховане в ході вирішення актуальної для України проблеми — систематизації національного інформаційного законодавства.

6. Із розгляду вказаних та інших проблем, що стосуються становлення й розвитку глобальної інформаційної сфери, формування інформаційного суспільства та інтеграції України у світовий інформаційний простір, комплексною постає проблема визначення пріоритетних напрямів правових досліджень в інформаційній сфері.

Ця проблема, за ініціативою або за участю Науково-дослідного центру правової інформатики з правами науково-дослідного інституту НАПрН України, активно обговорювалась наприкінці 2010 — у першому півріччі 2011 р. в ході низки загальнодержавних та міжнародних заходів за участю провідних експертів і вчених, представників Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, заінтересованих державних органів, установ та організацій¹.

При цьому було взято за основу:

– потреби становлення й розвитку інформаційного суспільства в Україні;

¹ Проблеми та пріоритети розвитку правової науки в інформаційній сфері : матеріали круглого столу. – К. : НДЦПІ НАПрН України, 2010; Інформаційне суспільство в Україні: глобальні виклики та національні можливості : матеріали круглого столу. – К. : НІСД, 2011; Інформаційне суспільство: право – інновації – бізнес : матеріали круглого столу. – К. : Академпрес, 2011; Информационные технологии и безопасность: проблемы научного и правового обеспечения кибербезопасности в современном мире : материалы междунар. конф. – Киев : ИПРИ НАН Украины, 2011; Моделювання колективної безпеки: інформаційний вимір : матеріали міжнар. круглого столу. – К. : НДЦПІ НАПрН України, 2011 та ін.

– завдання, визначені Конституцією і законами України, що потребують реалізації в інформаційній сфері;

– Пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2011–2015 роки, затверджені 24 вересня 2010 року Загальними зборами Національної академії правових наук України;

– рекомендації проведених конференцій, семінарів та круглих столів.

За результатами вивчення цієї проблеми вважаємо за необхідне зосередити подальші наукові дослідження в інформаційній сфері на таких основних напрямках:

1) проблеми теорії та історії інформаційного права (дослідження теоретико-правових основ становлення і розвитку інформаційного суспільства, актуальних проблем теорії інформаційного права, теорії і практики забезпечення прав і свобод людини і громадянина в інформаційній сфері, відповідного міжнародного та історичного досвіду);

2) правові проблеми інформаційної діяльності (дослідження актуальних суспільно-правових проблем інформаційної діяльності, розвитку інформаційного законодавства та імплементації норм міжнародного інформаційного права в законодавство України, юридичної відповідальності за злочини та інші правопорушення в інформаційній сфері);

3) проблеми системної інформатизації законотворчої діяльності (дослідження актуальних проблем правової інформатики, методології системної інформатизації законотворчої діяльності, розробка, впровадження і забезпечення підтримки інформаційно-аналітичних підсистем е-парламенту та е-уряду, як складових інформаційного суспільства, електронних систем і баз даних у галузі держави і права);

4) правові проблеми інформаційної безпеки (дослідження викликів і загроз національній безпеці в інформаційній сфері та міжнародно-правових проблем інтеграції України у світовий інформаційний простір, актуальних правових проблем забезпечення безпеки людини, суспільства і держави в інформаційній сфері).

Саме на вказаних пріоритетних напрямках наукових досліджень планується надалі зосередити зусилля Науково-дослідного центру правової інформатики з правами науково-дослідного інституту НАПрН України.

Водночас з метою подальшого розвитку та координації правових досліджень в інформаційній сфері згідно з рішенням Президії НАПрН України від 30.06.2011 № 78/10 у складі Відділення державно-правових наук та міжнародного права НАПрН України було створено Координаційне бюро з інформаційного права та інформаційної безпеки, забезпечення діяльності якого покладено на НДЦПІ НАПрН України.

У цілому, за нашими оцінками, суть проблеми полягає у такому:

1) у сучасних умовах глобалізації країни світу розподілилися на держав — виробників інформаційних технологій, послуг та інформаційних ресурсів, а також на держави, які переважно є споживачами цих технологій і послуг;

2) у питаннях розбудови інформаційного суспільства, нормативно-правового врегулювання новітніх інформаційних відносин, а також створення необхідного наукового потенціалу Україна суттєво відстає від провідних країн світу;

3) кардинальний перегляд державної, наукової і науково-технічної політики в інформаційній сфері є важливою передумовою виживання і подальшого розвитку України як суверенної держави в сучасних умовах глобалізації, розбудови інформаційного суспільства та інтеграції у світовий інформаційний простір.

Слід також зауважити, що висловлені у запропонованій статті висновки і пропозиції є запрошенням до подальшої наукової дискусії щодо розвитку правової науки і науки загалом в інформаційній сфері. Надалі, вважаємо, пріоритетні напрями правових досліджень у цій сфері мають бути розглянуті на засіданні Координаційного бюро з інформаційного права та інформаційної безпеки і загальних зборах НАПРН України.

Пилипчук В. Системные проблемы развития правовой науки в информационной сфере

Рассмотрены системные проблемы становления и развития науки в информационной сфере, акцентировано внимание на трех фундаментальных величинах – информации, энергии и материи, проблемах развития информационного законодательства, обеспечения информационной безопасности, а также на приоритетных направлениях правовых исследований в информационной сфере.

Ключевые слова: информационное общество, информационная сфера, информационное право, информационное законодательство, информационная безопасность, права и безопасность человека.

Pylypchuk V. Systemic problems in the development of legal science in the sphere of information

Consider systemic problems of becoming and development of science in the information area, attention to the three fundamental values - information, energy and matter, which form the basis of the universe, the problems of information legislation and information security, priority areas of legal research in the information sphere.

Keywords: information society, information area, information legislation, information law, information security, law and human security.

УДК 340.134 (477)

Є. Гетьман, кандидат юридичних наук,
начальник відділу координації право-
вих досліджень апарату президії НАПрН
України

Предмет, об'єкт та суб'єкти кодифікації законодавства України

Для розуміння сутності такої категорії, як «кодифікація» необхідно визначитися з її предметом, об'єктом, а також із суб'єктами такої діяльності. Аналіз юридичних монографічних і навчальних джерел свідчить про недостатню вивченість цього питання, а також про існування досить різноманітних поглядів та позицій стосовно предмета, об'єкта та суб'єктів кодифікації.

Разом із тим необхідно наголосити на тому, що такі поняття, як предмет та об'єкт, у більшості випадків ототожнюються один з одним, що також є серйозним недоліком для їх розуміння у кодифікаційному процесі нашої держави.

Так, у Великому тлумачному словнику сучасної української мови об'єкт визначається як явище, предмет, особа, на яких спрямовано певну діяльність, увагу і т. ін. Предмет — це те, на що спрямована пізнавальна, творча, практична діяльність кого-, або чого-небудь¹. Ототожнення предмета з об'єктом також можна зустріти в Новітньому словнику іншомовних слів, в якому зазначається, що об'єктом є предмет, який складає частину зовнішнього, матеріального світу².

Розмежування предмета та об'єкта має важливе значення при проведенні робіт з кодифікації законодавства України, оскільки надає можливість органу, що проводить таку діяльність, визначитися, на що саме спрямовані його дії й що саме підлягає кодифікації.

Дослідження предмета кодифікації законодавства відбувалося в юридичній літературі минулого. У більшості випадків науковці під предметом кодифікації вбачали юридичні норми. Наприклад, С. С. Алексєєв предметом впорядкування при кодифікації називав

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпін'я: ВТФ «Перун», 2004. – С. 635.

² Новейший словарь иностранных слов и выражений. – М.: ООО «Изд-во АСТ»; Мн.: Харвест, 2002. – С. 576.

юридичні норми¹. Н. О. Лопашенко предметом кодифікації кримінально-правових норм називає норми, що раніше були законодавчо закріплені в Основах законодавства, окремих законах та кодексах. Предметом кодифікації виступають також норми, створені під час здійснення кодифікації, необхідність уведення яких обумовлена вимогами суспільного життя². Д. А. Керімов у своїх роботах доходить висновку, що предметом кодифікації стають не лише юридичні норми, а й юридичні інститути, причому незалежно від того, в яких актах вони містилися раніше³.

На особливу увагу заслуговує думка О. Ф. Шебанова, який предметом кодифікації законодавства називав не правові норми, а певну групу нормативно-правових актів, яка повинна являти собою певну систему, наділену ознаками галузі законодавства. Автор також підкреслював, що предметом кодифікації може стати не вся галузь законодавства, а окрема її частина, яка охоплює один або декілька правових інститутів⁴. Подібну точку зору можна спостерігати і в сучасних дослідженнях. Наприклад, Т. М. Ямненко, досліджуючи проблему кодифікації фінансового законодавства України, наголошує на тому, що предметом кодифікаційної обробки стає система нормативно-правових актів, що наділена властивостями фінансового законодавства⁵. Зовсім інший підхід до розуміння предмета кодифікації можна спостерігати у працях С. М. Братуся та І. С. Самощенко, які під предметом розуміли радянське законодавство⁶.

Досліджуючи проблему кодифікації кримінального законодавства України, В. К. Гришук вперше починає розмежувати такі поняття, як «предмет» та «об'єкт» кодифікації. У своїх працях автор наголошує на тому, що об'єктом теорії кодифікації кримінального законодавства є

¹ Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / А. А. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК «Велби», «Проспект», 2008. – С. 254.

² Лопашенко Н. А. Принципы кодификации уголовно-правовых норм : монография / Н. А. Лопашенко. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1989. – С. 19.

³ Законодательная техника / под ред. Д. А. Керимова. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1965. – С. 122.

⁴ Шебанов А. Ф. Система законодательства как научная основа кодификации / А. Ф. Шебанов // Сов. государство и право. – 1971. – № 12. – С. 34–35.

⁵ Ямненко Т. М. Кодифікація та інкорпорація фінансового законодавства / Т. М. Ямненко // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – Вип. 17. – К. : Ін-т держави і права НАН України, 2002. – С. 288.

⁶ Братусь С. Н. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / С. Н. Братусь, И. С. Самощенко. – М., 1962. – С. 24.

кодифікаційна діяльність як вид суспільно корисної діяльності, комплекс суспільних відносин, а її предметом виступає вдосконалення форми та змісту діючого кримінального законодавства¹. У зв'язку з цим автор робить висновок, що об'єктом кодифікаційної діяльності є діюче кримінальне законодавство, а також кримінально-правові норми, створені в процесі кодифікації.

У свою чергу, предметом кодифікаційної діяльності можуть бути: 1) форма кримінального законодавства; 2) зміст кримінального законодавства (на рівні галузі, інституту, окремих кримінально-правових норм)². Таким чином, В. К. Гришук, на відміну від усіх розглянутих вище підходів, під предметом розуміє не правові норми, а форму та зміст законодавства.

Аналіз юридичної літератури минулого дозволяє вести мову про те, що хоча в них проблемі кодифікації законодавства приділялася значна увага, проте питання, пов'язані з предметом та об'єктом кодифікаційної діяльності, або взагалі не розглядалися, або в поглядах науковців існували значні розбіжності щодо них. Крім того, у більшості випадків увага науковців була зосереджена на вивченні та дослідженні предмета кодифікації, і зовсім менше уваги приділялося її об'єкту, що певною мірою перешкоджало правильному розумінні такої діяльності.

Сучасні дослідники, у більшості випадків, також доходять висновку, що предметом кодифікаційної діяльності стають виключно правові норми. Так, Н. М. Пархоменко зазначає, що предметом кодифікаційної діяльності виступають приписи правових норм (зміст права), на відміну від інкорпорування, де предметом є нормативно-правові акти (форма права)³. Майже так само предмет кодифікації розглядається в юридичній енциклопедичній літературі, де наголошується на тому, що кодифікація має справу з правовими приписами та юридичними інститутами⁴. О. Ю. Рибаків при дослідженні теоретичних проблем кодифікації трудового права Росії предметом кодифікаційної обробки на-

¹ Гришук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії, методології та теорії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / В. К. Гришук. – К. : Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1992. – С. 24.

² Там само.

³ Пархоменко Н. М. Кодифікація законодавства: теоретико-історичні аспекти / Н. М. Пархоменко // Часопис Київ. ун-ту права. – 2005. – № 3. – С. 8.

⁴ Юридична енциклопедія : в 6 т. – Т. 3 / [Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998. – С. 140.

живає норми федерального законодавства, а також норми законодавства суб'єктів Російської Федерації¹.

Дещо ширше тлумачить предмет кодифікації О. І. Ющик, який відносить до останнього систему юридичних норм, до яких належать правовий інститут, галузь, система законодавства².

І. О. Федоров пропонує відносити до об'єкта кодифікації адміністративно-деліктного законодавства матеріальні та процесуальні норми, що регулюють адміністративну відповідальність ізсередини, та адміністративно-деліктне законодавство — як зовнішній їх прояв. Таким чином, на думку автора, предмет повинен конкретизувати об'єкт кодифікації й мати практичну спрямованість. Предметом кодифікації, зазначає І. О. Федоров, може виступати: 1) зміст адміністративно-деліктних норм, який слід класифікувати на рівні відповідних інститутів адміністративної відповідальності; 2) форма адміністративно-деліктного законодавства³.

Підбиваючи підсумок напрацюванню вчених-юристів, необхідно наголосити на тому, що предмет та об'єкт кодифікації слід розрізняти один від одного, спираючись на філософське тлумачення вказаних категорій. Так, під об'єктом у Філософському енциклопедичному словнику розуміється те, що протистоїть суб'єкту, на що спрямована його пізнавальна діяльність, у свою чергу, предмет визначається як те, що володіє будь-якою властивістю⁴. Виходячи із зазначених розумінь, об'єктом кодифікаційної обробки, тобто тим, на що спрямована пізнавальна діяльність суб'єкта кодифікації, є норми права матеріального та процесуального характеру, тобто загальнообов'язкове правило поведінки, що надає учасникам суспільних відносин юридичні права та накладає на них юридичні обов'язки, а також, як зазначають В. К. Гришук та І. О. Федоров, галузь законодавства, що кодифікується.

Поділяючи погляди В. К. Гришука та І. О. Федорова, необхідно наголосити на тому, що предмет кодифікації повинен конкретизувати об'єкт, у зв'язку з чим предметом кодифікації стає, по-перше, зміст

¹ Рыбаков А. Ю. Теоретические проблемы кодификации в трудовом праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / А. Ю. Рыбаков. – М. : Моск. юрид. акад., 2008. – С. 20.

² 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. : Парлам. вид-во, 2007. – С. 74-75.

³ Федоров І. О. Кодифікація адміністративно-деліктного законодавства України : монографія / І. О. Федоров. – Запоріжжя : ТОВ ВПО «Запоріжжя», 2006. – С. 70.

⁴ Философский энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА, 1998. – С. 313, 360.

норм, тобто сукупність мовних символів, за допомогою яких передається воля законодавця, а, по-друге — форма конкретної галузі законодавства (кодекс, Основи законодавства та ін.).

Поряд із предметом та об'єктом кодифікації законодавства використовуються відповідні методи кодифікаційної обробки. Французький вчений Р. Кабр'як наголошує на тому, що кодифікація може здійснюватися двома методами, до яких він відносить кодифікацію-компіляцію, тобто просте зібрання діючих правових норм і приведення їх у відповідну форму, та кодифікацію-реформу, у результаті якої до зібраних правових норм вносяться істотні зміни¹. Зазначена позиція автора пояснюється насамперед тим, що в зарубіжній юридичній літературі не використовується таке поняття, як «інкорпорація», тобто об'єднання нормативно-правових актів без заміни змісту норм, що в них вміщені, у зв'язку з чим інкорпорація та кодифікація фактично ототожнюються одна з одною. З огляду на це, на нашу думку, не можна вести мову про такий метод кодифікації, як кодифікація-компіляція, оскільки він являє собою таку форму систематизації, як інкорпорація. Також необхідно наголосити на тому, що кодифікація, у нашому розумінні, вносить істотні зміни у правове регулювання суспільних відносин, тому вона виступає певною реформою відповідних суспільних відносин.

Наступним важливим питанням, пов'язаним із кодифікацією законодавства, є визначення кола суб'єктів такої діяльності. У загально-філософській науці суб'єкт визначається як позначення психолого-теоретико-пізнавального «Я», що протистойть чомусь іншому (предмету, об'єкту)².

Питання стосовно суб'єктів кодифікації законодавства у вітчизняних доктринальних положеннях є недостатньо вивченим. Також, якщо брати до уваги діюче законодавство, можна дійти висновку, що коло суб'єктів кодифікаційної обробки не визначено на законодавчому рівні. Така позиція негативно впливає на сам процес кодифікації, оскільки не окреслюється коло уповноважених на те органів державної влади, діяльність яких спрямована на впорядкування чинного законодавства.

Якщо звернутися до досвіду минулих років, то у більшості випадків для проведення кодифікації створювався єдиний уповноважений

¹ Кабр'як Р. Кодификации / Р. Кабр'як ; пер. с фр. Л. В. Головки. – М. : Статут, 2007. – С. 289.

² Философский энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА, 1998. – С. 441.

на те орган державної влади. У Радянському Союзі до цих органів належали відповідні кодифікаційні комісії¹.

Розглядаючи безпосередньо кодифікаційну діяльність у кримінальному праві, В. К. Гришук наводить значно ширше коло суб'єктів. Насамперед пояснюється це тим, що вчений поділяє кодифікацію на офіційну та неофіційну. Тому при неофіційній кодифікації суб'єктом може бути будь-хто, а при офіційній таке коло обмежене. На думку автора, на загальнодержавному рівні кодифікація може бути здійснена спеціально уповноваженим державним органом, науковою установою, групою вчених та практиків, народними депутатами, всім українським народом².

Зазначена позиція автора піддалася гострій критиці з боку О. Я. Рогача та Ю. М. Бисаги, які зазначали, що кодифікація може здійснюватися лише в офіційному порядку. У зв'язку з цим суб'єктами кодифікаційної обробки стають органи законодавчої та виконавчої влади, до яких належать: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, міністерства та відомства, місцеві органи державної влади. Наукові установи впливають на розвиток кодифікаційної діяльності, але не можуть виступати суб'єктами кодифікації³.

І. О. Федоров відносить до суб'єктів кодифікації адміністративно-деліктного законодавства законодавчий орган країни, а саме Верховну Раду України, а також учасників кодифікаційного процесу, яких він поділяє на офіційних і неофіційних. Офіційними учасниками, на думку автора, є: суб'єкти права законодавчої ініціативи, комітети (комісії) Верховної Ради України, робочі групи з підготовки проекту відповідного кодифікованого акта, склад та повноваження яких затверджується на офіційному рівні. До неофіційних учасників автор відносить наукові установи, вчених-юристів, практичних діячів у сфері юриспруденції, тобто більшою мірою юридичну громадськість, та неюридичну, але зацікавлену громадськість⁴.

При розгляді суб'єктів кодифікації Р. Кабр'як наголошує на тому, що ними стають органи, до компетенції яких входить прийняття таких

¹ Гусев Ю. И. Об опыте подготовки Свода законов СРСР / Ю. И. Гусев // Сов. государство и право. – 1970. – № 2. – С. 103–107.

² Гришук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії, методології та теорії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / В. К. Гришук. – К.: Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1992. – С. 25.

³ Рогач О. Я. Кодифікаційні акти в системі законодавства України: монографія / О. Я. Рогач, Ю. М. Бисага. – Ужгород: Ліра, 2005. – 23.

⁴ Федоров І. О. Кодифікація адміністративно-деліктного законодавства України: монографія / І. О. Федоров. – Запоріжжя: ТОВ ВПО «Запоріжжя», 2006. – С. 73–74.

актів, тобто парламент, а також уряд¹. Разом із тим вчений вказує на те, що зазначені органи у зв'язку з виконанням інших завдань не мають часу для того, щоб займатися кодифікаційними роботами, тому у більшості випадків така діяльність здійснюється іншими органами, а саме Вищою комісією з кодифікації права².

На нашу погляд, в Україні також необхідно створити спеціально уповноважену комісію з питань кодифікації законодавства, тобто орган, що буде спрямовувати свої дії, по-перше, на об'єднання нормативно-правових актів, а також норм, що в них містяться, в єдину систему, і, по-друге — на переробку змісту таких норм, після чого проект кодифікаційного документа буде направлений на затвердження до уповноваженого органу. На доцільність створення в Україні такої комісії наголошував на першій Всеукраїнській конференції з питань кодифікації Ф. Бурчак, який вказував, що така комісія повинна спрямовувати свої дії на опрацювання всіх кодексів³. Зі свого боку С. Головатий наголосив на тому, що кодифікаційна комісія «повинна здійснювати координацію, займатися методологією, загальними підходами, концептуально вирішуватиме, як рухати весь законодавчий процес в Україні»⁴. І, нарешті, як результат у висновках-рекомендаціях даної конференції пропонувалось покласти на комісію з питань кодифікації такі функції:

- 1) визначення стратегічного напрямку, конкретних шляхів забезпечення кодифікаційних робіт в Україні;
- 2) здійснення координації при доопрацюванні галузевих і міжгалузевих кодифікаційних актів;
- 3) виконання ролі соціальної ланки між парламентсько-урядовими структурами і науковцями різних наукових і навчальних установ і закладів України;
- 4) проведення експертиз законодавчих актів⁵.

¹ Кабрияк Р. Кодификации / Р. Кабрияк ; пер. с фр. Л. В. Головки. – М. : Статут, 2007. – С. 311–312.

² Там само.

³ Бурчак Ф. Роль і значення кодифікації законодавства в розбудові правної системи України : [виступ на Першій всеукр. конф. з питань кодифікації українського законодавства, 29–30 червня 1993 р.] / Ф. Бурчак // Укр. право. – 1994. – Число 1. – К. : Укр. Правнича Фундація, 1994. – С. 13.

⁴ Головатий С. Доповнення на першій Всеукраїнській конференції з питань кодифікації законодавства, 29–30 червня 1993 р. / С. Головатий // Українське право. – 1994. – Число 1. – К. : Укр. Правнича Фундація, 1994. – С. 21.

⁵ Висновки-рекомендації Другої всеукраїнської конференції з питань кодифікації українського законодавства // Укр. право. – 1994. – Число 1. – К. : Укр. Правнича Фундація, 1994. – С. 44.

Разом з тим така комісія має стати не постійно діючим органом, а тимчасовим, яка буде збиратися тільки за умови проведення кодифікації відповідної галузі, підгалузі або інституту законодавства. Крім того, до її складу бажано включати фахівців з тієї галузі, яка підлягає кодифікації, оскільки саме вони наділені відповідними теоретичними знаннями, практичними навичками застосування відповідних норм у певній сфері суспільних відносин. Саме ця обставина надасть можливість створити найбільш повний, досконалий за своїм змістом і стабільний кодифікаційний акт.

Аналіз зазначених вище положень дозволяє вести мову про те, що суб'єктами кодифікації законодавства стають органи державної влади, уповноважені здійснювати діяльність, пов'язану з нормотворенням. На сьогоднішній день такими органами є Верховна Рада України, Кабінет Міністрів, міністерства, органи місцевого самоврядування, підприємства, організації (статuti підприємств), а також народ України у разі винесення кодифікаційного документа на всеукраїнський референдум.

Гетьман Е. Предмет, объект и субъекты кодификации законодательства Украины

В статье анализируются научные взгляды на предмет, объект и субъектов кодификации законодательства. Определено, что предметом кодификации становятся нормы материального и процессуального права, а также отрасль права, подлежащая кодификации. Объектом кодификации выступает содержание норм права, то есть совокупность словесных символов и форма кодифицированной отрасли права. Также предлагается создать в Украине единый орган по кодификации законодательства.

Ключевые слова: нормотворчество, систематизация, кодификация, субъекты кодификации.

Getman E. Subject, object and subject of the codification of the legislation of Ukraine

The paper analyzes the scientific views on the subject, object and subjects codification of legislation. Specifically, the object of codification stayut the substantive and procedural law, as well as the branch of law which is subject to codification. The object of codification of the law serves the content, that is, the set of verbal symbols and the form of a codified field of law. It is also proposed to create in Ukraine a single body for the codification of the law.

Keywords: rule-making, classification, codification, the codification of the subjects.

УДК 340.12:341.171

Х. Якименко, кандидат юридичних наук,
м.н.с. Інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН
України

Наднаціональна організація влади і державний суверенітет: проблеми співвідношення

Найсуттєвішою політичною та юридичною умовою існування держави як територіальної організації населення є її суверенітет. Останніми десятиріччями суверенітет як невід'ємна властивість держави під дією процесів глобалізації та інтеграції зазнає певних трансформацій. Всеосяжний розвиток глобалізації, охоплюючи всі виміри суспільного життя — економічний, політичний, соціокультурний, науково-технічних, інформаційно-комунікативний, змінює усталений світовий економічний порядок, систему світової політики та характеристики її ключових учасників, якими передусім є держава. Як наслідок не може не зазнати певних перетворень і така властивість інституту державності, як суверенітет, оскільки уявлення про останній, зазнаючи змін, визначають його як своєрідний синдром розвитку людства¹. Тому сьогодні уявлення про державний суверенітет дещо відрізняються від його розуміння за часів підписання Вестфальських угод 1648 р. Така історична трансформація актуалізує дослідження, присвячені проблемам еволюції теорії і практики державного суверенітету, а також специфіки його реалізації в умовах побудови наднаціональних організацій влади. Окремі аспекти цієї проблеми досліджували у своїх працях М. В. Буроменський, М. М. Гнатівський, Н. С. Анденко, І. В. Кравчук, Л. А. Луць, В. І. Сало, І. В. Яковюк та ін.

У сучасній юридичній науці існують різні підходи до питання щодо часу виникнення державного суверенітету². На нашу думку, більш

¹ Див.: Эбзеев Б. С. Российский федерализм: равноправие и асимметрия конституционно-правового статуса субъектов / Б. С. Эбзеев, Л. М. Карапетян // Государство и право. – 1995 – № 3. – С. 5.

² Л. Ю. Черняк, досліджуючи питання виникнення й еволюції державного суверенітету, доходить висновку, що в сучасній юридичній науці склалося чотири основні позиції. Згідно з першою, найпоширенішою, суверенітет виникає одночасно з державою як її іманентна властивість бути верховною владою всередині країни і незалежною від інших держав. Згідно з другим підходом, він виникає на певному етапі розвитку держави як показник монополізації в руках держави верховної влади і владного примусу. Розробники третьої позиції вважають, що він виникає одночасно із суспільством, а четвертої – до виникнення народу і держави (див.: Черняк Л. Ю. Общетеоретические проблемы государственного суверенитета : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Любовь Юрьевна Черняк. – Челябинск, 2007. – С. 14–15).

обґрунтованим є підхід, згідно з яким заснування категорії «суверенітет», зміцнення відповідного принципу відбувалося в умовах подолання феодалної роздробленості державної влади і централізації численних напівавтономних і автономних провінцій і общин. Доки церква виконувала в суспільстві інтегральні і квазідержавні функції, говорити про суверенітет держави було важко. Отже, як зазначає О. Бруннер, про суверенітет і державну централізацію можна говорити лише стосовно Нового часу¹.

Основні тези сучасного розуміння суверенітету були обґрунтовані Ж. Боденом. У книзі «Шість книг про республіку» (1576) він проаналізував сутність держави через поняття «суверенітет». На його думку, суверенітет — це «абсолютна і постійна влада», «найвища влада еліти»². Вона єдина, неподільна й не обмежена будь-чим. Він стверджував, що джерелом державного суверенітету є народ. Боден робить висновок, що верховну і постійну владу над громадянами з правом життя і смерті народ може передати одному з громадян без будь-яких обмежень так само, як це може зробити власник, що хоче когось обдарувати³. Типологію державного ладу Боден встановлює залежно від того, хто в державі є «утримувачем суверенності»⁴. Без перебільшення, Ж. Боден, що розробив ідею державного суверенітету, можна назвати також одним із засновників ідеї національної держави. На його думку, територіальна національна держава є тим центром зосередження могутності й влади, який не обмежений ні у своїй владі, ні у своїх функціях, ані у часі⁵.

Концепція суверенітету, що за чотири століття поступово набула більш-менш усталеного змісту, в епоху Новітнього часу знову викликала гострі дискусії з приводу питання про сутність і межі державного суверенітету. Особливої актуальності вони набули останніми десятиліттями, коли у зв'язку зі створенням Євросоюзу місце і роль держави як головного суб'єкта влади і носія суверенітету зазнали переоцінки та перегляду у дослідженнях багатьох правознавців і політологів. З цього приводу слід

¹ Див.: Диденко Н. С. Трансформация политико-правового содержания государственного суверенитета на рубеже XX–XXI вв. (теоретико-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Николай Сергеевич Диденко. – Ростов н/Д., 2006. – С. 14.

² Див.: Гаджиев К. Политическая философия / К. Гаджиев. – М.: ОАО Экономика, 1999. – С. 53.

³ Там само. – С. 138.

⁴ Основи політичної науки: курс лекцій / за ред. Б. Кухти. – Львів : Кальварія, 1996. – Ч. 1. – С. 122.

⁵ Гаджиев К. Политическая философия / К. Гаджиев. – М.: ОАО Экономика, 1999. – С. 122.

зазначити, що неправильно стверджувати, що існує нагальна потреба в розробці нової теорії державного суверенітету або відмова від нього взагалі, точніше буде сказати, що існує потреба в оновленні існуючої теорії з метою приведення її у відповідність до нових реалій.

Специфіка сучасної ситуації щодо реалізації державного суверенітету обумовлена значним збільшенням кількості суб'єктів світової політики внаслідок інтенсивного розвитку процесів глобалізації та інтернаціоналізації, що призводить до посилення економічної та політичної інтеграції, створення численних міждержавних і міжнародних неурядових організацій. Кількісні та якісні зміни у міждержавних відносинах за умов глобалізації, а також сегментація світової спільноти на державні та недержавні суб'єкти надають актуальності проблемі уточнення ролі й статусу держави у міжнародних відносинах. Окрім того, що на сучасному етапі розвитку держава втратила роль єдиного гравця на світовій арені, її ще фактично все частіше намагаються позбавити ролі провідного суб'єкта такі потужні міждержавні організації, як ООН, ЄС, ВТО, НАТО тощо. Починаючи з другої половини XX ст. до сфери міжнародних відносин дедалі активніше долучаються міжнародні організації, транснаціональні корпорації, великі міста, транскордонні регіони, етнічні меншини, професійні асоціації, соціальні рухи, релігійні та правозахисні організації тощо. Як наслідок у сучасній глобалізованій світовій політиці можливості держави здійснювати контроль за міжнародною політикою обмежуються, а отже, послаблюються й можливості виключно самостійно реалізовувати свої суверенні права.

Однак попри ці тенденції саме держава, як найбільш легітимна і ефективна організація влади, що здатна акумулювати і оперативно застосувати потужний владний ресурс для вирішення всього комплексу суспільних проблем, залишається провідним суб'єктом світової політики. Разом з тим, безумовно, слід визнати, що різні держави неоднаково успішно адаптуються до нових умов і глобальних викликів. У цих умовах зазнає змін сфера втілення суверенітету держави — вона може розширюватися або звужуватися, переходячи на якісно нові рівні реалізації. Прискорена інтеграція національних економік у глобальні фінансові ринки, прозорість кордонів, зростання обсягів міжнародної торгівлі — всі ці та інші фактори поступово роблять держави дедалі взаємозалежнішими, змушуючи їх все частіше узгоджувати реалізацію своїх функцій з міждержавними організаціями політичного, економічного та військового спрямування. У результаті стосовно так званих цивілізованих

держав простежується тенденція, яка полягає в їх піднесенні на якісно новий рівень регулювання суспільних відносин, що передбачає їх перетворення з безпосереднього постачальника державних послуг на менеджера щодо їх надання. У цьому випадку повноваження щодо реалізації державних функцій розподіляються між державою, інститутами громадянського суспільства, регіонами в її складі та наднаціональними організаціями влади, які наділені національними урядами держав-членів широкою компетенцією для їх здійснення.

Взаємовідносини між державою та недержавними організаціями (як внутрішньодержавними, так і міжнародними) традиційно є складними і суперечливими. Деякі недержавні структури (передусім ідеться про організовану злочинність або сепаратистські угруповання) діють усупереч державі і відповідно підривають її суверенітет. Деякі недержавні організації (спектр таких організацій дуже широкий: наднаціональні, міждержавні, регіональні всередині держави тощо), навпаки, діють в інтересах держави, допомагаючи їм реалізовувати її функції та оптимізувати взаємодію як між регіонами всередині держави, так і на міждержавному рівні. Отже, недержавні організації можуть як конкурувати з державною владою, підриваючи її суверенітет, так і доповнювати її зусилля, а інколи частково (шляхом делегування або з мовчазної згоди) перебирати на себе її повноваження щодо реалізації окремих суверенних прав.

Загальновідомо, що суверенітет держави передбачає реалізацію двох аспектів: по-перше, здатності держави самостійно здійснювати свою владу на території, окресленій державним кордоном або позначений іншими ознаками належності до державної території, яку держава контролює, і по-друге, спроможність самостійно приймати рішення в міжнародних відносинах¹. Тобто державний суверенітет можна трактувати як здатність держави чинити ті або інші дії без формальної підпорядкованості іншій владі. Саме виходячи із такої трактовки, виникає проблема визначення співвідношення суверенітету держави із наднаціональною організацією влади, у функціонуванні якої вона бере участь². Адже непідлеглість держави іншій вищій владі традиційно роз-

¹ Див.: Загальна теорія держави і права : підручник / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. А. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2008. – С. 80–82; Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций. – 2-е изд., доп. / А. В. Поляков. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 514–515.

² Див.: Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров. – М. : Юринформцентр, 2000. – С. 211.

глядається як основоположна вимога реалізації державного суверенітету. Проте сучасна демократична правова держава обмежена різними інституціями — народним суверенітетом, правами людини, правом тощо. У ХХ ст. саме на основі дотримання цих вимог були побудовані відносини між державами Європи та поширені на інші країни світу, а сформована на її основі міждержавна система відносин стала універсальною. Однак паралельний розвиток міжнародних організацій, участь в яких саме передбачає певне самообмеження державою свого суверенітету, породив питання щодо узгодження цих різноспрямованих вимог.

Особливого значення згадана проблема набула під час визначення подальшого вектору розвитку європейських держав у другій половині ХХ ст. Є очевидним, що популярність ідеї суверенітету традиційно зростала у періоди посилення загроз цілісності та незалежності країн. З іншого боку, питання європейського об'єднання також набувають актуальності для політиків і європейських народів саме під час протистояння держав, посилення загрози знищення системи європейських цінностей.

Через страхіття Другої світової війни серед європейців, як ніколи раніше в історії, стрімко зростала популярність ідеї поступитися державним суверенітетом заради створення європейської федерації як гаранта забезпечення миру, безпеки і стабільності. Після війни країни Європи впритул наблизилися до вироблення об'єднаних концепцій, вважаючи інтеграцію найефективнішим чинником об'єднання на федеративних засадах¹. Прихильники конфедеративного шляху розвитку Європи надавали перевагу меншому рівню інтегрованості. Основним гарантом додержання державного суверенітету в такому випадку мало б стати право вето, яке дало б змогу заблокувати рішення конфедеративних органів, що не відповідали інтересам суб'єктів конфедерації.

Повертаючись до федеративного устрою, зазначимо, що суверенітет у федерації не ділиться між федерацією та її суб'єктами, хоча такі думки висловлюються окремими авторами². Федерація — це завжди єдина держава, а не союз держав, які «віддають» частину свого суверенітету на користь федеральної влади. У федеративній державі суверенітет має федерація, а не її суб'єкти.

¹ Хардт М. Империя / М. Хардт, А. Негри ; пер. с англ. ; под ред. Г. В. Каменской, М. С. Фетисова. – М. : Праксис, 2004. – С. 79.

² Див., наприклад: Ягудин Ш. Проблемы субсидиарности российского федерализма / Ш. Ягудин // Федерализм: российское и швейцарское измерение : материалы конференции / под ред. Т. Фляйнера и Р. Хакимова; Казань, 22–23 июня 2001. – М. : Основы, 2001. – С. 41–52.

Відомий теоретик інтеграції С. Хоффман наполягає на необхідності збереження державного суверенітету. Водночас він більш гнучко підходить до визначення його змісту і не заперечує можливості його еволюції відповідно до змін, що відбуваються у сфері державного будівництва, та зовнішніх чинників. На його думку, регіональна інтеграція — це процес поміркованого пристосування до глобального тиску¹.

Принцип суверенної рівності держав закріплено в статуті ООН (п. 1 ст. 2), де зазначено, що Організація Об'єднаних Націй «заснована на принципі суверенної рівності всіх її членів»². Дія міжнародного права традиційно припиняється на кордонах суверенної держави, в межах якої все підпорядковується її юрисдикції. Із принципу суверенітету випливає і принцип невтручання як зобов'язання інших суб'єктів не втручатися у внутрішні справи держави без згоди останньої. Повага до суверенітету держави і невтручання в її внутрішні справи залишаються базовими принципами міжнародного життя, що сприяє мирному співіснуванню різних держав світу.

Зрозуміло, що абсолютного суверенітету не існує. Укладаючи дво- або багатосторонні угоди, утворюючи різнопланові за метою союзи, держави за потреби можуть вдатися до самообмеження в частині реалізації окремих суверенних прав, якщо це відповідає їхнім інтересам. Прикладом такої практики є визнання екстериторіального принципу дії нормативно-правових актів; зобов'язання держав-членів Ради Європи добровільно виконувати рішення Європейського суду з прав людини за скаргами своїх громадян; функціонування глобальних радіомовлення, телебачення та Інтернету, які не зважають на державні кордони та інтереси. Зазначимо, що за великим рахунком ніхто серйозно не розцінює цю практику як форму обмеження суверенітету держави.

Принцип суверенної рівності покладено в основу статуту Організації Об'єднаних Націй, створення якої знаменувало перехід світового співтовариства до практики обмеження можливостей застосування сили проти суверенних держав. Згідно зі статутом ООН кожна держава має право захищати свій суверенітет і територіальну цілісність, а жодна інша держава не має права його порушувати. Очевидно, що існують два способи обмеження права реалізації суверенітету: добро-

¹ Теория международных отношений на рубеже столетий / под ред. К. Буса и С. Смита ; общ. ред. П. А. Цыганкова. – М. : Гардарики, 2002. – С. 247.

² Устав Организации Объединенных Наций // Действующее международное право: документы в 2 т. : учеб. пособие / сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – М. : Междунар. отношения ; Юрайт-Издат, 2007. – Т. 1. – С. 11.

вільний (тобто самообмеження) і примусовий. Самообмеження в реалізації окремих суверенних прав має місце, наприклад, тоді, коли декілька держав об'єднуються в союз, делегуючи право реалізації чітко визначених у договорі суверенних прав наднаціональним органам влади. Далі всіх у цьому напрямі пішли країни Європи, утворивши ЄС як інтеграційне об'єднання, в якому вони узгоджено і за участю інститутів Союзу здійснюють переважну більшість функцій держави.

Примусове обмеження суверенітету відбувається у тих випадках, коли міжнародна організація, держава або група держав, застосовуючи силу, втручається у справи іншої держави з метою врегулювання її внутрішніх конфліктів. Втручання відбувається без згоди держави із санкції міжнародного співтовариства або без неї. Примусове обмеження суверенітету має тимчасовий характер і триває доти, доки внутрішні конфлікти не будуть врегульовані або іноземні війська не залишать територію держави внаслідок інших причин. Отже, у випадку примусового обмеження суверенітету, коли це здійснюється із санкції ООН, виявляються елементи наднаціональності, які присутні у механізмі діяльності деяких спеціалізованих установ ООН¹.

Відомо, що міждержавні організації як форма багатостороннього співробітництва держав утворюються через необхідність і виникають з об'єктивних потреб. Правосуб'єктність таких організації залежить від волевиявлення держав-членів, так само як і мета їх створення, компетенція, процедура прийняття рішень, структура і повноваження органів. Під час створення міждержавної організації держави постають як суверенні і рівноправні, утворюючи організацію на основі міжнародного договору. На всіх етапах цього процесу взаємодія держав має координуючий, горизонтальний характер. Набуття чинності статутом організації приводить до появи нового суб'єкта міжнародного права, який не є тотожним державам, що його створили. Заснована державами організація діє відносно самостійно, інколи певною мірою незалежно від волі та прагнень окремих її учасників, але при цьому немає жодних підстав стверджувати, що вона не володіє суверенітетом або що їй властива частина суверенітету. Вона має той обсяг повноважень, який їй передали національні уряди для досягнення статутних цілей. Повноваження організації визначаються не тільки положеннями статуту, а й метою її створення та принципами функціонування.

¹ Так функціонує ООН, ЕКОСОС (Соціальна і економічна рада Об'єднаних Націй), що отримала мандат на координацію міждержавної діяльності у відповідних сферах.

У тому разі, коли держави-учасниці хочуть мати гарантію, що створювана ними організація не перетвориться на наддержавну структуру, вони закладають у статутних документах принципи «одна держава — один голос» і одностайного голосування, як обов'язкові вимоги до процедури прийняття рішень, а також право виходу з організації. У цьому випадку йдеться фактично про створення міжнародної організації, діяльність якої підпадає під дію міжнародного права. Якщо ж держави, навпаки, зацікавлені у створенні наднаціональної організації влади, яка за рахунок специфіки своєї організації і функціонування дозволяє більш ефективно, аніж міжнародна організація, вирішувати складні питання, вони не допускають включення тих положень до установчих договорів, які перешкоджатимуть набуттю нею наднаціонального характеру і передбачають можливість делегування такій організації права реалізації окремих суверенних прав (обсяг суверенних прав, щодо реалізації яких держави-члени обмежили себе, може змінюватися в бік їх розширення або звуження відповідно до волевиявлення держав-членів, що наочно наводить досвід функціонування ЄС). Слід підкреслити, що наднаціональна організація влади або навіть наявність її елементів у міждержавній організації адресує державам-учасникам умову, згідно з якою держава не має права впроваджувати дії або вдаватися до заходів, що віднесені до компетенції наднаціональної організації, або які можуть створювати перешкоди для досягнення нею своїх статутних цілей. Це, однак, не означає, що факт передачі наднаціональній організації певних повноважень обов'язково передбачає заборону національним урядам паралельно брати участь у правовому регулюванні у тих самих сферах діяльності (слід пам'ятати, що існує сфера конкуруючої компетенції, є сфери, де діяльність наднаціональної організації матиме координаційний характер або такий, що доповнює діяльність національних урядів). Тому правомірно буде припуститися думки, що наднаціональна організація не обмежує суверенітет держав як такий, а лише перебирає на себе реалізацію окремих суверенних прав, якщо держави-члени вважають, що їх реалізація на наднаціональному рівні є більш ефективною і корисною, аніж на національному рівні влади.

Як відомо, міжнародно-правовий розвиток кінця ХХ ст. сприяв остаточному подоланню ізоляціонізму у функціонуванні суверенних держав, заклавши правове підґрунтя для співпраці між ними. Разом з тим дотримання в дискусіях щодо сучасного стану державного суверенітету традиційних поглядів на це явище не сприяє вирішенню,

наприклад, проблеми співвідношення державного суверенітету і наднаціональної організації влади. Як наслідок, ця ситуація підводить до висновку, що більш-менш зрозумілим є тільки те, що суверенітет не можна розуміти по-старому.

Питання про несумісність членства у наднаціональній організації влади із дотриманням принципу державного суверенітету дебатується донині. У цілому дослідники погоджуються, що протиріччя між основними принципами міжнародного права і членством держави у наднаціональних організаціях не існує в тих випадках, коли установчі договори передбачають, що, по-перше, питання щодо передачі наднаціональній організації права здійснення певного суверенного права вирішується одноголосним голосуванням держав-членів і, по-друге, передбачена можливість добровільного виходу з її складу.

Отже, державний суверенітет не втратив своєї актуальності та свого права на існування, однак, зазнає суттєвих змін у питаннях своєї реалізації, як наслідок пристосовується до нових реалій міжнародної політики, основними характеристиками якої є глобалізація та інтеграція. Проте процес подальшої євроінтеграції, безумовно, несе в собі перспективу поступової, «м'якої» десуверенізації, втрати права на реалізацію значної частини своїх суверенних прав. Тому залишаються відкритими питання — чи будь-які суверенні права можливо передати наднаціональним структурам, яка кількість переданих суверенних прав зберігає суверенітет, а яка призводить до його втрати.

Якименко К. Наднациональная организация власти и государственный суверенитет: проблемы соотношения

Стаття посвящена проблемам изменения государственного суверенитета в условиях глобализации и евроинтеграции, взаимоотношению между государством и наднациональными организациями. Проанализированы условия вступления государства в международные организации, которые позволяют сохранить государственный суверенитет.

Ключевые слова: государственный суверенитет, власть, международная организация, Европейский Союз.

Yakimenko K. The supranational organization of power and state sovereignty: the problem of correlation

Paper is devoted to the problems of change of state sovereignty in the context of globalization and European integration, the relationship between state and supranational organizations. The conditions for entry into the state in international organizations that preserve state sovereignty.

Keywords: state sovereignty, power, international organization, the European Union.

УДК 340.11:27

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

Про особливості християнської правової традиції в умовах сучасного права

Дослідження питань впливу християнства на сучасне право в літературі варіюється від тверджень про їх нерозривний зв'язок¹ до розгляду цього впливу виключно як історичного минулого права². Подібна ситуація має місце, на нашу думку, у зв'язку з недостатньо коректним розумінням сутності християнської правової традиції, її ролі і функціонального навантаження у сучасній правовій системі.

Метою цієї статті є розкриття специфічних рис вказаної традиції, що може стати методологічним підґрунтям для осмислення окресленої вище проблеми.

Зазначимо, що під християнською правовою традицією ми розуміємо особливості буття правової системи, зумовлені християнською релігією в її історичному розвитку, а також специфіку пізнання та відтворення правової системи чи її елементів у контексті розуміння християнства суб'єктами права. Відповідно християнська правова традиція розглядається нами як явище юридичне, таке, що існує всередині правової системи і є результатом впливу християнства на право. Вказаний момент слід враховувати при розгляді наведених нижче характеристик цієї традиції.

Перш за все християнська правова традиція є загальною. На відміну від локальних правових традицій вона присутня у правових системах багатьох країн. Ядром християнської правової традиції є правові системи держав Європи, від яких ця традиція через низку історичних, політичних, географічних та інших чинників поширилась на інші країни. Ці правові системи мають певні властивості, формування яких пов'язане з християнською релігією. Зокрема, йдеться про важливість права як соціального регулятора, секуляризованість права і держави,

¹ Див. напр.: Величко А. М. Христианство и социальный идеал (философия, право, социология индустриальной культуры) / А. М. Величко ; под. ред. В. П. Сальникова. – СПб. ; М. : СПб. Ун-т МВД России, 2000. – 554 с.; Папаян Р. А. Христианские корни современного права / Р. А. Папаян. – М.: НОРМА, 2002. – 416 с.

² Див. напр.: Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О. Э. Лейст ; под ред. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2008. – С. 133–134.

визнання цінності прав людини¹, домінування спеціально-юридичних функцій права над загальносоціальними, чітке розмежування держави і суспільства, а також наявність у суспільстві утворень, що можуть опонувати державі у вигляді інститутів громадянського суспільства та ін.² У цьому аспекті християнська правова традиція виступає як один із чинників (поряд із римським приватним правом та грецькою філософією), що об'єднує правові системи країн Заходу³.

Наступною ознакою християнської правої традиції є її єдність, яка виражається в тому, що вплив християнства на будь-яку правову систему або її складові має схожі прояви, незалежно від специфіки кожної правової системи або особливостей певної християнської конфесії. Єдність такої традиції забезпечується загальною єдністю християнського віровчення у правовій і політичній сфері⁴, що, з деякими відмінностями, відтворює кожна гілка християнства. Основи цього віровчення містяться в Біблії, і зокрема у Новому Заповіті. Останній, на відміну від Старого Заповіту, практично не містить конкретних правових приписів, проте закладає низку базових для розвитку західного права ідей (свобода і гідність людини, важливість життєвої активності людини, гуманізм тощо)⁵. Зазначені ідеї, розвинуті у богословських і

¹ Хоча у східному християнстві вона виражена меншою мірою, проте християнська ідея цінності людини, її богоподібності та свободи волі теж так чи інакше веде до постановки питання про права як невід'ємну властивість людської природи.

² Див. детальн. про це: Вовк Д. Правові системи християнських країн (особливості та проблема неоднорідності) / Д. Вовк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2010. – № 3. – С. 249–258.

³ Ця єдність існувала навіть у феодальну епоху, коли Європа була поділена на велику кількість відносно замкнутих невеличких держав – князівств. Ф. Бродель вказує, що у той час моральні, релігійні, культурні цінності, правила ведення війни, життєвий уклад, обряди були в Європі всюди схожими (див: Бродель Ф. Грамматика цивілізацій / Ф. Бродель ; пер. с фр. Б. А. Ситников. – М. : Изд-во «Весь Мир», 2008. – С. 311). І зважаючи на синкретичність тогочасного світу, проникнення релігії в усі сфери людського життя, мислення, творчість, очевидно, що основною причиною цієї схожості (справедливої і для феодального права) була саме християнська релігія.

⁴ При цьому, звичайно, ми не маємо на меті заперечити реальні догматичні, обрядові та інші відмінності, що мають місце між різними християнськими конфесіями і стали причиною розколу західної і східної церков, реформації та появи нових християнських течій. Проте основні протиріччя, що зумовлюють поліконфесійність християнства, перебувають переважно у богословській, а не політико-правовій сфері.

⁵ Відсутність у Новому Заповіті правових приписів історично сприяла розвитку власне правових джерел без конфлікту з їх релігійною основою, що, у свою чергу, було чинником секуляризації права. Наприклад, в ісламських країнах становлення системи позитивного права досить часто відбувалося у конфлікті з нормами шариату і призводило до своєрідної «подвійності» системи законодавства, яка вміщує релігійно-правові і світсько-правові (часто реципіювані) елементи. Прикладом цього може бути паралельне існування у багатьох країнах ісламських і «європейських» банків з відмінним правовим регулюванням їх діяльності.

філософських творах, рішеннях Вселенських соборів тощо, стали фундаментом формування християнської правової традиції.

Слід враховувати, що єдність християнської правової традиції не означає її однаковості в усіх правових системах. Будучи складовою правової дійсності певного суспільства, ця традиція має свою специфіку в кожному конкретному випадку свого існування, що визначається, передусім вже згаданими відмінностями у політико-правових концепціях основних християнських конфесій. Особливості ставлення до права (від православного скептичного до протестантського схвального) і розуміння його цінності, сприйняття ідеї прав людини, поглядів на державу (від лояльного у православ'ї до достатньо критичного у католицтві) та її роль у суспільстві позначаються на своєрідності правових традицій різних гілок християнства. Крім того, певні відмінності можуть спостерігатися і в межах правової традиції однієї конфесії. Особливо це помітно у православ'ї, чиї церкви характеризуються високим ступенем автономності. Та сама ідея прав людини сприйнята грецьким православ'ям набагато більше, ніж православ'ям російським¹.

При цьому конфесійні суперечності, що існують усередині християнської правової традиції, не слід перебільшувати.

По-перше, як зазначалося, християнська правова традиція в усіх своїх проявах спирається на єдину основу — Біблію і тим самим попри всі проблеми її інтерпретації залишається в межах світоглядних засад, актуальних для всіх основних християнських гілок. Наприклад, ідея конституції як основного закону держави у своєму виникненні може бути пов'язана із загальнохристиянськими догматами про розмежування мирського і божественного (з пріоритетом останнього) та гріховність природи людини. Через це право як складова цього світу і продукт творчості лю-

¹ Для Вселенського Патріарха Варфоломія права людини, і зокрема свобода совісті, є позитивним явищем, хоча він у православному дусі і згадує про їх відносність, підпорядкованість релігійним цілям життя християнина (Варфоломей, патріарх. Приобщение к таинству: Православие в третьем тысячелетии / Вселенский Патриарх Варфоломей. – М. : Эксмо, 2008. – С. 220, 238, 246). У той же час в Основах учення Російської православної церкви про гідність, свободу і права людини, а ще більше у роботах і виступах ієрархів РПЦ викладається набагато більш консервативне ставлення до категорії прав і свобод. Зокрема, констатується їх підпорядкованість духовним (очевидно – православним, на думку авторів документа) цінностям, інтересам держави, общини і родини, а також їх відносність (навіть у найбільш значущих правах, таких як свобода віросповідання), залежність від культурних та інших особливостей різних народів. При цьому у російському православному середовищі існують й інші, більш прихильні до ідеї прав людини погляди (див. напр.: Вениамин (Новик), отец. Православие, Христианство, Демократия : сб. статей. – СПб. : Алетейя, 1999. – С. 364), однак вони не є домінуючими.

дини має знайти також і власні, позарелігійні джерела легітимації, а пошук цих джерел має вписуватися у загальний устрій цього світу, визначений Богом. Такий підхід, накладений на секулярне мислення, у сфері позитивного права приводить до ідеї конституції — апіорно правового акта, який закладає основи правової системи і державного устрою, і виступає джерелом легітимності решти законодавства¹.

Потрібно також розуміти, що в умовах відкритості правової системи в її межах можуть знаходитись елементи християнської правової традиції, що генетично чи історично належать до традицій різних гілок християнства. Це стосується і вітчизняної правової системи, яка у різні часи запозичувала правові форми, ідеї, цінності, сформовані під впливом західного християнства (наприклад, згадана вище ідея конституції, яка історично прийшла до України із західно-християнських країн).

По-друге, розглядувані відмінності більшою мірою помітні при порівнянні традицій західного і східного християнства між собою. При зіставленні ж їх з ісламською чи іудейською правовою традицією або правовими традиціями неавраамічних релігій легко побачити, що спільного у різних християнських традиціях у праві набагато більше ніж відмінного².

По-третє, досить часто природа відмінностей у певних правових системах, що зазвичай пов'язуються з особливостями якоїсь християнської конфесії та впливом останньої на право, насправді перебуває

¹ Нагадаємо, що нехристиянський світ такого майже сакрального ставлення до конституції не знає. Наприклад, через орієнтацію на священний текст (Тору) конституція взагалі відсутня у Державі Ізраїль. В ісламських державах роль основного закону беззаперечно закріплена за Кораном, а наявність конституцій є, скоріше, наслідком рецепції західних правових форм.

² Це яскраво помітно у наведеному вище прикладі з правами людини. Говорячи про більш скептичне ставлення прав людини у православ'ї, ми, однак, не можемо не визнати, що у сприйнятті і визнанні цієї категорії між західно- і східно-християнськими традиціями значно менше відмінностей (і самі відмінності менш принципові) ніж між цими традиціями і правовою традицією індуїзму чи конфуціанства, для яких ідея прав людини взагалі є достатньо сумнівною. Аналогічний момент спостерігається і у відносинах «держава-церква». І папоцезаризм як класична католицька модель, і «симфонія влад» у православ'ї, і лютерівська концепція двох мечів, і англіканська модель, в якій англійський монарх є одночасно головою церкви, так чи інакше стверджують, що держава і церква є окремими суб'єктами і не розчиняються одне в одному. В секуляризованому варіанті у кожній християнській країні такий підхід трансформується в уявлення про розмежування понять держави і суспільства і у протиставлення держави і громадянського суспільства, що практично відсутнє у нехристиянському світі (наприклад, в ісламській уммі – всесвітній общині мусульман, на чолі якої стоїть сам Аллах, відокремленість релігійної громади від держави є нонсенсом, так само як і громадянське суспільство у західному варіанті).

в іншій площині або принаймні не пояснюється суто християнським чинником. Зокрема, думка про безпосередній зв'язок православної доктрини і практики і правового нігілізму видається певним перебільшенням. Акцент на містичній складовій християнського віровчення, заглибленість у внутрішній світ людини, що властиві православ'ю, безумовно, закладають підвалини для розвитку нігілістичного ставлення до права — найбільш раціонального і формального нормативного регулятора, орієнтованого на зовнішню поведінку особи. Однак, приміром, російський правовий нігілізм є не стільки продуктом російської православної церкви, скільки наслідком колективізму і общинності російської свідомості, споконвічному протиставленню індивіда і держави, що дивно поєднується з патерналістськими очікуваннями стосовно останньої, та низькою з різних причин правовою культурою. Негативістська ж позиція щодо права з боку російського православно-богослов'я і філософії тут є, скоріше, наслідком, ніж причиною, зумовленими необхідністю обґрунтувати вже існуючий стан речей¹.

Наступною особливістю християнської правової традиції є те, що вона існує в умовах секуляризованості державно-правової дійсності. Сьогоднішні західні право і держава є відокремленими від християнської релігії². Починаючи з Нового часу, християнство поступово перестає відігравати домінуючу роль у процесі легітимації зазначених інститутів у суспільстві, визначенні цілей існування останніх і у розробці парадигм їх осмислення.

Секуляризаційна ситуація призводить до принаймні часткового «розриву» християнської правової традиції і християнського віровчен-

¹ Подібна ситуація, очевидно, є проявом найбільшої розбіжності у зовнішньо подібних ідеях «симфонії влад» в їх візантійському і російському варіанті. Якщо візантійський монарх, принаймні доктринально, був священним через те, що піклувався про богоугодні справи і мав завдання боронити віру, то російський князь, цар чи імператор був сакральною особою в силу свого статусу володаря. Повністю залежна від держави російська православна церква не стверджувала якусь нову концепцію влади, а просто фіксували наявний у суспільстві стан речей, досить далекий від православного ідеалу. Саме тому Іван Грозний чи Петро I – монархи, що відіграли вкрай негативну роль у розвитку російського православ'я, мають у цілому позитивний образ в уявленні сучасного православного християнина.

² Секуляризація права і держави є частиною широкого процесу загальної секуляризації суспільного буття Західного світу. В. Зеньковський, зі зрозумілим для християнського філософа сумом, так описує цю ситуацію: «Уся нова історія Заходу пройшла і донині йде під знаком принципового дуалізму – християнства і життя, християнства і культури, християнства і творчості» (див.: Зеньковский В. В. Христианская философия / В. В. Зеньковский. – М. : Ин-т рус. цивилизации, 2010. – С. 19).

ня як джерела її формування. Однак такий розрив не має наслідком зникнення християнської правової традиції. У цьому сенсі формула Ж. де Местра про те, що сила, з якою релігія впливає на людину, завжди пропорційна повазі, що надається її служителям¹, тобто зниження релігійності має аналогічно витіснити релігію із суспільного життя, є спірною. Секуляризація дійсно призвела до того, що держава практично не санкціонує релігійних та релігійно-правових норм², церква не є суб'єктом правотворчості або правозастосування, а релігійні доводи у правових процедурах не розглядаються як переконливі³. У той же час правий Ф. Бродель, який відмічає, що сьогодиншній європеець, у масі своїй атеїст, все ще залишається прихильним християнської етики, фундамент його поведінки закладений у християнській традиції⁴. Цей момент справедливий і для суб'єктів права, які так само продовжують бути носіями християнської правової традиції і відтворювати етико-правові цінності, що мають християнське коріння, незалежно від ступеня своєї релігійності. Це відчувається і на рівні правової науки (методи пізнання, підходи до праворозуміння), і на рівні правовстановлення (найпростішими є приклади правового регулювання абортів, шлюбних відносин, евтаназії, соціальних прав людини, кримінальних покарань тощо), і на рівні побутової правосвідомості.

При цьому секуляризація як процес відмежування права і держави від християнської релігії не є лінійним, а тим більше однорідним процесом. Сьогодиншній стан західного права у його зв'язках з християнською релігією може бути названий постсекуляризаційним. Не заглиб-

¹ Местр Ж. де. Четыре неизданные главы о России. Письма русскому дворянину об испанской инквизиции / Ж. де Местр ; пер. с фр. А. П. Шурбелева. – СПб. : Изд-во «Владимир Даль», 2007. – С. 35.

² Винятками з цього правила можуть бути різного роду символічні норми, такі як окремі релігійні свята, порядок складення присяги, що може включати релігійні форми або складання може відбуватися на Біблії тощо.

³ Дж. Стаут з посиланням на історичні джерела описує, як протягом XVII ст. в Англії статус Біблії як авторитету у політичних дебатах і законотворчості поступово знизився від значного до обмеженого. Вже у середині століття цитування положень Євангелія при виступі у Парламенті викликало у його членів лише посмішку (Стаут Дж. Демократия и традиция / Дж. Стаут ; пер. с англ. А. Георгиева и М. Рудакова. – М. : Прогресс-Традиция, 2009. – С. 136–137). Аналогічні тенденції мають місце і у розвитку філософсько-правової думки Нового часу. Якщо у Г. Гроція, Б. Спінози, Дж. Локка категорії природного права і прав людини аргументуються, зокрема, і посиланням на положення Біблії, то у Ш. Л. Монтеск'є, І. Канта і тим більше у позитивіста Дж. Остіна подібні конструкції просто відсутні як нераціональні і ненаукові.

⁴ Бродель Ф. Грамматика цивилизаций / Ф. Бродель ; пер. с фр. Б. А. Ситников. – М. : Изд-во «Весь Мир», 2008. – С. 328.

люючи у це питання, зазначимо, що сьогодні конфліктність християнства і світських держави і права, яка була ознакою Нового часу (особливо XIX ст.), поступово знімається, зокрема, і через значну релігивізацію державно-правової дійсності. Прагнучи подолати цей процес, право і держава починають повертатися до діалогу з християнською релігією, але вже не як складові релігійної (християнської) світобудови, підпорядковані релігійним цілям буття, а як окремі соціальні інститути, для яких християнство виступає лише одним із чинників легітимації у соціумі¹. У свою чергу, християнство епохи постсекуляризму на рівні суспільних доктрин різних церков визнає самостійну, нерелігійну цінність світського права і прав людини та відмовляється від претензій на монополію у визначенні правових смислів², що у XX ст. «реабілітує» релігійне праворозуміння і повертає його до загального дискурсу про природу права.

Крім того, роль права і держави у врегулюванні релігійних відносин перестає сприйматися як суто формальна, фактично зведена до підтримки атеїстичної ідеології. Держава поступово усвідомлює необхідність вжиття позитивних заходів (передусім юридичних та організаційних), спрямованих на реальне забезпечення свободи віросповідання, не допускаючи при цьому дискримінації за релігійною ознакою. Це

¹ Історія XX ст. яскраво демонструє, як витіснення релігії з різних сфер суспільного життя (моралі, права, політики, економіки тощо), що була своєрідним «мейнстрімом» Нового часу, у підсумку призводила не до їх (цих сфер) арелігійності, а до виникнення релігійних еквівалентів – заміників традиційної релігії з аналогічними функціями. Спектр останніх вельми широкий – від тоталітарних ідеологій (нацизм, комунізм) до універсальних прав людини, які О. Гюффе влучно називає «громадянською релігією модерну» (див.: *Філософія прав людини* / за ред. Ш. Йосеата та Г. Ломана; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. – К.: Ніка-центр, 2008. – С. 32). Ці еквіваленти мають релігійний характер, навіть у випадку декларування власної атеїстичності. Наприклад, захопленість і пристрасть, з якою сучасний французький філософ М. Онофре критикує авраамічні релігії і обстоює свій проект постхристиянської атеїстичної світськості, не залишає сумнівів у справді релігійному характері цієї світськості (див.: *Онфре М. Трактат атеології* / М. Онфре; пер. з фр. А. Репи. – К.: Ніка-Центр, 2010. – С. 186–187).

² Гегелівська думка про те, що якщо церква проявляє мудрість і видимість поступливості, то люди відчувають не послідовність (див.: *Гегель Г. Філософія релігії* / Г. Гегель; отв. ред. А. В. Гульга; пер. с нем. М. И. Левиной : в 2 т. Т. 1. – М.: Мысль, 1976. – С. 406), все ж таки історично себе не виправдовує. Адже саме поступливість християнських церков (більшою мірою йдеться про католицизм і протестантизм), бажання пристосуватися до світу шляхом скасування застарілих догматів чи відмови від попередніх позицій (скасування анафеми багатьом вільнодумцям попередніх століть, вибачення за діяння інквізиції у католицизмі, поява жінок – священнослужителів у деяких протестантських церквах та ін.) дозволили їм в умовах секуляризації залишитись у суспільному просторі.

має наслідком перегляд традиційної моделі державно-церковних відносин у демократичній державі, яка на основі автономності має передбачати можливість кооперації цих інститутів у виконанні суспільно значущих завдань¹.

У зв'язку з наведеним роль християнської правової традиції у західному праві, порівняно з попереднім етапом, очевидно, буде зростати, але не в напрямі «десекуляризації» права і держави через повернення до домінування християнського віровчення над ними або зростання ролі християнської церкви у функціонуванні правової системи, що просто неможливо у сучасному плюралістичному і мультикультурному суспільстві. Скоріше за все, цей процес відбуватиметься у вигляді зміцнення іманентної присутності християнства у західних правових системах, посилення значення християнських за своєю природою етико-правових цінностей, зокрема, і через сприйняття релігійно зумовлених аргументів у правовому дискурсі.

Свою специфіку мають і джерела християнської правової традиції. Розглядаючи це питання, потрібно враховувати декілька моментів. Перш за все вказані джерела не слід зводити виключно до християнського вчення про право, викладеного у релігійних текстах, актах церков, працях богословів і філософів, та норм канонічного (церковного) права (цей блок джерел умовно назвемо статичними), як це іноді робиться у літературі². Г. Берман цілком слушно зазначає, що релігія є складовою і людської природи, і суспільних відносин³, а отже, виявляє себе, зокрема, і у поведінковій площині. З урахуванням цього джерелами християнської правової традиції слід також визнати діяльність християнських церков, релігійних громад та релігійно вмотивованих суб'єктів, що є відображенням сформованої під впливом християнської релігії суспільної і індивідуальної свідомості (цей блок джерел можна назвати динамічними).

¹ Див. детельн. про це: Вовк Д. Співвідношення права і релігії у християнській правовій традиції: етап постсекуляризації / Д. Вовк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2010. – № 4. – С. 58–67; Вовк Д. Право і релігія у християнській правовій традиції на постсекуляризованому етапі: онтологічні та антропологічні аспекти // Антропологія права: філософські та юридичні виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 3–5 грудня 2010 р.). – Львів: Галицький друкар, 2010. – С. 98–111.

² Див. напр.: Лафитский В. И. Воскресение права. Часть третья. Книги завета / В. И. Лафитский. – М.: Изд-во Тихомирова М. Ю., 2009. – 153 с.

³ Берман Г. Дж. Вера и закон: примерение права и религии / Г. Дж. Берман; пер. с англ. Д. Шабельникова и М. Тименчика. – М.: Ad Marginem, 1999. – С. 15.

Крім того, вага перелічених джерел у становленні та існуванні християнської правової традиції у різні періоди була неоднаковою. Наприклад, за Середніх віків норми канонічного права, санкціоновані або підтримувані державою, були реальною і досить значущою складовою нормативного регулювання тогочасного суспільного життя. Секуляризаційні процеси редукували канонічне право до корпоративних норм християнських церков, що не тільки не розглядаються як форма права, а й не впливають на правотворчі процедури. Сьогодні найбільшу роль в існуванні християнської правової традиції відіграють динамічні джерела (передусім поведінка релігійно вмотивованих суб'єктів і діяльність релігійних громад), а також християнська доктрина (зокрема, і позиція християнських церков з певних питань).

Слід також мати на увазі, що джерела християнської правової традиції є достатньо суперечливими і не утворюють разом єдиної узгодженої системи. Ці суперечності не лише помітні по лінії «вчення — практика», тобто між статичними і динамічними джерелами, а й присутні усередині вказаних блоків джерел. Зокрема, Новий Заповіт негативно ставиться до рабства (1 Кор. 7:23-25), тоді як середньовічна доктрина його виправдовувала, а церква як активний економічний суб'єкт фактично підтримувала. Попри заборону лихварства у Біблії (Втор., 23:20; 1 Кор., 6:10), теологи і фахівці з канонічного права (наприклад, Томазо де Біо) змогли обґрунтувати його допустимість, що сприяло розвитку валютних і кредитних відносин та відповідного правового регулювання.

Особливістю, що вирізняє християнську правову традицію від інших релігійних традицій, є також її поширеність за межі власної релігійної і цивілізаційної основи. Йдеться про перенесення елементів правової системи, сформованих під впливом християнства, у право нехристиянських країн (норми позитивного права, правові категорії, засоби юридичної техніки, способи систематизації законодавства, прийоми юридичної науки тощо).

Необхідно враховувати, що християнська правова традиція є єдиною подібною традицією, яка спромоглася вийти за власні релігійні кордони. Ні ісламська, ні іудейська правові традиції, які теж є вельми розвинутими, не виявились здатними на це. Така ситуація пов'язана як із домінуванням західної цивілізації у світі протягом Нового і Новітнього часів, через що відповідна культура (у тому числі й правова) зміцнилась на інших теренах, так і значним розвитком західного права, зокрема під впливом християнства.

При цьому успішність «виходу» християнської правової традиції за свої межі не варто переоцінювати. Більшість випадків транспортування елементів цієї традиції не є надто вдалим. Це стосується, зокрема, вже згаданої раніше ідеї конституції як основного закону. Незважаючи на наявність останньої у більшості нехристиянських держав, роль основного закону зазвичай відводиться іншим, не правовим актам (релігійним джерелам) чи неписаним правилам. Те саме можна сказати і про фундаментальні конституційні цінності, що мають християнське забарвлення, — права людини, поділ влади, верховенство закону. Формально сприйняті, вони нівелюються світоглядними (зокрема, і релігійними) особливостями тієї чи іншої цивілізації.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що врахування вказаних особливостей, на наш погляд, дозволяє сформувати більш об'єктивне уявлення як про сучасний стан християнської правової традиції, так і її значення у розвитку правових системах Західного світу, зокрема і правової системи України.

Вовк Д. Об особенностях христианской правовой традиции в условиях современного права

Статья посвящена рассмотрению сущностных черт христианской правовой традиции в современных условиях. Раскрываются общий характер и единство христианской правовой традиции. Акцентируется внимание на том, что данная традиция существует в условиях секуляризации права и государства. Обращается внимание на распространение христианской правовой традиции и ее элементов за пределы ее религиозной и цивилизационной основы.

Ключевые слова: право, правовая система, христианство, христианская правовая традиция, секуляризация.

Vovk D. Characteristics of Christian Legal Tradition in Modern Law

The article is devoted to the analyses of basic characteristics of Christian legal tradition in modern conditions. Universal features and unity of Christian legal tradition are disclosed. The author stresses, that this tradition is developed in the conditions of separation of law and state. It is emphasized that some elements of Christian legal tradition extend out of the territorial borders of its original genesis.

Keywords: law, legal system, Christianity, Christian legal tradition, secularization.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

УДК 342.4(430)(477)

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

Досвід функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччині та перспективи його запровадження в Україні

Відзначаючи у 2011 році двадцятиріччя своєї незалежності, п'ятнадцятирічний ювілей чинної Конституції України та функціонування Конституційного Суду України, наша держава не лише підсумовує здобутки та досягнення, а й визначає оптимальні напрями подальшої розбудови національної правової системи. Серед шляхів вдосконалення конституційно-правових інститутів України одне з основоположних місць посідає реформування конституційного судочинства України. У зв'язку з цим протягом всіх п'ятнадцяти років становлення та розвитку вітчизняної конституційної юрисдикції тривають дискусії щодо запровадження інституту конституційної скарги як одного з найбільш ефективних юридичних засобів захисту фундаментальних прав і свобод особи, втілення конституційних цінностей у національному правопорядку¹.

Процес розбудови сучасної української державності відбувався під впливом найкращих світових традицій сучасного конституціоналізму, вивчення яких передувало запровадженню нових державно-правових інститутів. Не повинен стати винятком й інститут конституційної скарги, що отримав широке визнання останніми десятиліттями у країнах Східної Європи, Балтії та СНД передусім завдяки багаторічній позитивній практиці його функціонування у країнах Західної Європи, серед яких особливе місце посідає Федеративна Республіка Німеччина (далі — ФРН). Саме ФРН має чи не найкращий у світі досвід розгляду конституційних скарг, що становить найбільш навантажений напрям діяльності німецької конституційної юрисдикції.

¹ Див. роботи Ю. Барабаша, П. Євграфова, О. Петришина, А. Портнова, А. Селіванова, М. Тесленко, П. Ткачука, В. Тихого, В. Шаповала, С. Шевчука та ін.

Однак, незважаючи на потужний науково-практичний потенціал та надзвичайну актуальність вивчення досвіду функціонування інституту конституційної скарги та системи конституційного судочинства ФРН у цілому, в Україні фактично відсутні фахові публікації з проблематики конституційного контролю у ФРН, які спиралися б на автентичні джерела (законодавчі акти ФРН, праці видатних німецьких дослідників проблематики конституційного судочинства¹ тощо). Окремі питання судового конституційного контролю ФРН розглядаються в підручниках з конституційного права зарубіжних країн, проте проблематика конституційної скарги висвітлена в них обмежено та поверхово, отже, не може компенсувати потребу в її науковому аналізі.

Цікаві практично значущі дані щодо функціонування інституту конституційної скарги та конституційного контролю в цілому містяться у доповідях та заснованих на них публікаціях суддів Федерального Конституційного Суду ФРН, а також їх наукових консультантів, які були активно використані при підготовці цієї статті². Корисний матеріал з досліджуваної проблематики узагальнений також у дисертаційних дослідженнях російських вчених, зокрема Н. О. Вересової³ та М. О. Свистунової⁴, тоді як в Україні відсутні дисертаційні дослідження, безпосередньо присвячені конституційній юрисдикції ФРН. Отже, проблематика функціонування інституту конституційної скарги у ФРН у вітчизняній науці є малодослідженою та потребує глибокого вивчення задля подальшого використання отриманих результатів для вдосконалення системи конституційної юстиції України.

¹ Див. роботи таких дослідників, як: П. Бадура, Е. Бенда, А. Бланкенгель, В. К. Гек, Ф. Дармштедтер, П. Кирхоф, К. Крошель, В. Льовер, Дж. Лимбах, Т. Маунц, Х. Маурер, К. Песталоцца, Г. Реллеке, К. Хессе, П. Хайн, К. Шлайх, Х.-П. Шнайдер.

² Зокрема, Walter S. Competencies and Functioning of the Federal Constitutional Court of Germany / Report / Seminar on «Constitutional Control: Basic Problems of Legal Proceedings, Organisation and Practice» (Batumi, 3–4 June 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU\(2002\)035-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU(2002)035-e.asp); Барли К. Конституционная жалоба в Германии / К. Барли // Вестн. Конституц. Суда Азербайдж. Республики. – 2003. – № 1. – С. 86–92; Мерт Ф. Судебная практика процедуры принятия конституционной жалобы к рассмотрению / Ф. Мерт // Вестн. Конституц. Суда Республики Узбекистан. – 1999. – №: 3. – С. 72–82.

³ Вересова Н. А. Нормотворческая функция Федерального Конституционного Суда Федеративной Республики Германии и Конституционного Суда Российской Федерации (сравнительно-правовой анализ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Н. А. Вересова. – СПб., 2008. – 19 с.

⁴ Свистунова М. А. Судебный конституционный контроль в Федеративной Республике Германии: конституционно-правовой статус Федерального конституционного суда : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / М. А. Свистунова. – М., 2007. – 20 с.

Таким чином, до *целей* цієї статті належать: з'ясування ролі інституту конституційної скарги в системі конституційного судочинства ФРН; визначення основних елементів правового механізму його функціонування (суб'єктів подання, предмета, критеріїв прийнятності конституційної скарги тощо), а також перспектив врахування досвіду ФРН при запровадженні інституту конституційної скарги в Україні.

Спеціалізована система конституційного контролю Німеччини враховує всі основні характеристики демократичної, соціальної, федеративної держави, якою вона визначається Конституцією ФРН (стаття 20 частина 1 Основного Закону). Юридичну основу сучасного конституційного судочинства закладено Конституцією ФРН від 23 травня 1949 р., яка іменується *Основним Законом (Grundgesetz)*¹.

На чолі системи конституційного правосуддя, побудованого за «європейською моделлю», стоїть *Федеральний Конституційний Суд ФРН (Bundesverfassungsgericht, BVerfG)*, який є незалежним від усіх інших конституційних органів та розташовується в місті Карлсруе² (земля Баден-Вюртемберг). Особливість конституційного правосуддя Німеччини полягає в тому, що конституційні суди існують не тільки на рівні Федерації, а й у землях ФРН.

Федеральний Конституційний Суд ФРН (далі — ФКС) покликаний забезпечити рівновагу між гілками державної влади, взаємну відповідальність між державою і громадянином. Його основним призначенням виступає забезпечення поваги до Конституції ФРН, її правова охорона. Повноваження ФКС визначаються Конституцією ФРН (статті 18, 21, 41, 61, 93, 98, 99, 100, 126 Основного Закону), а також окремим Федеральним законом «Про Федеральний Конституційний Суд» від 12 березня 1951 р. (*Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG*)³

¹ Тут і далі для аналізу використовується російськомовний текст Конституції ФРН, викладений у виданні: Конституции государств Европы: В 3 т. Т.1 / под общ. ред. и со вступительной статьей директора законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации Л.А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – С. 581–636.

² Article 1 of Federal Constitutional Court Act (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#III15>

³ Тут і далі використовується англomовний текст Федерального закону «Про Федеральний Конституційний Суд» з останніми змінами та доповненнями, внесеними Законом від 16 липня 1998 р. // Federal Constitutional Court Act (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#III15>

з наступними змінами та доповненнями. Процедурні питання його діяльності конкретизуються в Регламенті Федерального Конституційного Суду ФРН від 15 грудня 1986 р. (*Geschäftsordnung des BVerfG*) з наступними змінами, ухваленому Пленумом ФКС.

Найбільш навантажену частину повноважень ФКС становить *розгляд конституційних скарг*. Саме конституційні скарги (*Verfassungsbeschwerde*) складають переважну більшість справ, які розглядає ФКС. Так, за період функціонування ФКС з 1951 р. до нього надійшло близько ста вісімдесяти тисяч конституційних скарг, на сьогодні ФКС щорічно отримує до п'яти тисяч таких скарг. Хоча лише незначна частина конституційних скарг підлягає задоволенню ФКС (за різними даними від 1,2 % до 3 %) ¹, результати їх розгляду мають принципове значення для розвитку німецької правової системи. До того ж сама можливість подання конституційної скарги утримує публічну владу від прийняття неконституційних рішень. Отже, німецька система конституційного контролю має чи не найбільший у світі досвід функціонування інституту конституційної скарги, що обумовлює необхідність ретельного дослідження правового механізму його функціонування ².

Інститут конституційної скарги закріплений на конституційному рівні в статті 93 частині 1 пункті «4а» Конституції ФРН (включений Законом від 29 січня 1969 р.), згідно з яким ФКС уповноважений розглядати *конституційні скарги, що можуть бути подані будь-якою особою, яка вважає, що державна влада порушила одне з її основних прав або одне з прав, вказаних у статтях 20 (частина 4), 33, 38, 101, 103 і 104 Основного Закону*. Аналогічне положення закріплене в статті 90 пункті 1 розділу 15 «Процедура у справах стосовно конституційних скарг (стаття 13, пункт 8а)» Закону «Про Федеральний Конституційний Суд».

Суб'єктом, наділеним правом звернення до органу конституційної юрисдикції з конституційною скаргою щодо захисту фундамен-

¹ Так, наступні джерела наводять такі дані: 2,5 % – Constitutional Court of Germany [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://en.academic.ru/dic.nsf/enwiki/6381>; до 3% – Walter S. Competencies and Functioning of the Federal Constitutional Court of Germany / Report / Seminar on «Constitutional Control: Basic Problems of Legal Proceedings, Organisation and Practice» (Batumi, 3–4 June 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU\(2002\)035-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU(2002)035-e.asp); 1,2 % – Судебная система ФРГ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://works.tarefer.ru/67/100330/index.html>

² Структуру правового механізму функціонування інституту конституційної скарги було виділено нами в попередніх публікаціях (див.: Гультай М. До питання про необхідність впровадження конституційної скарги в Україні / М. М. Гультай // Вісн. Конституц. Суду України. – 2010. – № 6. – С. 116–118).

тальних прав, закріплених Основним Законом ФРН, визнається будь-яка особа, чий права були порушені. Фізичні особи німецької національності наділені правом подавати конституційну скаргу відносно будь-якого фундаментального права; іноземці і особи без громадянства можуть подати таку скаргу відносно тих прав, які за ними визнані Конституцією ФРН¹. До суб'єктів конституційної скарги належать також юридичні особи, якщо порушені їх права, що належать до фундаментальних та захищаються Основним Законом (наприклад, право власності).

Відповідно до статті 93 частини 1 пункту «4б» Конституції ФРН та статті 91 Закону «Про Федеральний Конституційний Суд» ФКС також розглядає справи за конституційними скаргами *общин і об'єднань общин* з приводу порушення яким-небудь законом права на самоврядування, передбаченого статтею 28 Основного Закону, а відносно законів земель — за умови, що скарга не може бути подана до Конституційного суду землі.

Згідно зі статтею 92 Закону «Про Федеральний Конституційний Суд», в обґрунтуванні скарги мають бути визначені *право*, порушення якого підлягає оскарженню, а також *акти, дії чи бездіяльність органу або установи*, якими скаржнику нанесено шкоду.

Предметом конституційної скарги виступає порушення державною владою фундаментальних прав особи, закріплених Основним Законом ФРН. Фундаментальні права — це невід'ємні права, які захищають особу від свавілля держави. Їм присвячено Розділ 1 Конституції ФРН, чим визнається пріоритет основоположних прав перед усіма іншими положеннями Основного Закону. До них належать непорушність людської гідності, невідчужуваність прав людини; право на життя і фізичну недоторканність; рівність усіх перед законом; свобода віросповідання і совісті; свобода висловлювання думок; право на мирні збори, свобода пересування, недоторканність житла та ін. Крім прав, закріплених у Розділі 1 Основного Закону ФРН, предметом конституційної скарги можуть стати порушення інших прав, на які вказує стаття 93 частина 1 пункт «4а» Конституції ФРН, зокрема, право всіх німців чинити опір будь-кому, хто спробує усунути конституційний лад, якщо інші засоби не можуть бути використані (стаття 20 частина 4); право на рівний доступ до державної

¹ Барли К. Конституционная жалоба в Германии / К. Барли // Вестн. Конституц. Суда Азербайджанской Республики. – 2003. – № 1. – С. 86.

служби (стаття 33); виборчі права (стаття 38); заборона на створення надзвичайних судів (стаття 101) та ін.

Як вже зазначалося, конституційна скарга має містити чітку вказівку на порушення фундаментального права (або прав) особи *з боку державної влади*. Як прямо вказано в Основному Законі ФРН, державна влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову (зокрема, стаття 1 частина 3; стаття 20 частина 2). Це означає, що предметом оскарження можуть виступати *закони та інші акти парламенту, адміністративні акти, а також судові рішення*, тобто будь-які акти, дії чи бездіяльність органів державної влади та управління.

Такий гранично широкий підхід до переліку актів, які підлягають оскарженню до ФКС через інститут конституційної скарги, хоча чітко і не визначений у Конституції ФРН та Законі «Про Федеральний Конституційний Суд», але випливає з їх змісту. У той же час, він підтверджується положеннями законів про конституційні суди окремих суб'єктів федерації. Так, у Законі про Конституційний суд землі Бранденбург закріплено, що «конституційна скарга може бути спрямована проти закону Землі, актів публічних органів Землі, будь-якої дії (бездіяльності) їх посадових осіб, а також рішень судів Землі, які безпосередньо стосуються заявника»¹.

У конституційній скарзі особа має обґрунтувати у зрозумілій формі *прямий та наявний зв'язок між актами державної влади та порушенням прав її особисто та в даний момент*. Права скаржника безпосередньо порушуються, якщо відносно нього прийнято відповідний правозастосовний акт адміністративного органу або рішення суду. Саме тому переважна більшість конституційних скарг стосується *рішень суду*.

Необхідність довести безпосередність порушення прав заявника особливо ускладнена у разі оскарження *законів або інших нормативно-правових актів*. Як пояснює співробітник ФКС К. Барлі, закон може прямо зачіпати права позивача, тільки якщо він безпосередньо породжує права та обов'язки і не вимагає правозастосовного акта виконавчої влади щодо конкретної особи. Якщо ж закон вимагає ухвалення такого акта виконавчого органу, скаржник має чекати на його ухвалення, і за можливості, оскаржити цей правозастосовний акт до компе-

¹ Юсупова Е. Конституционная жалоба как средство защиты прав человека в земле Бранденбург (ФРГ) / Е. Юсупова // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – 2007. – № 3. – С. 131.

тентного суду загальної юрисдикції. І лише після цього можлива подача конституційної скарги на рішення суду останньої інстанції¹. Отже, скарги проти законів або підзаконних нормативно-правових актів теоретично можливі, але в більшості випадків недопустимі².

Стаття 93а Закону «Про Федеральний Конституційний Суд» зазначає, що конституційна скарга вимагає *«прийняття»* (англ. — *acceptance*), тобто Суд має вирішити, чи відповідає скарга вимогам прийнятності, і відповідно, чи підлягає вона судовому розгляду. В тій же статті Закону визначається, що конституційна скарга має бути прийнята, якщо вона: 1) має *фундаментальне конституційне значення* (стаття 93а пункт 2(а) Закону); 2) подана з метою захисту фундаментальних прав, визначених вище у статті 90 пункті 1 Закону, і *скаржник зазнає особливо тяжкої шкоди* у разі відмови у розгляді конституційної скарги (стаття 93а пункт 2(б) Закону).

Інші вимоги (критерії) прийнятності конституційної скарги визначені в статті 13 пункті 8«а», а також Розділі 15 (статтях 90–95) Закону «Про Федеральний Конституційний Суд». До ключових критеріїв прийнятності конституційної скарги належить *вичерпання всіх засобів правового захисту* (стаття 90 пункт 2 Закону). Для врегулювання спорів між громадянами або громадянином та державою функціонують компетентні суди «загальної, адміністративної, фінансової, трудової та соціальної юрисдикції» (стаття 95 Основного Закону). Практично кожне судове рішення може бути переглянуто однією або навіть декількома вищестоящими судовими інстанціями відповідної спеціалізації. Скаржник має використати всі наявні юридичні можливості захисту свого права, в іншому випадку конституційна скарга буде визнана непринятною.

¹ Барли К. Конституционная жалоба в Германии / К. Барли // Вестн. Конституц. Суда Азербайджанской Республики. – 2003. – № 1. – С. 87.

² В окремих справах ФКС було визнано, що закон сам по собі зараз та безпосередньо зачіпає фундаментальні права осіб. Так, ФКС була розглянута конституційна скарга щодо Закону «Про безпеку повітряного простору» від 11 січня 2005 р., положення якого (§ 14.3) передбачали застосування федеральними збройними силами зброї, аж до припинення польоту повітряного судна, якщо існувала вірогідність захоплення його терористами для здійснення терористичного акту. Це положення було визнано ФКС таким, що суперечить статтям 1 та 2 Конституції ФРН та втратило юридичну силу. (Докладніше див.: Герасимова Е. Конституционная жалоба как полномочие Конституционного Суда России и Федерального конституционного суда Германии: сравнительно-правовой анализ / Е. Герасимова // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – № 4. – С. 95).

Така вимога обумовлена низкою обставин. По-перше, німецькі дослідники неодноразово наголошували, що *конституційна скарга* — це *екстраординарний засіб правового захисту*¹, покликаний виконувати *субсидіарну функцію* стосовно системи судів загальної юрисдикції в частині захисту прав осіб. По-друге, вимога, що розглядається, підкреслює відповідальність судів загальної юрисдикції за охорону та захист конституційних цінностей при розгляді судових справ за чинним законодавством. Цей принцип прямо впливає із засадничого положення статті 1 частини 3 Конституції ФРН, де визначено, що закріплені в Основному Законі *фундаментальні права обов'язкові для законодавчої, виконавчої влади та правосуддя як безпосередньо діюче право*. По-третє, вимога щодо вичерпання всіх засобів правового захисту дозволяє суттєво зменшити велику кількість конституційних скарг та надає можливість ФКС сконцентруватися на конституційних питаннях.

У той же час Закон «Про Федеральний Конституційний Суд» в тій самій статті 90 пункті 2 допускає винятки з вимоги щодо вичерпання всіх засобів правового захисту, у випадку загальної доцільності або якщо попереднє звернення до інших судових інстанцій потягне за собою серйозну та невідворотну шкоду для скаржника.

Закон «Про Федеральний Конституційний Суд» (стаття 93) як одну з вимог прийнятності конституційної скарги визначає *терміни, в які вона має бути подана*, з моменту ухвалення акта або вчинення дії (бездіяльності) органів державної влади, що, на думку скаржника, порушують його фундаментальні права. Конституційна скарга на *судове рішення або адміністративний акт виконавчої влади* повинна бути подана протягом *одного місяця*. Якщо конституційна скарга стосується *закону*, то вона може бути подана тільки протягом *одного року після набуття ним чинності*.

Що стосується інших критеріїв прийнятності, то жодних спеціальних вимог відносно *форми конституційної скарги* не існує, окрім тієї, що всі скарги мають бути подані у письмовому вигляді. Також відсутня вимога щодо обов'язку скаржника бути представленим *адвокатом* при поданні скарги до ФКС, хоча кожна особа має право скористатися

¹ Див: Walter S. Competencies and Functioning of the Federal Constitutional Court of Germany / Report / Seminar on «Constitutional Control: Basic Problems of Legal Proceedings, Organisation and Practice» (Batumi, 3–4 June 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU\(2002\)035-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU(2002)035-e.asp); Барли К. Конституційна скарга в Німеччині / К. Барли // Вестн. Конституц. Суда Азербайджанской Республики. – 2003. – № 1. – С. 87.

правовою допомогою. Лише в усних слуханнях скаржник має бути представлений адвокатом, проте такі слухання мають місце лише як рідкісний виняток. Як зазначає К. Барлі, в принципі, слухання за конституційними скаргами, як і всі інші слухання перед ФКС, *безкоштовні*. Проте Суд може накласти штраф до 2600 € у випадку, якщо конституційна скарга була подана в образливій манері, хоча така практика була використана при розгляді лише 1 % скарг¹. Розглянуті вимоги щодо прийнятності конституційних скарг ретельно перевіряються ФКС через спеціальну процедуру *допуску (приймання)*, що була вперше встановлена в 1963 році з метою підвищення ефективності роботи Суду. Ця процедура означає, що конституційна скарга підлягає розгляду лише за умови, якщо її допущено до вирішення ФКС через відповідність усім вказаним критеріям.

Таким чином, у правовій системі ФРН інститут конституційної скарги ретельно розроблений на нормативному рівні та ефективно функціонує з моменту запровадження і до цього часу. Багаторічний практичний досвід ФКС щодо вирішення конституційних скарг, а також всі позитивні та проблемні моменти німецького підходу до основних елементів правового механізму функціонування² цього конституційно-правового інституту мають бути враховані при визначенні перспективного запровадження і в Україні.

Передусім слід підтримати досить широкий підхід ФРН до визначення кола суб'єктів, наділених правом звернення з конституційною скаргою до органу конституційної юрисдикції та віднести до них фізичних і юридичних осіб приватного права, тобто громадян, а також іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб у разі порушення прав, визнаних за ними Конституцією України³.

Стосовно доцільності визнання територіальних громад суб'єктами конституційної скарги з огляду на досвід ФРН щодо наділення таким правом обшин і об'єднань обшин у разі порушення їх права на самоврядування, вважаємо це для України передчасним через низку причин,

¹ Барлі К. Конституционная жалоба в Германии / К. Барлі // Вестн. Конституц. Суда Азербайджанской Республики. – 2003. – № 1. – С. 88.

² Щодо основних елементів правового механізму функціонування конституційної скарги також див.: Гультай М. До питання про необхідність впровадження конституційної скарги в Україні / М. М. Гультай // Вісн. Конституц. Суду України. – 2010. – № 6. – С. 116–118.

³ Цю думку поділяють П. Євграфов та М. Тесленко, тоді як А. Портнов вважає, що суб'єктами конституційної скарги мають бути лише фізичні особи.

серед яких остаточно невизначеність юридичного статусу територіальної громади, необхідність вдосконалення самої системи місцевого самоврядування та ін.

Як було вказано вище, у ФРН предметом конституційної скарги є досить широкий перелік нормативно-правових та індивідуальних юридичних актів органів державної влади, від законів та інших актів парламенту, до судових рішень. Слід визнати, що на першому етапі впровадження конституційної скарги в Україні її предметом не мають виступати судові рішення чи інші правозастосовні акти уповноважених державних органів; коло підзаконних нормативно-правових актів, що можуть становити предмет конституційної скарги, також підлягає обмеженню¹. Аргументи на користь цієї позиції полягають у тому, що визнання необмеженого переліку юридичних актів органів держави як предмета конституційної скарги призведе не лише до надмірного перевантаження Конституційного Суду України (далі — КСУ), а й до виходу його за межі власної компетенції та втручання у сферу повноважень судів загальної юрисдикції, перетворення на «четверту» інстанцію. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР до повноважень останнього не належать питання щодо законності актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, а також інші питання, віднесені до компетенції судів загальної юрисдикції.

На наше переконання, логічно обґрунтованим та коректним з техніко-юридичних позицій предметом конституційної скарги виступатиме перелік юридичних актів, які на сьогодні є предметом конституційного контролю відповідно до частини 1 статті 150 Конституції України, а саме: *закони України та інші правові акти Верховної Ради України, акти Президента України та Кабінету Міністрів України, правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим (далі — закони та інші правові акти)*.

У разі запровадження інституту конституційної скарги в сучасних українських реаліях необхідно встановити жорсткі умови щодо її прийнятності, чому сприятиме використання викладеного вище досвіду ФРН. Передусім, з метою запобігання зловживанню правом на консти-

¹ На думку А. Селіванова та П. Євграфова, предметом конституційної скарги в Україні мають бути виключно закони. М. Тесленко вважає, що до нього слід віднести закони та інші правові акти, які були застосовані або підлягають застосуванню в конкретній справі.

туційну скаргу та забезпечення єдиного органу конституційної юрисдикції від використання його у політичних цілях, умовою прийнятності конституційної скарги має виступати *порушення конституційних прав і свобод* скаржника в результаті застосування закону чи іншого правового акта (їх окремих положень), конституційність яких оскаржується.

Слід підкреслити, що конституційна скарга має містити докази порушення саме конституційних прав і свобод, яким притаманний фундаментальний характер, а не будь-яких суб'єктивних прав, що опосередковано впливають, на думку скаржника, з його прав людини. Причому, оскільки при розгляді конституційної скарги вирішується питання про *конституційність* законів чи інших правових актів (їх окремих положень), порушені конституційні права і свободи мають розумітися у вузькому значенні як *права та свободи, закріплені Конституцією України, передусім її Розділом II «Права, свободи і обов'язки людини і громадянина»*. Такий підхід цілком відповідає вимозі щодо порушення державною владою Німеччини визначеного у статті 93 частині 1 пункті «4а» Конституції ФРН переліку основоположних прав, закріплених в її Основному Законі, як підстави конституційної скарги.

Вважаємо, що в сьогоденних умовах України слід поширити інститут конституційної скарги лише на випадки, коли порушення конституційних прав і свобод фактично відбулося і особа вжила всіх правових засобів для захисту та (або) відновлення порушеного права в передбаченому законом порядку. Отже, категоричною вимогою до прийнятності конституційної скарги, як і в ФРН, має стати *вичерпання особою всіх засобів правового захисту* на рівні судів загальної юрисдикції або інших правозастосовних органів, якщо ухвалені ними рішення є остаточними і не підлягають оскарженню в звичайному судовому порядку.

Таким чином, у запропонованій нами моделі конституційної скарги під час її розгляду КСУ встановленню підлягатиме: чи мало місце порушення прав людини і громадянина, закріплених в Розділі II Конституції України в результаті застосування закону або іншого правового акта (їх окремих положень); чи вичерпані особою всі інші засоби правового захисту порушеного права в межах національної правової системи; чи закон або інший правовий акт (їх окремі положення) відповідають Конституції України, передусім її Розділу II, або є неконституційними. Якщо КСУ визнає, що закон чи інший правовий акт (їх окремі положення) є конституційними, проте були застосовані в не-

конституційний спосіб, він надає їх офіційне тлумачення, яке має обов'язкову юридичну силу.

Такий підхід у цілому відповідає послідовності дій ФКС у випадках, коли він встановлює, що суд загальної юрисдикції застосував при розгляді справи закон, який є неконституційним, або застосував конституційний закон у неконституційний спосіб, тобто інтерпретував його всупереч Основному Закону ФРН¹. Проте, на відміну від ФКС, КСУ не скасовуватиме саме рішення суду або іншого правозастосовного органу. Рішення органу конституційної юрисдикції України за результатами розгляду конституційної скарги, яким закон чи інший правовий акт (їх окремі положення) визнані неконституційними, або надано їх офіційне тлумачення, виступатиме підставою для перегляду індивідуального акта, яким було порушено права скажника, у порядку, аналогічному до реагування на рішення Європейського суду з прав людини проти України.

Щодо інших умов прийнятності конституційної скарги, то вважаємо за доцільне встановити, як і в ФРН, правило, що конституційна скарга може бути подана протягом місячного терміну з моменту ухвалення остаточного рішення суду або іншого правозастосовного органу, яким, на думку скажника, були порушені його конституційні права внаслідок застосування відповідного закону чи іншого правового акта (їх окремих положень). Доцільно також розглянути питання про встановлення грошових стягнень за зловживання правом на конституційну скаргу, тоді, як реалізація цього права відповідно до вимог закону має бути безкоштовною.

Нарешті, у разі запровадження в Україні інституту конституційної скарги, в обов'язковому порядку необхідно належним чином регламентувати на нормативному рівні процедуру *допуску (приймання)* конституційних скарг, аналогічну тій, яка функціонує в системі конституційної юстиції ФРН. Це обумовлює необхідність її ґрунтовного аналізу в межах самостійного дослідження.

Наведені пропозиції можуть викликати справедливі зауваження та потребують широкої фахової дискусії задля погодження адаптованої до системи конституційної юстиції України моделі конституційної

¹ Див.: Walter S. Competencies and Functioning of the Federal Constitutional Court of Germany / Report / Seminar on "Constitutional Control: Basic Problems of Legal Proceedings, Organisation and Practice" (Batumi, 3–4 June 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU\(2002\)035-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-JU(2002)035-e.asp)

скарги, що враховує найкращий досвід ФРН та інших країн світу у сфері її впровадження. Це дозволить наблизити перспективи визнання в Україні інституту конституційної скарги, враховуючи активізацію конституційно-правової реформи та ініціативу створення Конституційної Асамблеї для підготовки змін до Конституції України¹.

Гультай М. Опыт функционирования института конституционной жалобы в Федеративной Республике Германии и перспективы его внедрения в Украине

Статья посвящена установлению роли института конституционной жалобы в системе конституционного судопроизводства ФРГ; определению основных элементов правового механизма его функционирования (субъектов представления, предмета, критериев приемлемости конституционной жалобы и др.); а также направлений имплементации опыта ФРГ в процессе формирования надлежащей модели конституционной жалобы для Украины.

Ключевые слова: судебный конституционный контроль, конституционное правосудие, конституционная жалоба, субъекты конституционной жалобы, объекты конституционной жалобы, Федеральный Конституционный Суд ФРГ, Конституционный Суд Украины.

Gultay M. Experience of functioning of constitutional complaint in Germany and prospects of its implementation in Ukraine

The article is devoted to estimation of the role of constitutional complaint in the German system of constitutional justice; determination of basic elements of legal mechanism of its functioning (subjects, objects, criteria of acceptance of constitutional complaint etc.) and the way of implementation of German experience in the process of developing of the proper model of constitutional complaint for Ukraine.

Keywords: Judicial constitutional control, constitutional justice, constitutional complaint, subjects of constitutional complaint, objects of constitutional complaint, Federal Constitutional Court of Germany, Constitutional Court of Ukraine

¹ Див.: Указ Президента України «Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї» від 21 лютого 2011 р. № 224/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=224%2F2011>

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15:342.525

В. Гончаренко, член-коресподент НАПрН
України

Правовий статус Президії Верховної Ради України за часів перебудови і у перші роки незалежності України

У період так званої перебудови (1985–1991 рр.) у державному апараті СРСР у цілому, в УРСР у тому числі, відбулися помітні зміни. Стосувалися вони правового статусу як Верховної Ради УРСР, так і Президії Верховної Ради УРСР.

Так, Верховна Рада УРСР прийняла 27 жовтня 1989 р. Закон «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР», яким внесено істотні зміни до розділу 12 Конституції УРСР 1978 р., що регламентував організацію та діяльність Верховної Ради УРСР¹. Так, значно розширювався перелік питань, які належали виключному віданню Верховної Ради УРСР, а також повноваження Голови Верховної Ради УРСР. Він тепер вважався найвищою службовою особою республіки і представляв УРСР у країні і в міжнародних відносинах. Верховна Рада УРСР набувала право обирати строком на 10 років Комітет конституційного нагляду УРСР. Законом були внесені зміни до кількісного складу Верховної Ради УРСР. Тепер Верховна Рада УРСР складалася не з 650, а 450 народних депутатів УРСР, які обиралися по виборчих округах з майже однаковою кількістю виборців. І все ж таки, незважаючи на суттєві зміни статей Конституції УРСР, які стосувалися Верховної Ради УРСР, Закон від 27 жовтня 1989 р. залишив за нею статус найвищого органу державної влади УРСР з правом необмеженого втручання в компетенцію органів виконавчої та судової влади республіки, що суперечило принципу розподілу влади.

¹ Десята сесія Верховної Ради Української РСР (одинадцяте скликання), 25–28 жовтня 1989 року : Стенографічний звіт. – К. : Політвидав України, 1990. – С. 317–331.

Не залишилися незмінними і статті Конституції УРСР 1978 р., які стосувалися Президії Верховної Ради УРСР. Правовий статус, склад, предмети відання Президії Верховної Ради УРСР визначалися в Конституції УРСР у редакції Закону від 27 жовтня 1989 р. вже не так, як у первісній редакції Конституції УРСР 1978 р. Перш за все змінилася нумерація статей, які стосувалися Президії Верховної Ради УРСР. По-новому давалося визначення Президії Верховної Ради УРСР. Якщо в ст. 106 Конституції в первинній редакції визначалося, що Президія Верховної Ради УРСР — це «постійно діючий орган Верховної Ради Української РСР, що є підзвітним їй в усій своїй діяльності і здійснює в межах, передбачених цією Конституцією, функції найвищого органу державної влади Української РСР у період між її сесіями»¹, то тепер, згідно зі ст. 105 Конституції в редакції Закону від 27 жовтня 1989 р. Президія Верховної Ради УРСР визначалася «підзвітним Верховній Раді Української РСР органом, який забезпечує організацію роботи Верховної Ради Української РСР та здійснює інші повноваження в межах, передбачених Конституцією Української РСР і законами Української РСР»². Таким чином, Конституція УРСР тепер вже не говорить про Президію Верховної Ради УРСР як про орган з функціями найвищого органу державної влади Української РСР у період між сесіями Верховної Ради УРСР. Цим підкреслювалося, що в УРСР діє тільки один найвищий орган державної влади республіки — Верховна Рада УРСР. Про підсилення ролі Верховної Ради УРСР свідчить і новий порядок формування Президії Верховної Ради УРСР. Якщо за Конституцією УРСР 1978 р. у первинній редакції Президія Верховної Ради УРСР обиралася з числа депутатів у складі Голови Президії Верховної Ради УРСР, трьох заступників Голови, Секретаря Президії і двадцяти членів Президії Верховної Ради УРСР, то тепер (згідно зі ст. 105, ч. 2) до складу Президії Верховної Ради УРСР входили за посадою: Голова Верховної Ради УРСР, Перший заступник Голови Верховної Ради УРСР, заступник Голови Верховної Ради УРСР, Голова Комітету народного контролю УРСР, голови постійних комісій Верховної Ради УРСР. Очолював Президію Верховної Ради УРСР Голова Верховної Ради УРСР. Голова ж Верховної Ради УРСР, згідно зі ст. 107 нової редакції Конституції УРСР, ставав найвищою службовою особою республіки і пред-

¹ Історія конституційного законодавства України : 36. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. — Х. : Право, 2007. — С. 145.

² Відом. Верхов. Ради УРСР. — 1989. — № 45. — Ст. 624.

ставляв УРСР у країні і в міжнародних відносинах. Закріплений у Конституції УРСР склад Президії Верховної Ради УРСР наближав Президію до самої Верховної Ради УРСР, посилюючи її статус як органу Верховної Ради УРСР.

У Конституції УРСР у редакції Закону від 27 жовтня 1989 р. були виписані предмети відання Президії Верховної Ради УРСР. Так, у ст. 106 Конституції визначалося, що Президія Верховної Ради УРСР:

- «1) скликає сесії Верховної Ради Української РСР;
- 2) організує підготовку сесій Верховної Ради Української РСР;
- 3) у міжсесійний період у разі необхідності видає укази, якими вносить зміни і доповнення в чинні законодавчі акти Української РСР, з обов'язковим поданням їх на затвердження чергової сесії Верховної Ради Української РСР;
- 4) координує діяльність постійних комісій Верховної Ради Української РСР;
- 5) сприяє народним депутатам Української РСР у здійсненні ними своїх повноважень і забезпечує їх необхідною інформацією;
- 6) здійснює контроль за додержанням Конституції Української РСР;
- 7) організує підготовку і проведення всенародних голосувань (референдумів), а також народних обговорень проектів законів Української РСР та інших найважливіших питань державного життя республіки;
- 8) проводить найменування та перейменування селищ міського типу, сіл;
- 9) нагороджує державними нагородами Української РСР; присвоює почесні звання Української РСР;
- 10) приймає до громадянства Української РСР; вирішує питання про надання притулку;
- 11) здійснює помилювання громадян, засуджених судами Української РСР;
- 12) призначає і відкликає дипломатичних представників Української РСР в іноземних державах і при міжнародних організаціях;
- 13) приймає вірчі й відкличні грамоти акредитованих при ній дипломатичних представників іноземних держав;
- 14) розглядає з Президією Верховної Ради СРСР питання про оголошення на території Української РСР воєнного або надзвичайного стану в інтересах захисту країни і безпеки громадян;
- 15) оголошує в разі необхідності надзвичайний стан в окремих місцевостях Української РСР в інтересах безпеки громадян;

16) оголошує в разі необхідності окремі місцевості Української РСР зонами екологічного лиха;

17) публікує українською і російською мовами закони Української РСР та інші акти, прийняті Верховною Радою Української РСР, Президією Верховної Ради Української РСР, Головою Верховної Ради Української РСР; сприяє публікації зазначених актів у перекладі іншими мовами, якими користується більшість населення відповідних місцевостей республіки»¹. Президії Верховної Ради УРСР надавалося право видавати укази і приймати постанови (ст. 106). Як видно, і після внесення Законом від 27 жовтня 1989 р. змін до Конституції УРСР 1978 р. Президія Верховної Ради УРСР все ще зберігала ті три основні функції, якими вона наділялася Конституцією УРСР 1978 р. первісної редакції: органу Верховної Ради УРСР; органу, що виконував деякі функції найвищого органу влади у міжсесійний період і колегіального глави держави. Остання функція Президії Верховної Ради УРСР посилювалася тим, що вона очолювалася Головою Верховної Ради УРСР. Окрім питань, перелічених у ст. 106 Конституції, Президія Верховної Ради УРСР здійснювала ще деякі повноваження, закріплені за нею Конституцією УРСР у редакції Закону від 27 жовтня 1989 р. Так, у період між сесіями Верховної Ради УРСР народний депутат Української РСР не міг бути притягнутий до кримінальної відповідальності, заарештований або підданий заходам адміністративного стягнення, які накладаються в судовому порядку, без згоди Президії Верховної Ради УРСР. Згідно зі ст. 112 Конституції у редакції Закону від 27 жовтня 1989 р. Президія Верховної Ради УРСР могла запропонувати Комітету конституційного нагляду Української РСР надати висновок про відповідність Конституції УРСР і законам Української РСР актів місцевих Рад народних депутатів, інших державних органів і громадських організацій республіки. Згідно зі ст. 103 Конституції УРСР Президія Верховної Ради УРСР мала право законодавчої ініціативи у Верховній Раді УРСР. Таким чином, і після внесення змін і доповнень до Конституції УРСР 1978 р. Законом від 27 жовтня 1989 р. Президія Верховної Ради УРСР залишалася досить дієвим органом у системі центральних органів влади і управління УРСР. І все ж таки після внесення Законом від 27 жовтня 1989 р. змін і доповнень до Конституції УРСР, що залишили за Президією Верховної Ради УРСР виконання нею деяких функцій найвищого органу влади у міжсесійний період, не робило

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1989. – № 45. – Ст. 624.

Президію рівноцінною Верховній Раді УРСР, яка була єдиним найвищим органом державної влади УРСР. Не впливало на статус Верховної Ради УРСР як єдиного найвищого органу державної влади республіки і надання Президії Верховної Ради УРСР ст. 106 Конституції УРСР права вносити у разі необхідності в міжсесійний період змін і доповнень до чинних законодавчих актів УРСР.

Процес суверенізації союзних республік, який активно почав відбуватися у 1989–1990 рр. у СРСР, обумовив прийняття союзними республіками Декларацій про державний суверенітет. 16 липня 1990 р. Верховна Рада УРСР прийняла «Декларацію про державний суверенітет України»¹. Сформульовані в цьому історичному документі положення наділяли Українську РСР, яка в цей час була однією з союзних республік у складі Союзу РСР, таким обсягом суверенних прав у галузі державного, господарського, соціально-культурного будівництва, міжнародних відносин, котрі притаманні фактично суверенній незалежній державі. Виходило, що Верховна Рада УРСР і сформована нею Президія Верховної Ради УРСР з прийняттям Декларації про державний суверенітет України набували статусу органів влади фактично незалежної держави. Із прийняттям Декларації про державний суверенітет України на порядку денному постало питання докорінного реформування державної влади в УРСР і внесення у зв'язку з цим змін і доповнень до діючої Конституції УРСР. Річ у тім, що Декларація про державний суверенітет України містила фундаментальне положення про побудову державної влади на основі розподілу на три гілки. У розділі III Декларації «Державна влада» зазначалося: «Державна влада в Республіці здійснюється за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу та судову». Провадження цього принципу у практику державного будівництва в УРСР вимагало деякого часу і формування дієвого інституту виконавчої влади. 5 липня 1991 р. Верховна Рада УРСР прийняла Закон «Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР»². Тоді ж Верховна Рада УРСР прийняла закони «Про Президента Української РСР»³, «Про вибори Президента Української РСР»⁴. Законом «Про заснування Президента Української РСР і вне-

¹ Закони України. Т. I. – К., 1996. – С. 5–9.

² Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 33. – Ст. 445.

³ Там само. – Ст. 446.

⁴ Там само. – Ст. 448.

сення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР» Конституція УРСР була доповнена новою главою 12¹ «Президент Української РСР». Згідно зі ст. 114¹ Президент Української РСР набув статусу найвищої посадової особи Української держави і глави виконавчої влади. Його повноваження визначалися Конституцією УРСР. Перелік питань, віднесених до компетенції Президента Української РСР, наводилися в ст. 114⁵ Конституції.

Заснування поста Президента Української РСР наближало побудову державної влади в республіці на принципі поділу на гілки і певною мірою вплинула на статус Верховної Ради УРСР і Президії Верховної Ради УРСР у частині скорочення предметів їх відання. Так, частина питань, які перебували до заснування посади Президента Української РСР у віданні Президії Верховної Ради УРСР, були передані до відання Президента. Це було зроблено шляхом прийняття Закону «Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР» від 5 липня 1991 р. Зі статті 106 Конституції УРСР, в якій наводилися предмети відання Президії Верховної Ради УРСР, виключалися пункти 9, 10, 11, 13, 14 і 16¹. Як видно, Президія Верховної Ради УРСР утратила повноваження колегіального глави держави, які вона традиційно мала впродовж багатьох десятиліть після прийняття ще Конституції УРСР 1937 р.

Подальша еволюція конституційного статусу Президії Верховної Ради УРСР відбувалася вже після проголошення 24 серпня 1991 р. незалежності України. 17 вересня 1991 р. Верховна Рада УРСР прийняла Закон «Про внесення змін і доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР, яким, зокрема, у назві й тексті Конституції слова «Українська Радянська Соціалістична Республіка» та «Українська РСР» замінювалися словом «Україна»². Президія Верховної Ради УРСР почала називатися Президією Верховної Ради України.

У зв'язку з початком розбудови самостійної Української держави на порядку денному постало питання подальшої реформи всього державного механізму країни, у том числі найвищої його ланки, зокрема Верховної Ради України, яка і після проголошення незалежності України і обрання 1 грудня 1991 р. Президента України все ще залишалася, згідно з Конституцією України, найвищим органом державної влади України, правомочним розглядати і вирішувати будь-яке питання, що

¹ Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 33. – Ст. 445.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1991. —№ 46. – Ст. 619.

належало до відання України. Подібне визначення статусу Верховної Ради України явно суперечило теорії і розпочатій в Україні практиці розподілу влади. Певні зрушення зі зміни такого становища розпочалися після того, як 14 лютого 1992 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про зміни і доповнення до Конституції (Основного Закону) України». До Конституції були внесені суттєві зміни, які стосувалися конституційного статусу Верховної Ради України і Президії Верховної Ради України. Зміни стосувалися частин першої і другої статті 97 Конституції України. Вони тепер були викладені у такій редакції: «Стаття 97. Єдиним органом законодавчої влади України є Верховна Рада України. Верховна Рада України правомочна розглядати і вирішувати будь-яке питання, що не входить згідно з Конституцією до компетенції органів державної виконавчої чи судової влади, а також не є таким, що вирішується виключно всеукраїнським референдумом»¹.

Таким чином, відбулася трансформація статусу Верховної Ради України від найвищого представницького органу державної влади, необмеженого у своїх повноваженнях (після проголошення незалежності України) до єдиного законодавчого органу, позбавленого права втручатися в питання, що перебували у віданні органів виконавчої і судової влади. Статус Верховної Ради України почав більше відповідати принципу розподілу влади. Наділення Верховної Ради України статусом єдиного органу законодавчої влади України вимагало вирішення питання про право Президії Верховної Ради України втручатися в законодавчу діяльність Верховної Ради України, чим вона активно займалася впродовж багатьох років після свого утворення ще Конституцією УРСР 1937 р. Річ у тім, що Конституція України 1978 р. (з наступними змінами і доповненнями) наділяла Президію Верховної Ради України правом у разі необхідності вносити зміни до чинних законодавчих актів у міжсесійний період з наступним поданням на затвердження чергової сесії Верховної Ради України. Законом від 14 лютого 1992 р. Президія Верховної Ради України позбавлялась права впливати на законодавчі акти, що приймалися Верховною Радою України. Справа у тому, що зазначеним законом зі статті 106 Конституції України виключався пункт 3, який наголошував, що Президія Верховної Ради України: «3) у міжсесійний період у разі необхідності видає укази, якими вносить зміни і доповнення в чинні законодавчі акти

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. — № 20. – Ст. 271.

України, з обов'язковим поданням їх на затвердження чергової сесії Верховної Ради України». Законом від 14 лютого 1992 р. була змінена частина друга статті 106 Конституції України. Тепер замість формули: «Президія Верховної Ради України видає укази і приймає постанови», частина друга статті 106 Конституції була викладена у такій редакції: «Президія Верховної Ради України приймає постанови»¹. Тобто Верховна Рада України дійсно ставала єдиним державним органом, правомочним приймати закони і вносити до них зміни самостійно, оскільки, починаючи з Верховної Ради України дванадцятого скликання (розпочала роботу 15 травня 1990 р.) набирала рис справжнього парламенту, сесії якої почали тривати, як і належить справжньому парламенту, по кілька місяців. Таким чином, Верховна Рада сама була спроможна оперативно вирішити питання про внесення у разі необхідності змін до прийнятих нею правових актів. Законом від 14 лютого 1992 р. з відання Президії Верховної Ради України було вилучено питання, визначене у п. 15 статті 106 Конституції, а саме: оголошення в разі необхідності надзвичайного стану в окремих місцевостях України в інтересах безпеки громадян. Цими питаннями почав займатися Президент України.

Таким чином, Президія Верховної Ради України дедалі більше набувала статусу підзвітного Верховній Раді України органу, що забезпечував перш за все організацію роботи Верховної Ради України. Після 14 лютого 1992 р. у віданні Президії Верховної Ради України залишилися такі питання: 1) скликання сесій Верховної Ради України; 2) організація підготовки сесій Верховної Ради України; 3) координація діяльності постійних комісій Верховної Ради України; 4) сприяння народним депутатам України у здійсненні ними своїх повноважень і забезпечення їх необхідною інформацією; 5) здійснення контролю за додержанням Конституції України; 6) організація підготовки і проведення всеукраїнських голосувань (референдумів), а також народних обговорень проектів законів України та інших найважливіших питань державного життя республіки; 7) проведення найменування та перейменування селищ міського типу, сіл; 8) публікація українською і російською мовами законів України та інших актів, прийнятих Верховною Радою України, Президією Верховної Ради України, Головою Верховної Ради України; сприяння публікації зазначених актів у перекладі іншими мовами, якими користувалася більшість населення відповідних місцевостей республіки.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 20. – Ст. 271.

27 липня 1994 р. Верховна Рада України прийняла Регламент Верховної Ради України¹. У розділі 4 «Народні депутати України, посадові особи і органи Верховної Ради України» містилася глава 4.5 «Президія Верховної Ради України»². На чотирьох сторінках «Відомостей Верховної Ради України» містилися норми, що стосувалися Президії Верховної Ради України. Перш за все було врегульоване питання про таку форму роботи Президії Верховної Ради України, як її засідання (ст. 4.5.2). У статті 4.5.3 Регламенту визначався порядок протоколювання і стенографування засідань Президії Верховної Ради. Стаття 4.5.4 Регламенту визначала дії Президії Верховної Ради у зв'язку зі скликанням сесій Верховної Ради України. Статтею 4.5.5 визначалися дії Президії Верховної Ради по координації і організації діяльності постійних і тимчасових комісій Верховної Ради України. Стаття 4.5.6 визначала заходи, які мала здійснювати Президія Верховної Ради з метою допомагати депутатам Верховної Ради у виконанні ними своїх повноважень. Низку важливих заходів мала здійснювати Президія Верховної Ради відповідно до норм статті 4.5.7 Регламенту. Так, Президія повинна була за пропозиціями відповідних комісій Верховної Ради організовувати планування роботи з підготовки проектів законів України та актів Верховної Ради. Президія Верховної Ради повинна була вирішувати питання, пов'язані з організацією відносин Верховної Ради та її органів з парламентами інших країн та міжнародними організаціями. Президії предписувалась розробка проекту кошторису витрат Верховної Ради України. Нарешті, Президія Верховної Ради зобов'язувалась забезпечувати контроль за комплектуванням Національної парламентської бібліотеки України літературою та іншими інформаційними матеріалами як національних, так і зарубіжних видань. Згідно зі ст. 4.5.8 Регламенту, Президія Верховної Ради для підготовки проектів документів з питань, що входили до компетенції, вивчення питань, що належали до повноважень Верховної Ради України, і підготовки інформації для депутатів могла створювати у разі необхідності постійні і тимчасові робочі групи Президії Верховної Ради (крім ревізійних і слідчих). Остання 4.5.9 стаття глави 4.5 «Президія Верховної Ради України» Регламенту зобов'язувала Президію Верховної Ради не рідше одного разу на рік звітувати перед Верховною Радою про свою діяльність та її результати, організацію та стан справ

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 35. – Ст. 388.

² Там само. – С. 1031–1035.

з питань, віднесених до її відання. Наведене яскраво свідчить про те, що Регламент Верховної Ради України від 27 липня 1994 р. визначив порядок діяльності Президії Верховної Ради, фактично як органу Верховної Ради України, покликаного забезпечувати належну організацію функціонування Верховної Ради і не більше того.

Тенденція до низведення Президії Верховної Ради до організаційного органу Верховної Ради України знайшла своє продовження у такому конституційному правовому акті, як «Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» від 8 червня 1995 р.¹ Декілька статей цього правового акта стосувалися Президії Верховної Ради України. Так, у ст. 9 зазначалося, що Голова Верховної Ради України, його заступники, голови постійних комісій і керівники депутатських груп, фракцій Верховної Ради України утворювали Президію Верховної Ради України. У цій же статті зазначалося, що «Президія Верховної Ради України є підзвітним Верховній Раді України органом, який здійснює свої повноваження в межах, передбачених цим Законом». Таким чином, Конституційний Договір прямо визначав статус Президії Верховної Ради України — це орган Верховної Ради України. Згідно зі ст. 10 Договору: «Стаття 10. Президія Ради України:

- 1) скликає чергові сесії Верховної Ради України;
- 2) організує підготовку сесій Верховної Ради України;
- 3) координує діяльність постійних комісій Верховної Ради України;
- 4) сприяє народним депутатам України у здійсненні ними своїх повноважень і забезпечує їх необхідною інформацією;
- 5) організує проведення всенародних обговорень проектів законів України та інших актів Верховної Ради України;
- 6) організує видання українською і російською мовами законів України та інших актів, прийнятих Верховною Радою України, Президією Верховної Ради України, сприяє виданню зазначених актів у перекладі іншими мовами, якими користується більшість населення відповідних місцевостей України.

Президія Верховної Ради України приймає постанови з питань, віднесених до її відання»². Ведення засідань Президії Верховної Ради

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 18. – Ст. 133.

² Там само

України, підписання прийнятих нею актів покладалося на Голову Верховної Ради України (ст. 12 Договору).

Таким чином, упродовж 1990-х років Президія Верховної Ради поступово втрачала повноваження органу з функціями найвищого органу влади у міжсесійний період, колегіального глави держави і нарешті на середину 1990-х років перетворилася на фактично внутрішній орган Верховної Ради України з організаційними функціями.

Звуження повноважень Президії Верховної Ради України в зазначений період суттєво вплинуло на кількісні і якісні показники діяльності Президії Верховної Ради України. Так, із середини 1991 р. і до лютого 1992 р. Президією Верховної Ради України було прийнято лише 24 укази, зокрема, «Про внесення змін і доповнень до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів Української РСР» від 25 серпня 1991 р.; «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України» від 26 серпня 1991 р.; «Про підпорядкування військових комісаріатів на території України» від 27 серпня 1991 р.; «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 30 серпня 1991 р.; «Про державний гімн України» від 15 січня 1992 р. тощо¹. Останнім у багатовіковій історії Президії Верховної Ради був указ «Про відповідальність за виготовлення з метою збуту та збут підроблених купонів багаторазового використання» від 21 січня 1992 р.² Таким чином, указана діяльність Президії Верховної Ради України припинилася, як того і вимагав Закон від 14 лютого 1992 р., скасувавши право Президії Верховної Ради України видавати укази³. Але за Президією Верховної Ради України ще залишалось право видавати постанови з питань, віднесених до її відання. І такі постанови Президія Верховної Ради приймала. Так, за 1991—першу половину 1996 р. Президія Верховної Ради України прийняла 250 постанов із різних питань⁴. Більша частина цих постанов стосувалась питань про відновлення населеним пунктам колишнього найменування, про присвоєння найменування населеним пунктам, про створення деяких нових районів, про зміну меж деяких міст. Приймалися також постанови, що стосувалися організації діяльності судів, Національного банку України, структури і штатів органів Верховної

¹ Законодавство України. Каталог-2001 : у 3 т. – К. : Вид-во «ФОРУМ» 2001. – Т. 1. – С. 197–198.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 18. – Ст. 246.

³ Там само. – № 20. – Ст. 271.

⁴ Законодавство України. Каталог-2001 : у 3 т. – К. : Вид-во «ФОРУМ». – Т. 1. – С. 199–209.

Ради України тощо. Останньою в історії Президії Верховної Ради України була постанова «Про поширення дії постанови Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1995 р. № 1043 “Про упорядкування оплати праці працівників апарату органів державної виконавчої влади, прокуратури, судів, митної служби та інших органів» на народних депутатів України» від 23 березня 1996 р.¹

Із прийняттям Конституції України 1996 р. у системі центральних державних органів республіки Президія Верховної Ради України вже не була передбачена. У цьому є певний сенс. Згідно з Конституцією України 1996 р. Верховна Рада України стала парламентом України і є «єдиним, загальнонаціональним, представницьким, колегіальним, виборним, однопалатним, постійно діючим органом законодавчої влади в Україні»². Тому нема потреби у міжсесійний період, який є не дуже тривалим, мати якусь дублюючу Верховну Раду інституцію на зразок Президії Верховної Ради.

Гончаренко В. Правовой статус Президиума Верховного Совета Украины в период перестройки и первые годы независимости Украины

В статье обосновывается вывод о том, что постепенно Президиум Верховного Совета СССР (Украины) утрачивал отдельные функции высшего органа государственной власти, которые он имел в период между сессиями Верховного Совета республики. В последние годы своей деятельности Президиум стал органом Верховного Совета Украины для организации его работы. Конституцией Украины 1996 г. Президиум Верховного Совета Украины уже не предусмотрен.

Ключевые слова: Президиум Верховного Совета Украины, изменения статуса в сторону изменений полномочий, функций Президиума.

Goncharenko V. The legal status of the Supreme Soviet of Ukraine in the period of perestroika and the early years of independence of Ukraine.

The article proves the conclusion that Supreme Soviet Presidium of USSR (Ukraine) gradually lost some functions of the supreme organ of state power, which he had between sessions of the Supreme Soviet of the republic. In recent years, the Bureau turned to the authority of the Supreme Soviet of Ukraine to organize his work. Constitution of Ukraine of 1996 Presidium of the Supreme Council of Ukraine has not provided.

Keywords: Presidium of the Supreme body of Ukraine, change of the status towards changes of powers, Presidium functions.

¹ Законодавство України. Каталог-2001 : у 3 т. – К. : Вид-во «ФОРУМ». – Т. 1. – С. 209.

² Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Парлам. вид-во, 1999. – С. 217.

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

УДК 340.12

В. Титов, професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Бенджамін Кардозо про поступ права*

У грудні 1923 р. Кардозо прочитав новий курс лекцій у Єйлському університеті, в якому доповнив і розвинув головні ідеї попереднього курсу, результатом якого у книзі «Природа судового процесу»¹. У цих лекціях він розглядав креативну роль судді, як ланки, що впливає на зміну права, його сутність і застосування.

Вже у травні 1924 р. на підставі цих лекцій він опублікував книгу «Становлення права» (*The Growth of the Law*)². Ця книга витримала багато перевидань, і про її вплив свідчить вже те, що незабаром вхід до Єйлської юридичної школи став увінчаний написом, який виражає її центральну ідею: «Право — це живе становлення, а не незмінний кодекс» (*The Law Is a Living Growth, Not a Changeless Code*). Сам Кардозо попереджував у передмові до цієї нової книги, що в ній є деякі повторення того, що вже було викладене в «Природі судового процесу». Тому в аналізі цієї другої праці я зупинюсь тільки на нових положеннях теорії Кардозо.

Свої лекції він розпочав із констатації двох потреб сучасного йому американського права. Перша полягала у необхідності кардинальної ревізії, що має привнести «вірогідність і порядок у дике середовище прецедентного права». Друга потреба полягала «у філософії, що буде посередником між суперечливими вимогами стабільності й прогресу»³.

* Автор висловлює щирю вдячність урядовим організаціям США – Fulbright Program in Ukraine та Kennan Institute за надання можливості ознайомитися з матеріалами для цієї статті протягом стажування у Woodrow Wilson Center (Washington, DC) у 2006 р.

¹ Про цю книгу див.: Титов В. Д. Внесок Бенджаміна Кардозо в американську юриспруденцію / В. Д. Титов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 2 (64).

² Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963.

³ Там само. – Р. 3.

Перша потреба вже стала широко визнаною, і над її задоволенням розпочав працювати недавно створений Інститут права США. Друга потреба ще тільки набувала належного визнання, і Кардозо у своїй книзі приділяє їй більше уваги.

Філософські розмірковування про право він починає з антиномії — право має бути стабільним, і все ж воно не може стояти на місці. «Спокій і рух ...є однаково руйнівними. Право ...для продовження свого життя повинне знайти якийсь шлях для компромісу. Дві відмінні тенденції, що тягнуть у різні сторони, повинні використовуватися разом... Усе залежить від якості, з якою зроблене це сполучення»¹.

Американське загальне право часто звинувачують у невизначеності. При створенні Американського Інституту права було наведено багато її причин: відсутність згоди щодо основних положень загального права; неточності у використанні юридичних термінів; безліч протиріч і перекручування умов, встановлених законом; розходження між судовими рішеннями в однотипних випадках; великий обсяг зареєстрованих рішень; неуцтво суддів і адвокатів; велика кількість і недосконале трактування власне юридичних питань.

Кардозо вважав, що з усіх цих негативних чинників найбільшу турботу викликає постійно зростаюча кількість судових рішень. «Мальтус, напевно, жажнувся б від результатів використання принципу прецедентного права в нашій країні. Опора на судовий прецедент колись була врівноважуючим фактором, гарантією ...стабільності й визначеності... Збільшення чисельності не відбулося на повазі до права... Через надмірну завантаженість у суддів не залишається часу на те, щоб глибше розібратися в справах. Але навіть якщо часу досить, то потрібно враховувати, що кожна справа, винесена на розгляд суду, є особливою, унікальною, а всі загальні моменти приховані за частковими деталями. Оскільки людське сприйняття обмежене, і розум передусім зауважує саме деталі, то неминуче трапляється так, що універсальний елемент, захований під обгорткою, випускається з уваги, найважливіша істина ігнорується... Ця небезпека ...зростає щодня, тому що збільшується маса й складність проблем... Одна лінія проводиться тут, інша — там. Виходить візерунок із переплечених ниток... Ми потрапимо в мережу павутиння, якщо якийсь допитливий розум не відкриє нам секрет її побудови, щоб ми змогли здійснитися на висоту, з якої добре проглядається цілісність кола»².

¹ Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 3.

² Там само. – P. 4–5.

Саме для такого упорядкування був створений Американський Інститут права¹, і Кардозо поділився зі студентами планами роботи цієї установи. Її метою було «побороти монстра неточності й двозначності» у законодавстві та запропонувати «науково обґрунтований і точний звід правових норм в окремо обраних сферах»². На початковому етапі були визначені сфери контрактного права, цивільних правопорушень, правових колізій і посередництва з тим, що інші сфери будуть обрані пізніше. Кардозо пояснив, що звід має складатися, поперше, із правил, які дозволять отримати адекватне уявлення про предмет суперечки, як, наприклад, у «Колізійному праві» Дайсі або «Зводі доказового права» Стіфена; по-друге, з тих доповнень, прикладів і роз'яснень, які знадобляться для повного розуміння й подальшого практичного застосування цих правил. Додатком до кожного зводу буде трактат, що містить оцінку стану законодавства на даний момент і аналіз та обговорення всіх актуальних проблем, викладених у правилах, із посиланнями на авторитетні джерела.

Особливістю роботи Інституту була (і досі є) широка кооперація університетських фахівців із різних штатів. Групи критиків і консультантів час від часу змінюються, залежно від випадку. Складений проєкт надається для ознайомлення колегам, керівникам Інституту та іншим юридичним авторитетам. Після цього він передається на розгляд до Ради Інституту, в якій докладно розглядається і буде або схвалений, або відхилений³.

Коли ж після всіх експертиз проєкт публікується під егідою Інституту, він наділений лише одним повноваженням — переконувати. «Він втілить у собі єдину думку і буде говорити єдиним голосом, бо університети, адвокати та судді будуть брати участь у його створенні. Я вірю в чинність і значення такого зводу, що потрібний для уніфікації законодавства... Намічений план зводить імовірність провалу до мінімуму. Якщо ці юридичні розуми не зможуть змінити чинне законодавство, тоді це не під силу й нікому іншому. Ви не повинні думати про цей проєкт як про кодекс, наділений обов'язковою чинністю закону. Єдиною чинністю, яку він матиме, принаймні на початковому етапі, буде внутрішня чинність переконання. Подібні зводи правил необхідні не

¹ Див.: American Law Institute. From Wikipedia, the free encyclopedia // http://en.wikipedia.org/wiki/American_Law_Institute. Last modified on 16 April 2011

² Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 6.

³ Там само. – P. 7–8.

для того, щоб перешкоджати і стримувати... розвиток суддівського права, а для того, щоб визволити і підтримати суддів»¹.

Як зазначав А. Корбін у передмові до 12-го видання «Становлення права», до появи цієї книги предметом вивчення в юридичних школах були «позитивне право, правила та принципи, істинні доктрини, коректні визначення. Сьогодні всі вони вважаються продуктами людського конструювання, що змінюються згідно з часом і обставинами та утворюють один великий аспект еволюційного процесу життя»². Сам Кардозо наголошував на еволюційності поступу в праві: «Правосуддя не слід брати штурмом. Його слід домагатися повільними кроками»³. Ці кроки мають бути філософсько виваженими.

Ще в одному з рішень 1917 р. Кардозо висловився проти абсолютизації літери закону при розгляді контрактів: «Право переросло примітивну стадію формалізму, коли точне слово було верховним талісманом, і кожен промах був фатальним. Сьогодні на нього більш широкий погляд. Обіцянка може бути відсутньою, і все ж цілий документ може вміщувати недосконало виражений «інстинкт із зобов'язанням» (*instinct with an obligation*). Якщо це так, тут є контракт»⁴. Розвиваючи цю тему в «Становленні права», Кардозо пов'язує формалізм із тяжінням до визначеності й уточнює свою позицію: «У нашому поклонінні визначеності ми повинні розрізнявати розумну визначеність і обман, золото і позолоту; і потім, коли визначеність досягнута, ми повинні пам'ятати, що вона не є єдине благо; що ми можемо купити її занадто високою ціною; що є небезпека в нескінченній нерухомості так само, як і у нескінченному русі; і що має бути знайдений компроміс у принципі зростання»⁵.

У другій лекції Кардозо розглянув питання взаємозв'язку між категоріями «право» і «закон», яке залишається актуальним для сучасної філософії права у пострадянських країнах. Він посилається на думку Р. Паунда, який скаржився на двозначність слова *law*, що в одному розумінні відповідає терміну «закон» у правових приписах, а в іншо-

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 9.

² Corbin A. L. Preface / A. L. Corbin // Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London: Yale University Press, 1963. – P. V.

³ Cardozo B. N. Lecture at Yale University Law School (1923), quoted in *The American Journal of International Law*, 1935. – Vol. 29. – P. 32.

⁴ *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917).

⁵ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London: Yale University Press, 1963. – P. 16–17.

му — у контексті доктрин і традицій — терміну «право». «Спроба деяких юристів обмежити право в його належному сенсі до першого із цих значень, включаючи відмову поширювати його на друге значення, закінчується в скептичному нігілізмі, що є запереченням усього права. Те, що залишається, є не сукупністю правил загального застосування, а просто ізольованими судженнями, що зв'язують тільки частини, і гублять їхню якість права саме в той момент, коли вони одержують її»¹. Тому Кардозо закликає до ретельного філософського аналізу як самих цих категорій, так і явищ, що стоять за ними. Він говорив: «Вам буде важко знайти рішення такої проблеми, не звертаючись до філософських досліджень природи права взагалі. Від деяких труднощів і двозначностей, які супроводжували юристів континентальної Європи, ми позбулися. Нам не потрібно витрачати зусилля в спробі довести, що *Gesetz* (нім. закон) — не є тотожним *Recht* (право), що *la loi* (закон) є більш вузьким, ніж *le droit* (право), що право (*law*) — щось більше, ніж статут (*statute*). Ми врятовані від усього цього, тому що кожного дня діє процес, у якому форма поводження викарбувана на судовому монетному дворі як право, і тому вільно циркулює як частина монетного обігу»².

Повертаючись до обговорення ролі визначеності, Кардозо привертає увагу до перспективи порівняння стандартів визначеності, притаманних правознавству та іншим наукам. «Право, подібно іншим галузям соціальної науки, повинне бути перевірене на надійність своїх висновків скоріше логікою ймовірності, ніж логікою достеменності. Коли існує якийсь відсоток імовірності, який може дати обґрунтовану гарантію, що даний висновок повинен бути і буде втілено у вирок, ми говоримо про висновок як про право, хоча вирок ще не був представлений, і хоча можливо, що коли він буде представлений, він може розчарувати наше очікування. Я думаю ...що таке використання терміна «право» підсилює аналогію між правом, яке є предметом юриспруденції, і тих принципів порядку, природних або моральних законів, які є предметом природознавства або моральної науки. ...Тенденція сучасної юридичної думки включає елементи узгодження, а не елементи різниці [між ними]»³.

¹ Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 31.

² Там само. – P. 32.

³ Там само. – P. 33–34.

Кардозо згадував, що цієї тенденції не було ще в часи його навчання в школі права. Тоді викладачі наголошували на антитезі між істинним правом і маскою права. «Предметом нашого навчання мало бути істинне право. Ми не повинні були шукати його деінде, крім як в уставі або рішенні. Уособленням права був шериф, а тестом на його реальність був судовий припис (*a writ*)»¹. Те, що статuti, рішення і приписи могли суперечити один одному, знаходилося поза увагою.

Нове ж розуміння, підкреслив Кардозо, виходить із того, що «право є щось більше, ніж послідовність ізольованих суджень, які втрачають свою силу бути правом, якщо вони утворили протиріччя»². Еволюційний підхід до права пропонує орієнтуватися на момент повторюваності в його розвитку, що дозволяє виявити певні структурні принципи. «Самі судження мають важливість для дослідника настільки, і тільки настільки, наскільки вони дозволяють розумне передбачення, що подібні судження будуть представлені, якщо подібні ситуації повторюються. Дослідження права, таким чином, виглядає вивченням принципів порядку, що розкриваються в однаковості підстав і наслідків. Коли однаковості є досить постійними, щоб бути предметом передбачення з розумною визначеністю, ми говоримо, що право існує»³.

Коли ж проста гіпотеза перетворюється на принцип або правило? Кардозо пропонує звертатися до логіки ймовірності. «Коли передбачення досягає високого ступеня визначеності або впевненості, ми говоримо про встановлене право, хоча в передбаченні завжди залишається можливість помилки. Коли ж передбачення не досягає настільки високого стандарту, ми говоримо про право як сумнівне або невизначене. Далі вниз наступає пункт, де право не існує, і повинне бути створене актом вільного створення, якщо в цьому взагалі є потреба»⁴.

Проте не слід розуміти думку Кардозо як суцільну апологію «вільного права» або якогось трансцендентного права, вищого за авторитет існуючого в державі закону. Кардозо полемізував з позицією Л. Дюгі (Léon Duguit), який був на той час дуже популярним в Америці після прочитаного ним циклу лекцій у Колумбійському університеті на тему «Суверенітет і свобода»⁵. У «Трактаті конституційного права»

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 34–35.

² Там само. – P. 36–37.

³ Там само. – P. 37–38.

⁴ Там само. – P. 44.

⁵ Duguit L. *Souveraineté et liberté: leçons faites à l'Université Columbia 1920-1921* // <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67860z>>

(*Traité de Droit constitutionnel*, перше вид. 1911) Дюгі писав так: «Я переконаний, що право не є творінням держави, що воно існує без держави, що поняття права є повністю незалежним від держави, і що правління права накладається так само на державу, як і на індивідів»¹. Коментуючи це висловлювання, Кардозо відзначає, що подібні спекуляції не відповідають реальному стану справ, принаймні у сфері судочинства. «Якщо існує право, яке не відповідає суверенітетові держави, і ще й до того ж вище за нього, воно не є правом в тому сенсі, який стосується судді чи адвоката, а більше стосується державного діяча чи мораліста. Суди є творіннями держави та її сили і оскільки вони продовжують існувати як суди, вони повинні підкорятися праву їхнього творця»².

Третю лекцію Кардозо присвятив обговоренню того, що таке становлення права, і якими методами мають користуватися судді. Свій розгляд він обмежує судочинством, свідомо не торкаючись процесу розвитку права через законодавство. Його цікавить, як саме суддя розвиває й розширює право, коли зовнішні події роблять цей розвиток або розширення необхідними? Чи є у нього тільки один метод, чи декілька, і якщо їх декілька, як вони відрізняються між собою і якими принципами керується суддя у виборі між ними?

Трапляються випадки, коли справа цілком однозначно вирішується за допомогою простої дедукції з добре встановлених законів. Але є багато інших справ, де ситуація неоднозначна, і потребує вибору між двома (або більше) шляхами прийняття рішення, кожен з яких здається правильним. Кардозо підкреслює, що тут не йдеться про сліпий або довільний вибір — він має бути раціонально виваженим і мудрим³. Запорукою цієї мудрості є філософія, якої дотримується суддя⁴. Він вільний у своєму виборі, але його свобода досить обмежена. «Повної свободи, неконтрольованої й нескutoї, ніколи немає. Тисяча обмежень — результати деяких статутів, деяких прецедентів, якоїсь невідзначеної традиції або техніки, що не запам'ятовується, — охоплюють і стримують нас, навіть коли ми думаємо, що цілком вільні. Незбагненна сила професійної думки тисне на нас, як атмосфера, хоча ми не

¹ Цит. за: Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 48.

² Там само. – P. 49.

³ Там само. – P. 57–58.

⁴ Там само. – P. 59.

враховуємо її вагу. У найкращому разі, ми наділені вузькою свободою»¹. У дев'яти з десяти випадків діапазон вільної діяльності судді є відносно малим. Проте саме в цій одній десятій випадків судова влада досягає максимуму свободи, і судовий процес є найбільш цікавим.

Кардозо нагадав про свою викладену в «Природі судового процесу» класифікацію методів, якими має керуватися суддя (філософський метод логіки або аналогії, історичний метод, або метод розвитку; метод звичаю або традиції; і огляд правосуддя на суспільний добробут, виражений у методі соціології). Тепер він бачить, що є підстава для критики, коли логіка представлена як метод, що протистоїть іншим методам. «У дійсності, це інструмент, який не можна ігнорувати при застосуванні усіх інших, бо основним предметом, що обмірковується, є природа передумов. Ми можемо взяти за нашу передумову якусь попередньо встановлену концепцію, норму або прецедент, і обробляти їх зусиллям чистого розуму за допомогою логіки. Ми можемо доповнити концепцію, або норму, або прецедент зовнішніми джерелами, і застосувати інструмент нашої логіки до передумови, яка у такий спосіб змінена або виправлена. Різниця між функцією логіки в одному і в іншому випадку є насправді розходженням акценту. Інструмент розглядається, з одного боку, як достатній інструмент для становлення, а з другого — як інструмент співробітництва з іншими»².

Кардозо виступив проти абсолютизації як літери закону, так і будь-якого одного методу в правосудді: «Магічні слова й закляття є настільки ж фатальними для нашої науки, як і для будь-якої іншої. Методи, будучи класифіковані й відділені, здобувають своє істинне значення та перспективу як засіб для досягнення мети, а не як мети в собі. Ми сподіваємося знайти спокій розуму в слові, формулі, ритуалі. Але ця надія — ілюзія»³. Разом із тим він не був схильний цілком відмовлятися від формальних вимог: «Я не недооцінюю прагнення до механічних і формальних випробувань (*tests*). Вони можливі й корисні в деяких зонах юридичної сфери. Біль вибору — відділення таких зон від інших. Це біль, який ми повинні винести, оскільки одноманітність методу буде нести нас на скелі»⁴. Кардозо приєднався до думки Дж. М. Кейнса, що сучасна логіка є не стільки дослідженням теоре-

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 61.

² Там само. – P. 62–63.

³ Там само. – P. 66–67.

⁴ Там само. – P. 67–68.

тично визначеної достеменності, а передусім дослідженням практично значущої ймовірності. У прецедентному праві тільки у виняткових випадках повна визначеність є можливою або очікуваною. «Принцип або прецедент були результатом пошуків можливості... Ми повинні пам'ятати, що в основі істини лежать гіпотези»¹. Встановлення ступеня істинності цих гіпотез не може обмежуватися тільки логічним методом: «Не одна логіка, а логіка, доповнена соціологічними науками, стає інструментом для досягнення прогресу»². Соціологічний метод допомагає, наприклад, встановити баланс у рішеннях справ оренди, відшкодування збитків або мінімальної заробітної плати. Одна група встановлює у своїй свідомості норму або стандарт прийнятних пільг і, відштовхуючись від цього, розглядає судові рішення як мінімально прийнятне у даній ситуації. Інша група шукає стандарт не стільки в межах прийнятного, скільки за ними. Залежно від відповіді, чи цей стандарт має бути метафізичною концепцією або історичною даністю, або життєвою необхідністю, будуть отримані різні результати³. Розвиток права відбувається шляхом постійного розширення сфери судового захисту на нові предмети правового регулювання. Кардозо відзначав, що англійські суди не допускають рішень, що розходяться з логічною дедукцією зі встановлених концепцій, тоді як «ми в США готові підкоряти логіку користі»⁴ у численних випадках судового захисту щодо одержання страхових компенсацій, порушення контракту, або відшкодування збитків від дій недобросовісного промисловця — «споживач завжди правий». Кардозо наводить приклади відшкодувань потерпілим покупцям, починаючи зі справи *Thomas v. Winchester* (продаж отруйних речовин) у Нью-Йорку. Практика таких відшкодувань швидко поширилася на автомобілі, піріжки й тістечка, в яких знаходили нігті та інші чужорідні інгредієнти. Таким чином, соціальний добробут є фінальним випробуванням якості судового рішення і ферментом зростання права. У цьому зростанні недоречно «ставити перед собою вибір винятково між логікою й історією, або логікою й звичаєм, або логікою й справедливістю»⁵. Відповідні методи не виключають, а доповнюють один одного, причому в кожному окремому випадку на перший план

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 69.

² Там само. – P. 74.

³ Там само. – P. 75.

⁴ Там само. – P. 77.

⁵ Там само. – P. 79.

може вийти то один, то інший метод. Отже, у застосуванні методів потрібна гнучкість, а не жорсткість. Проте «жоден майстер юридичної теорії (*master of juristic theory*) не дав визначеної відповіді», як саме мають поєднуватися різні методи у реальному праві¹. Зокрема, Кардозо приєднується до думки Стоуна, що соціологічна юриспруденція ще має розробити формули й принципи, яким можна навчитися і які будуть викладені таким чином, щоб зробити їх методологічним керівництвом для вченого-юриста або судді. «Її значення на цей час є в основному негативним. Вона попереджає суддю і вченого-юриста, що логіка й історія не можуть і не повинні мати вирішального впливу, коли слід зробити динамічне судження»².

Це «динамічне судження» формується завдяки безлічі елементів: «життєвого досвіду судді; його розуміння канонів правосуддя та моралі; його обізнаності у суспільних науках; часом ... його інтуїції, його припущеннями, навіть його неуцтвом або упередженням»³. Таке розуміння інтелектуальної діяльності судді є принципово нелінійним і неklasичним. Кардозо вказує, що для сучасності вже недостатнє традиційне уявлення, яке походить від Арістотеля і ґрунтується на статичному розумінні правосуддя. «Те, що ми шукаємо... є правосуддя, якому має відповідати право в його створенні. Правосуддя в цьому сенсі — поняття, набагато більш витончене і невизначене, ніж те, що отримується простою покорою правилам. Воно залишається певною мірою... синонімом прагнення, настроєм піднесення, тугою про щось прекрасне або високе... Можливо, через деякий час ми знайдемо, що, говорячи про правосуддя... ми маємо на увазі ...добродійність (*charity*), незважаючи на те, що ця якість часто протиставляється іншим якостям»⁴.

Кардозо наголосив, що сучасне юридичне мислення повинне зважати не тільки на логіку та історію, а й на художню літературу, з якою воно має спільний творчий елемент. Крім того, юристам слід більше покладатися на притаманну великим суддям минулого інтуїцію, «що збагачує і перетворює внесок простого досвіду»⁵. Разом із тим, на відміну від інтуїтивістів, які різко протиставили інтелект та інстинктивну інтуїцію, Кардозо підкреслив: «Нам не потрібно ставати послідовни-

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 83.

² Там само. – P. 84.

³ Там само. – P. 85.

⁴ Там само. – P. 87.

⁵ Там само. – P. 89.

ками будь-якої теорії епістемології, Бергсона або будь-якої іншої, щоб відчувати чинність аналогії між творчим процесом... і процесом, що працює в розвитку права. Цей механізм відображає ту ж розмаїтість форми, частин і комбінацій. Аналіз чергується із синтезом, дедукція з індукцією, розум з інтуїцією»¹.

У четвертій лекції Кардозо підкреслив необхідність ретельного аналізу соціальних інтересів у розляді судових справ під кутом зору теорії цінностей. «Філософи дали їй ім'я аксіологія, або наука про цінності, безпосереднім заняттям якої є вивчення порівняльних цінностей в етичних, соціальних, або естетичних проблемах. Висновки цієї науки повинні час від часу уточнюватися суддею, хоча уточнюватися відповідно до обмежень, які накладені на його свободу приймати або відкидати їх. Коли законодавець декларує, що один інтерес вище іншого, суддя повинен підкорити свою особисту або суб'єктивну оцінку цінностей до оцінки, таким чином оголошеної»². Навіть тоді, коли суддя вважає, що положення закону засновані на помилковій аксіології, він не має права їх ігнорувати. Коли ж закон взагалі мовчить, суддя «повинен регулювати свою оцінку цінностей за допомогою об'єктивних, а не суб'єктивних критеріїв, керуватися думкою й волею суспільства, а не його власною індивідуальною схильністю і вірою»³. І тільки тоді, коли думка й воля суспільства не визначені, суддя може звертатися до власного критерію цінностей. «За таких умов об'єктивна воля зіллється зі суб'єктивною; аксіологія, що повинна орієнтувати його, буде його власною, а не чужою. Там не слід побоюватися появи таких особистостей, інакше у великих розумів і великих душ не буде можливості виявити себе»⁴.

Суддя не тільки має роз'яснити соціальну свідомість і надати їй юридичної чинності, а й допомагати своїм тлумаченням її формуванню та змінам згідно з його філософією кінцевих цілей права. «Надаючи особливого значення важливості її допомоги, я не збирався зробити припущення, що ця філософія є самодостатньою. Звертання до філософії права... передбачає знання норм і правил, розвиток яких є нашим завданням»⁵.

У всіх сумнівних випадках, коли фактичні і юридичні аргументи «за» і «проти» певного рішення здаються однаково переконливими,

¹ Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 91.

² Там само. – P. 94.

³ Там само. – P. 95.

⁴ Там само. – P. 95.

⁵ Там само. – P. 97.

саме філософія може допомогти. «Коли ми зіштовхуємося з такого роду ситуацією, вибір... судді буде переважно визначений його концепцією цілі права, функції правової відповідальності, і це питання цілей і функцій — питання філософії»¹.

Повертаючись до проблеми методу, Кардозо говорив: «Ми повинні пам'ятати, що всі методи мають сприйматися не як ідоли, а як інструменти. Нам варто перевіряти кожний із них за допомогою інших, доповнюючи і зміцнюючи там, де виявляється слабкість... Розглядаючи їх таким чином, ми повинні розуміти, що вони не супротивники, а союзники»². Це стосується, зокрема, конфлікту між прибічниками історичного та соціологічного методів. Цікаво, що Кардозо задовго до видатного фізика Н. Бора формулює ідею, яку Бор значно пізніше назвав принципом додатковості і запропонував поширити її на сферу будь-якої науки. Пропонуючи поєднати методи опису процесів на субатомному рівні і як частинок, і як хвиль (пор. дискусію про антиномію права і закону в філософії права), Бор у статті 1937 р. писав: «...ми і в інших сферах людського пізнання зустрічаємося з ...протиріччями, які можуть бути усунені лише за допомогою принципу додатковості»³. Дещо дуже подібне висловив Кардозо вже в 1924 р.: «Цілком імовірно, історична школа перебільшила підсвідомий, безвільний елемент у розвитку права. Проте, якщо її припущення будуть прийняті, вони вимагають не сліпого копіювання минулого, а ретельного розгляду сьогодення... Де нам залишається шукати відкриття народного духу, як не в існуючих стандартах корисності й добробуту? Ми неправильно й односторонньо розглядаємо історію, коли ігноруємо ці динамічні аспекти»⁴. І вже зовсім схоже на принцип додатковості в юриспруденції звучать слова: «Ми повинні навчитися управляти нашими інструментами, використовувати наші методи й процеси не окремо, а разом... Неправильно буде порівнювати використання того або іншого методу, при тому, що один виключає інший»⁵.

У завершальній, п'ятій, лекції Кардозо наголосив на необхідності підпорядкування застосовуваних методів конкретним цілям юридичної

¹ Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 101.

² Там само. – P. 102.

³ Бор Н. Причинность и дополнительность / Н. Бор // Избр. науч. тр. : в 2 т. – М. : Наука, 1971. – Т. II. – С. 209.

⁴ Cardozo B. N. The Growth of the Law (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 104.

⁵ Там само. – P. 107.

теорії та практики. Визначеність методів повинна поєднуватися із гнучкістю їхнього застосування і можливості постійної ревізії норм. Соціологічний метод допомагає встановити наслідки прийняття тих або інших судових рішень. Саме він допомагає створенню дієвої філософії законодавства.

Висловлені вже майже 90 років тому, не втрачають актуальності думки Кардозо: «Закони, навіть успішно втілені в дію, повинні бути переглянуті при першому ж випадку, коли виявиться, що вони неповні або їхня працездатність знижена настільки, що вони вже не можуть служити на благо. Перегляд права — це делікатна робота, яка не повинна доручатися поверхневим і неуважним людям. Вона повинна здійснюватися в певному порядку і строго контролюватися, щоб ця робота не була безглуздою або застарілою... Ми не повинні байдуже ставитися до законодавства. Труднощі тут криються у встановленні каналів зв'язків між законодавчою владою та судами»¹.

У процесі постійного оновлення права судова влада має керуватися філософією права як теорією його походження, зростання і мети. «Тільки в такий спосіб ми вбережемося від емпіризму, що знаходить у думці [судді] не передбачення, а команду, якій потрібно коритися»². Кардозо приєднується до думки Судді Брендайса, який вважав необхідним постійний пошук у процесі суддівства: «Право має вважатися експериментальним». Розвиваючи цю тезу, Кардозо наголошував: «Процес суддівства є фазою ніколи нескінченного руху... а не безжиттєвим повторенням механічної рутини»³. Разом із тим слід знаходити баланс у вирішенні антиномії: право повинне бути сталим, і все ж воно не може стояти на місці.

На завершення Кардозо наголосив, що попри багатосторічну історію суддівства «через відсутність прийнятної філософії права ми ще не встановили для наших суддів основні та контролюючі принципи, які повинні формувати манеру їхнього суддівства. Ми ще не знаємо ані наших повноважень, ані наших обов'язків»⁴. Тому нагальною потребою є розробка принципів, на підставі яких можливе «досягнення згоди щодо фундаментальних речей»⁵.

¹ Cardozo B. N. *The Growth of the Law* (1924) / B. N. Cardozo. Twelfth Printing – New Haven and London : Yale University Press, 1963. – P. 120.

² Там само. – P. 139.

³ Там само. – P. 142–143.

⁴ Там само. – P. 144.

⁵ Там само. – P. 145.

Титов В. Бенджамин Кардозо о процессе права

В статье рассматриваются основные идеи книги Б. Кардозо «Становление права» (1924), относящиеся к творческой роли судьи в процессе медиации и интерпретации права.

Ключевые слова: Бенджамин Н. Кардозо, «Становление права», Американский Институт права, антиномии в праве, аксиология, судебские методы.

Titov V. Benjamin Cardozo on the Growth of the Law

The author examines main ideas of Benjamin Cardozo's book «The Growth of the Law» (1924), concerning creative role of judges in the process of mediating and interpreting law.

Keywords: Benjamin N. Cardozo, «The Growth of the Law», American Law Institute, antinomies in law, axiology, methods of judging.

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

УДК 347.447.8(477)

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент
Національної академії правових наук
України

Категорія відмови в цивільному праві України

Цивільний кодекс (ЦК) України оперує поняттями «відмова від права», «відмова від правочину», «відмова від договору», «відмова від зобов'язання», має місце й відмова від тих або інших дій і деякі інші випадки відмов¹. Правова природа «відмови» залишається туманною, а механізм її застосування — невизначеним і суперечливим. В Україні відсутні наукові дослідження цього феномену, що змушує звернутися до його аналізу.

Відмова від права

Насамперед важливо розібратися в тому, від яких прав допустимою є відмова. Згідно з ч. 3 ст. 269 ЦК України *особисті немайнові права* тісно пов'язані з фізичною особою, яка не може відмовитися від них. Загальна норма про відмову від *майнового права* міститься в ч. 3 ст. 12 ЦК України. Відмова від права власності на транспортні засоби, тварини, нерухомі речі здійснюється у порядку, встановленому актами цивільного законодавства. Можлива й відмова від *організаційного права*, наприклад, на участь у загальних зборах акціонерів, відмова від права переважної купівлі частки у спільній власності.

Відмова від права і право на відмову. Відмова від права є правом особи (правом на відмову). Буквальне *право на відмову* визначається як таке у статтях 1273, 1274 ЦК України, що регулюють право на відмову від прийняття спадщини. Особа може здійснювати право на

¹ У цій статті не будуть розглядатися інші варіанти відмови, яка має різну правову природу, в т. ч. публічно-правову, зокрема: відмова в державній реєстрації юридичної особи або права власності на нерухомість, відмова в посвідченні правочину, також така правова категорія, як заповідальний відказ, який у побуті часто розуміється як відмова (завдяки омонімічності українського слова «відмова» та російського «отказ»).

відмову, як і будь-яке право, на власний розсуд; але не завжди, як правило, особа не може відмовитися від права навіть за своєю волею. Це впливає з численних приписів законодавця, в яких установлюється нікчемність відмови від права, наприклад: а) на інформацію про діяльність господарського товариства, виходу із товариства (див., наприклад, ч. 3 ст. 121, ч. 2 ст. 126 ЦК України та ін.); б) на одержання банківського вкладу на першу вимогу (ст. 1060 ЦК); в) на плоди й доходи (ч. 1 ст. 1139 ЦК України щодо неприпустимості відмови учасника договору про спільну діяльність від права на частину прибутку) та ін.

Слід також зазначити, що сама по собі вказівка на нікчемність відмови від права свідчить, що відмова від права є правочином, оскільки термінологія про нікчемність застосовується лише до правочинів (ст. 215 ЦК України). По суті ж відмова від права являє собою дію, спрямовану на певні юридичні наслідки і тому є правочином.

Можливість відмови від права є універсальною:

— особа не може втрачати її, за загальним правилом, навіть за власною волею (нікчемність правочину про це);

— значущість відмови від права знаходить свій вияв і в тому, що іноді законодавець установлює такий підхід: якщо особа протягом певного строку не відмовляється від права, то передбачається, що вона має відповідне право (набула або реалізувала його). Наприклад, у відсутність відмови відказоодержувача від заповідального відказу¹ протягом шести місяців з моменту відкриття спадщини вважається, що він його прийняв (ст. 1271 ЦК України);

— іноді відмова від права обумовлена певною процедурою (відмова від нерухомої речі — ст. 347 ЦК України, відмова опікуна від майнових прав підопічного лише з дозволу органу опіки і піклування — ч. 1 ст. 71 ЦК України).

Особа може відмовитися від речового, зобов'язального (права вимоги) і від корпоративного права. Прикладом відмови від речових прав є ст. 347 ЦК України, в якій передбачається така можливість для власника з указівкою на ті дії, які свідчать про його відмову від свого права. Ними можуть бути як *фактичні дії* (коли достатньо, щоб особа заявила про свою відмову від права власності на майно або здійснила інші дії, що свідчать про її відмову від права власності), так і *юридич-*

¹ Цей складний для сприйняття вираз по-іншому викласти не вдається.

но значущі дії (необхідність внесення відповідного запису до державного реєстру речових прав на нерухоме майно).

Допускається відмова і від інших речових прав, наприклад, *сервіту* (згідно з ч. 1 ст. 406 ЦК України він припиняється у разі відмови від нього особи, в інтересах якої його було встановлено) або *володіння*, яке припиняється у випадку відмови особи від володіння майном (п. 1 ч. 1 ст. 399 ЦК України).

Іноді законодавець використовує вираз «*відмова від речі*», що найчастіше зводиться до розуміння «відмови від права». Так, у ст. 336 ЦК України вказується про відмову власника від рухомої речі, наслідком чого є набуття права власності на цю річ особою, яка заволоділа нею. Передбачається також можливість відмови від речей і у статтях, які регулюють окремі види договорів, наприклад, право поклажодавця на відмову від пошкодженої речі, якість якої змінилася настільки, що вона не може бути використана за первісним призначенням (ч. 2 ст. 951 ЦК України); право комітента на відмову від купленого для нього комісіонером майна (ч. 4 ст. 1017 ЦК України). У цих випадках по суті має місце відмова від права власності, оскільки поклажодавець є власником речі, переданої на зберігання, від якої він відмовляється. Так само комітент є власником майна, придбаного для нього комісіонером (ст. 1018 ЦК України).

Відмова від зобов'язального права досить детально врегульована у численних статтях ЦК України. Зокрема, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 568 ЦК зобов'язання гаранта перед кредитором припиняється у разі відмови кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією.

Відмовлятися від права може як *сторона договору*, так і *третья особа*, наслідком чого є набуття права стороною, яка уклала договір на користь третьої особи (ч. 4 ст. 636 ЦК).

Відмова від корпоративного права спостерігається тоді, коли учасник господарського товариства заявляє про свій вихід із товариства і не вимагає розрахунків.

Відмова від права, відмова від набуття права і відмова від здійснення права.

Особа може відмовитися як від того права, *яке вже їй належить*, так і від його набуття. Прикладом відмови від права, яке вже має особа, є відмова від права власності, відмова від права вимоги та ін. Результатом цієї відмови буде припинення в особи права.

Особа може відмовитися і *від набуття права* у тому випадку, коли згідно з правовим механізмом саме в неї може виникнути це право за її волею. Ілюстрацією можуть служити відмова особи, яка знайшла загублену річ, від набуття права власності на неї (ч. 2 ст. 338 ЦК України) і особи, яка утримувала бездоглядну домашню тварину, від набуття права власності на неї (ч. 2 ст. 341 ЦК України). Як наслідок, в особи право не виникне.

Відмовою від набуття корпоративних прав є відмова спадкоємця учасника господарського товариства (наприклад, з обмеженою відповідальністю) або спадкоємця члена виробничого кооперативу вступити в товариство або відмова інших учасників цього товариства прийняти спадкоємця, який висловив таке бажання (ч. 5 ст. 147, ч. 3 ст. 166 ЦК України). В останньому випадку необхідно розрізняти *відмову особи* (спадкоємця) *від права* й *її відмову в реалізації права* на спадкування. Точніше, такою відмовою, від кого б вона не виходила, особа (спадкоємець) не просто не набуває право, а втрачає можливість вибору (вступити в господарське товариство чи кооператив або вимагати проведення розрахунків із нею).

Відмова особи *від здійснення права* може стосуватися як речових, так і зобов'язальних, а також організаційних прав. Прикладом відмови від здійснення останніх є відмова співвласників від здійснення переважного права купівлі частки у спільній власності, відчужуваної одним із співвласників (ч. 3 ст. 362 ЦК України). Наслідок такої відмови полягає в тому, що право (переважне право придбання відчужуваної іншими співвласниками частки в спільній власності) тим не менше в особи (співвласника) залишається. Воно не припиняється з його відмовою придбати частку в спільній власності, а може реалізуватися іншим разом при продажу частки.

Право в особи залишається, тому що відмова від здійснення права не припиняє саме право, на відміну від випадків відмови від права, наприклад, права власності, внаслідок відмови від якого воно припиняється.

Приклади відмови від здійснення зобов'язальних прав будуть розглядатися нижче при аналізі відмови від правочину, оскільки зобов'язальні права існують найчастіше у двох- або багатосторонніх правочинах.

Відмова від правочину

Видається, що норма про відмову від правочину виникла на розвиток положення про відмову від права: адже особа може діяти на власний розсуд — і це її право. Якщо ж це стосується вчинення нею

правочинів (тобто дій із метою набуття, зміни та припинення прав), цьому відповідає окреме правове регулювання. Ймовірно, це покликано впорядкувати дії особи, яка перебуває в різних правовідносинах. Або інакше: оскільки майнове право особи існує в різних правовідносинах (речових, зобов'язальних, корпоративних, виключних, спадкових), то відмова від цих прав має враховувати відповідні особливості кожних правовідносин і перш за все прав інших осіб, на яких ця відмова позначиться.

Межі цієї статті не дозволяють проаналізувати численні нюанси відмови від прав у всіх перерахованих правовідносинах, тому розглянемо найпоширеніші випадки відмови від правочину.

Насамперед відмова від правочину регулюється ст. 214 ЦК України. Відмова від правочину, так само як і сам правочин, являє собою вольову дію особи/осіб, а отже, є правочином.

Законодавець нерідко щодо відмови від одностороннього правочину використовує інші терміни, наприклад, «скасування» (доручення, заповіту), «відкликання» (гарантії — ст. 561 ЦК України). Має місце різна термінологія і щодо відмови від договорів. Так, у ч. 1 ст. 834 ЦК України передбачене право користувача повернути річ, передану йому в користування, у будь-який час до закінчення строку договору. Це слід розцінювати не інакше, як його право відмовитися від договору позички в односторонньому порядку.

Відмова від виконаних і ще невиконаних правочинів. У статті 214 ЦК України вказується про відмову від уже виконаних правочинів, а саме тих, які породили певні наслідки, і особа, відповідно, набула або позбавилася прав, вступила до певних правовідносин, змінила або припинила їх (ч. 1 ст. 11, ч. 1 ст. 202 ЦК). Разом з тим у ЦК України існують і норми про відмову від вчинення правочину (укладання договору), а точніше, про неприпустимість цього. Так, ч. 4 ст. 633 ЦК підприємцеві забороняється відмовлятися **від укладення** публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). Аналогічна норма міститься в ч. 1 ст. 940 ЦК про відсутність у професійного зберігача, який зберігає речі на складах (у камерах, приміщеннях) загального користування, права **відмовитися від укладання** договору зберігання за наявності у нього такої можливості. Таким чином, наведені приклади свідчать про те, що підприємець і професійний зберігач не мають права на відмову від вчинення правочину в цих випадках.

Дещо модифікованою бачиться відмова від укладання договору на новий строк, про що йдеться, наприклад, у ст. 822 ЦК України в контексті переважних прав наймача житла, у ч. 2 ст. 1124 ЦК про відмову праволодильця від укладання договору концесії на новий строк.

Відмова від одно- дво- і багатосторонніх правочинів. Стаття 214 ЦК України розрізняє відмову від одностороннього правочину і від договорів (дво- або багатосторонніх правочинів), тобто відмова від договорів регулюється разом, без врахування їх особливостей як дво- і багатосторонніх правочинів.

У законодавстві є й норми про **відмову від договорів, відмову від зобов'язань і відмову від дій**.

Відмові від договору присвячена ст. 724 ЦК України, яка навіть має назву «Одностороння відмова від договору дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому», а також статті 790, 935, 739, ч. 2 ст. 763, ч. 2 ст. 1008, статті 1025 і 1026, ч. 2 ст. 1110, п. 4 ч. 1 ст. 1141 ЦК.

Звертає на себе увагу те, що іноді законом встановлюється не право сторони договору на відмову від договору, а її **обов'язок відмовитися** від договору (ст. 848 ЦК України).

Є в ЦК України і норми про **відмову від зобов'язання**, наприклад, у статтях 525 і 615. При цьому слід вказати на різноспрямованість їх регулювання. У той час як ст. 525 ЦК України має назву «Недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання» і в ній установлюється загальна заборона на це, якщо інше не встановлене договором або законом, то в ст. 615 ЦК України, навпаки, проголошується право сторони зобов'язання частково або в повному обсязі відмовитися від нього у випадку порушення зобов'язання другою його стороною, що, правда, також із застереженням про те, що це має бути встановлене договором або законом.

ЦК містить чимало норм, у яких згадується про відмову не від правочину, а **від певних дій**, які повинні здійснювати сторони правочину (договору). Дії можуть бути передбаченими договором або нормативно-правовими актами (зокрема, коли мають місце недоговірні зобов'язання, корпоративні відносини); впливати з одностороннього правочину (наприклад, довіреності); бути фактичними і юридичними; являти собою правочин або не бути таким.

При оцінці відмови від цих дій потрібно враховувати різні теорії щодо того, чи будуть у свою чергу такі дії правочинами або вони такими не визнаються. Інакше кажучи, існують різні погляди на те, чи є

дії з виконання договору правочинами¹. При позитивній відповіді на це питання відмова від дій з виконання договору буде відмовою від одностороннього правочину (зі здійснення власних дій). А якщо ні, то цього стверджувати не можна.

Прикладом відмови від юридично значущих дій може бути відмова представника від здійснення дій, передбачених довіреністю (статті 248, 250 ЦК України); право гаранта відмовитися від задоволення вимоги кредитора, коли вимога або додані до неї документи не відповідають умовам гарантії або якщо вони представлені гарантові після закінчення строку дії гарантії (ст. 565 ЦК України); право виконавця заповіту на відмову від здійснення своїх повноважень (ст. 1295 ЦК України) та ін.

У свою чергу, прикладами відмови від фактичних дій, які повинна була здійснити сторона правочину, є: відмова кредитора прийняти належне виконання, запропоноване боржником або поручителем (ч. 2 ст. 559 ЦК України) або боржником, що прострочив виконання (ч. 3 ст. 612 ЦК України); відмова продавця передати проданий товар (ч. 1 ст. 665 ЦК України), відмова від товару (ст. 672 ЦК України), відмова продавця від задоволення відповідних вимог покупця (ч. 1 ст. 688 ЦК України) і численні інші статті у главах ЦК України про *купівлю-продаж*, надання *послуг* (згідно з ч. 1 ст. 911 пасажир має право відмовитися від поїздки; згідно з ч. 1 ст. 917 відправник вантажу має право відмовитися від наданого транспортного засобу при його непридатності для перевезення цього вантажу); виконання *робіт* (згідно зі ст. 882 замовник має право відмовитися від прийняття робіт у випадку виявлення недоліків, які виключають можливість використання об'єкта для зазначеної в договорі мети і не можуть бути усунуті підрядником, замовником або третьою особою); проведення *розрахунків* (гл. 74 ЦК України). У пункті 3 ч. 1 ст. 1155 ЦК України міститься право засновника конкурсу (конкурсної комісії, журі) прийняти рішення про відмову в присудженні призових місць, якщо жодна з робіт, поданих на конкурс, не відповідає його вимогам. Перелік подібних відмов від дій можна продовжувати, тобто законодавством передбачено багато випадків відмови від дій (як юридично значущих, так і тих, у яких не завжди можна виявити таку властивість).

¹ У цій статті навмисно не проводиться аналіз й оцінка цих точок зору, а лише відбувається постановка проблеми відмови від дій по суті.

Необхідно розрізняти *відмову від виконання тих дій*, які являють собою **реалізацію права** і які є **виконанням обов'язків**. У той час як відмова від першої категорії дій наближається до поняття відмови від права (або від здійснення права), відмова від другої категорії дій являє собою окреме правове явище. Прикладом можуть служити: а) вказівка в ч. 2 ст. 198 ЦК України на неприпустимість відмови від виконання зобов'язання, засвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави зобов'язання або на його недійсність; б) відмова від виконання обов'язку однієї зі сторін у зобов'язанні у випадку невиконання другою стороною свого обов'язку (ч. 3 ст. 539 ЦК України); в) відмова підрядника від виконання обов'язку (ч. 1 ст. 885 ЦК України) та ін.

Зв'язок відмови від правочину з іншими правовими категоріями.

В одних випадках у законодавстві *різняється* відмова від договору і його розірвання, в інших вони *ототожнюються*, у деяких — важко зробити висновок про той або про інший варіант. Так, у ст. 611 ЦК України мова йде про *припинення зобов'язання* внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання або *розірвання договору*. У частині 3 ст. 651 ЦК України вказується на те, що у разі односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково договір є відповідно *розірваним* або *зміненим*. Норма про *припинення* договору ренти внаслідок відмови платника безстрокової ренти від договору міститься в ч. 3 ст. 739 ЦК України. Звертає на себе увагу й те, що наймодавець має право відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування нею протягом трьох місяців підряд, і в цьому випадку договір *вважається розірваним* з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору (ч. 1 і ч. 2 ст. 782 ЦК України), а одержувач безстрокової ренти не має права на відмову від договору, навіть якщо платник безстрокової ренти прострочив її виплату більш як на один рік. У цьому випадку одержувач безстрокової ренти може лише *вимагати розірвання* договору ренти (ст. 740 ЦК України).

Іноді у статті з назвою «***Розірвання договору***», наприклад, позички (ст. 834 ЦК України), про надання послуг (ст. 907 ЦК України) вказується про *відмову від договору*. А в деяких випадках ці підстави припинення правовідносин між сторонами договору різняться. Наприклад, у ч. 5 ст. 1013 ЦК закріплена можливість розірвання *або* односторонньої відмови від договору комісії. Про *припинення* (а не про

розірвання договору) внаслідок відмови від нього мова йде у ст. 1044 ЦК «Припинення договору управління майном», у ст. 997 «Припинення договору страхування».

Проте при зіставленні різних статей ЦК України можна помітити загальний підхід: *наслідком односторонньої відмови від двостороннього правочину буде припинення зобов'язання* (ч. 1 ст. 611 ЦК України). У випадку *односторонньої відмови* від договору в повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову передбачене договором або законом, договір є відповідно *розірваним* або *зміненим* (ч. 3 ст. 651 ЦК України).

Аналогічна ситуація складається при взаємній відмові від договору, наслідком чого буде розірвання договору. Останнє, у свою чергу, свідчить про припинення зобов'язання.

Є очевидним, що законодавець використовує різні терміни стосовно різних правових категорій: щодо правочину — це *відмова* (незалежно від того, це одно-, дво- або багатосторонній правочин), щодо договору — *розірвання*, а що стосується зобов'язання, то це *припинення*.

Відмова від одностороннього,

двостороннього й багатостороннього правочину

Відмова від одностороннього правочину. Коли має місце правочин односторонній, вчинений з волі однієї особи, немає жодних перешкод для того, щоб цю волю змінити, відмовившись від правочину. Адже за загальноприйнятим уявленням особа не перебуває ні з ким в зобов'язанні і вправі поводитися абсолютно вільно. Однак законом може встановлюватися інше. Насамперед, це буває тоді, коли односторонній правочин безпосередньо пов'язаний із двостороннім. Так, згідно з ч. 1 ст. 249 ЦК України дозволяється *скасування довіреності*, що по своїй суті є *відмовою* особи, яка видала довіреність, від одностороннього правочину. У свою чергу, можлива й відмова представника від здійснення дій, які були визначені довіреністю (п. 3 ч. 1 ст. 248 ЦК України). Разом з тим ч. 3 ст. 250 ЦК України забороняє представникові відмовлятися від здійснення дій, передбачених довіреністю, якщо ці дії були невідкладними або такими, які спрямовані на запобігання завданню збитків особі, яку він представляє, чи іншим особам.

Відмовою від одностороннього правочину є й відмова засновника конкурсу від його проведення при неможливості його проведення внаслідок незалежних від нього обставин (ст. 1153 ЦК); скасування заповіту (ч. 1 ст. 1254 ЦК України).

Відмова від двостороннього правочину. Оскільки двосторонній правочин укладався за взаємною згодою, то й «відмовлятися від нього» сторони повинні за взаємною згодою. Одностороння відмова від договору може бути лише як виняток. Звертає на себе увагу те, що в ч. 2 ст. 214 ЦК встановлюється можливість відмови від договору у випадках, передбачених у законі, а у ст. 525 ЦК — *і в договорі*.

Проте можливість односторонньої відмови від договору передбачається численними статтями ЦК України, зокрема: відмова від договору про встановлення емфітевзису (ст. 408); від договору найму (статті 763, 782); купівлі-продажу (статті 666, 678, 696, 700 і ін.); дарування (статті 722, 724); ренти (ст. 739); позички (ст. 834); підяду (ст. 844 та ін.); страхування (ст. 997 та ін.); доручення (ст. 1008) й інших договорів.

Підставами односторонньої відмови від двостороннього правочину (договору) можуть бути різні обставини, які в одних випадках випливають із властивостей зобов'язання, в інших — обумовлюються правопорушенням другою стороною правочину. Так, одностороння відмова від договорів про надання права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) і від договору найму можлива за умови, що ці договори укладені на *невизначений строк* (ч. 2 ст. 408 ЦК України та ч. 2 ст. 763 ЦК України). Причому кожна зі сторін може відмовитися від таких договорів, попередньо попередивши про це другу сторону. При відмові від договору про встановлення емфітевзису — не менш ніж за один рік, при відмові від договору найму — за один місяць, а у випадку найму нерухомого майна — за три місяці. Договором або законом може бути встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк.

Порушення умов договору однією зі сторін як загальноприйнята підстава для односторонньої відмови другої сторони від договору передбачене в ч. 1 ст. 615 ЦК України із застереженням «якщо це встановлене договором або законом». ЦК України надає таку можливість, зокрема, коли: має місце істотне порушення вимог щодо якості товару (ч. 2 ст. 678); покупцеві не надана можливість негайно одержати повну й достовірну інформацію про товар у місці його продажу (ч. 3 ст. 700); наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд (ч. 1 ст. 782); страхувальник прострочив внесення страхового платежу і

не сплатив його протягом десяти робочих днів після пред'явлення страховиком письмової вимоги про сплату страхового платежу й ін.

Можлива одностороння відмова від договору і тому, що це абсолютно природно для *сутності тих правовідносин, які при цьому складаються*. Прикладом є відмова дарувальника від договору дарування до вручення речі обдаровуваному, якщо дарувальник передав річ організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному (ч. 2 ст. 722 ЦК України), іншими словами, коли ця річ ще не потрапила до останнього. Може й обдаровуваний відмовитися в будь-який час від прийняття дарунка за договором дарування, яким передбачається обов'язок передати дарунок у майбутньому (ч. 2 ст. 724 ЦК України). Користувач у будь-який час має право відмовитися від договору позички (ч. 1 ст. 834 ЦК України), оскільки має місце безоплатне користування чужим майном.

Що стосується відмови за взаємною згодою сторін від договору, умови якого повністю виконані ними, то наявним є протиріччя, оскільки правовідносини припинилися належним виконанням (ст. 599 ЦК України). Також не можна розірвати договір, якого вже не існує.

Однак сторони договору можуть відмовитися від виконаного договору за взаємною згодою, уклавши між собою, відповідно, договір, який би регулював механізм повернення сторонами всього отриманого ними за тим договором, від якого сторони відмовляються. При цьому не слід плутати договір, що укладається сторонами з метою повернення отриманого за іншим договором, від якого вони відмовляються, з РЕПО (купівлею-продажем цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу), який споконвічно являє собою два взаємозалежні договори купівлі-продажу.

Відмова від багатостороннього правочину. Відмова від багатостороннього правочину має певні особливості порівняно з відмовою від двостороннього правочину, хоча обидва вони є договорами. Від багатостороннього правочину кожна сторона може відмовитися в односторонньому порядку *в будь-який час*. Наприклад, учасник повного або командитного товариства, які підписали засновницький договір, має право в будь-який час вийти з товариства (ст. 126 ЦК України) Аналогічно діє учасник договору про спільну діяльність (ст. 1142 ЦК України). Для інших учасників договір зберігається, якщо інше не передбачене цим договором (це встановлене, наприклад, ч. 2 ст. 132 ЦК України).

Втім можливою є ситуація, коли у договорі про спільну діяльність і в інших зазначених вище договорах діють лише два учасники. У цьому випадку можливість відмови від договору кожним із них будь-якого часу неминуче позначиться на існуванні договору. Однак законодавством передбачені істотні відмінності відмови учасника такого договору від відмови сторони будь-якого двостороннього правочину, правовідносини з якого вже не можуть існувати. Якщо ж це засновницький договір повного товариства, то учасник, який залишився, має право протягом шести місяців з моменту, коли він став єдиним учасником товариства, перетворити таке товариство в інше господарське товариство (ч. 1 ст. 132 ЦК України).

Таким чином, очевидно, що категорія відмови в цивільному праві досить значна, складна, спірна і вимагає скрупульозного аналізу.

Спасибо-Фатеева И. Категория отказа в гражданском праве Украины

В статье анализируются различные проявления категории отказа в гражданском праве Украины, в частности отказ от вещных, обязательственных, корпоративных организационных прав. Основное внимание уделяется отказу от сделки и его разновидностям (отказ от односторонней, двусторонней и многосторонней сделки).

Ключевые слова: отказ, право на отказ, отказ от права, отказ от осуществления права, отказ от сделки.

Spasibo-Fateeva I. Kategoriya refuse in the civil law of Ukraine

In the article analysed different displays of category of refuse in the civil law of Ukraine, in particular waiver of property, obligation, corporate organizational rights. Basic attention is spared to the waiver of transaction, and to his varieties (waiver of one-sided, bilateral and multilateral transaction).

Keywords: refuse, right on a refuse, quitclaim, waiver of realization of right, waiver of transaction.

УДК 347.191.11

Ю. Жорнокуй, кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри правових основ підприємницької діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ

Суб'єктивне корпоративне право: універсальна єдність чи множинність прав

Загальновідомо, що суб'єктивні права та обов'язки реалізуються у правовідносинах. Тому тісний зв'язок цих двох основоположних правових категорій породжує необхідність піддавати їх паралельному аналізу. Особливої уваги при цьому потребує вивчення суб'єктивного права, оскільки з цього приводу правова наука містить різні підходи — і стосовно можливості розгляду як об'єкта правовідношення (так зване право на право), і щодо його співвідношення з деякими правовими категоріями (секундарне право чи охоронюваний законом інтерес), і стосовно його структури (проста чи складна). Не оминає увагою означений підхід і корпоративні правовідносини: останнім часом загострилася проблема з'ясування структури суб'єктивного корпоративного права — як універсальної єдності чи множинності прав.

Окреслена проблематика викликана неоднозначним законодавчим розумінням поняття «суб'єктивне корпоративне право», яке потребує наукового осмислення та методологічного обґрунтування. Дослідженням його правової природи займалися за різних часів Ф.-К. фон Савіньї, Р. Ієринг, О. Гірке, І. Т. Тарасов, А. І. Камінка, І. В. Спасибо-Фатєєва, П. В. Степанов, В. А. Белов, В. В. Луць, В. А. Васильєва, В. М. Кравчук, О. Р. Кібенко та ін., однак вчення зазначених науковців відрізняються строкатістю, що й викликало потребу у приведенні їх до єдиного знаменника.

Метою статті є з'ясування сутності суб'єктивного корпоративного права як простої або складної правової категорії.

Закріплення поняття «корпоративне право» має місце у трьох законах. За ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства»¹ корпоративні права — це сукупність майнових і немайнових прав акціонера — власника акцій товариства, які випливають із права власності на акції,

¹ Про акціонерні товариства : закон від 17.09.2008 № 514-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.

що включають право на участь в управлінні АТ, отримання дивідендів та активів АТ у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами. У статті 167 Господарського кодексу України¹ та п. 14.1.90 Податкового кодексу України² корпоративні права — це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Отже, очевидні різні вирази щодо визначення суб'єктивного корпоративного права, внаслідок чого у Законі України «Про акціонерні товариства» міститься вказівка про наявність в акціонера множинності прав, а в Кодексах — про наявність правомочностей. Водночас у вказаному Законі спостерігається непослідовність, оскільки в одному й тому ж визначенні корпоративних прав вживається як термін «інші права» (мається на увазі складові корпоративних прав), так і термін «п правомочності». У Кодексах же слушно використовується єдиний термін «п правомочності» у складі корпоративного права.

З'ясуванням сутності суб'єктивного корпоративного права не поглишені й наукові кола, де на сьогодні склалося три підходи до тлумачення означеної категорії — як права універсального³, як множинності прав⁴ та взагалі спрощеної характеристики корпоративного права без аналізу, як такого, його складових⁵.

¹ Господарський кодекс України : станом на 29 берез. 2011 р. // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

² Податковий кодекс України : станом на 30 берез. 2011 р. // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 92. – Т. 1. – С. 9. – Ст. 3248.

³ Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. – М. : Статут, 2000; Спасибо-Фатеева И. Корпоративне управління : монографія / І. Спасибо-Фатеева, О. Кібенко, В. Борисова ; за ред. проф. І. Спасибо-Фатеевої. – Х. : Право, 2007; Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт, 2009; Корпоративне право України : підручник / В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 384 с.

⁴ Каминка А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – М. : Центр ЮриИнфоР, 2002; Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. – К. : Істина, 2005; Кравченко С. С. Юридична природа прав учасників господарських товариств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. С. Кравченко. – К., 2007.

⁵ Корпоративное право : учеб. для студ. вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция» / отв. ред. И. С. Шиткина. – М. : Волтерс Клувер, 2007.

У період XIX–XX ст. інтерес до корпоративних інститутів знайшов відображення у дослідженнях таких вчених, як Ф.-К. фон Савінії, Р. Ієринг, О. Гірке, яких можна назвати основоположниками вчень про корпорації і, як наслідок, про суб'єктивне корпоративне право. Ми вважаємо, що саме з цього часового проміжку можна вести мову про становлення вчення про корпоративні відносини, які й отримали відповідне наукове обґрунтування у працях перш за все вказаних німецьких правників. І саме це дало поштовх до появи вчень і про суб'єктивне корпоративне право.

Теорія Р. Ієринга, як і будь-яка теорія, що визнає дійсними суб'єктами права лише живих людей, фактично сходиться з теорією фікції. Вчений визнає дійсними, реальними суб'єктами права членів корпорації, а якщо мова йде про унітарну юридичну особу (установу), реальними суб'єктами належних їй прав визнаються люди, які її обслуговують, причому коло цих людей може бути невизначеним. Тому й вести мову можна про корпоративні права, що належать лише учасникам корпорації, а не корпоративній організації.

На особливості правовідносин, одним із суб'єктів яких була німецька корпорація, вперше звернув увагу німецький правник О. Гірке. Вчений виділяв дві основні групи корпоративних правовідносин. До першої належали правовідносини, в яких корпорація, наділена якостями реально існуючого суб'єкта права, здійснювала свої права і виконувала юридичні обов'язки. Друга група — охоплювала врегульовані нормами права суспільні відносини, що складаються між корпорацією та її учасниками (членами), в рамках яких не мало місця здійснення корпорацією владних функцій стосовно своїх учасників (членів)¹. Тобто учасники корпорації здійснювали належні їм права і покладені на них обов'язки на підставі участі (членства) в ній.

Як наслідок зауважимо, що німецька правова доктрина не мала чіткої однастайності щодо тлумачення корпоративного права взагалі і безпосередньо суб'єктивного корпоративного права. Проте набувають розвитку теорії розподілу прав акціонерів, що дозволяло деталізувати кожне з них і проводити аналіз їх правової природи. Наприклад, П. Лабанд обстоював позицію поділу корпоративних прав на від'ємні і невід'ємні. При цьому невід'ємними визнавалися ті права, яких акціонер не може бути позбавлений за рішенням загальних зборів акціонерів, оскільки вони є похідними із закону, із публічно-правових

¹ Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения : общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах / Д. В. Ломакин. – М. : Статут, 2008. – С. 96.

приписів, при цьому акціонерне товариство (далі — АТ) може поширити їх режим у своєму статуті й на інші права). Стоббе розмежовував членські права, що належать акціонеру у рамках корпорації, і права акціонера стосовно корпорації; П. Оертман — загальнокорисні права і права, встановлені в особистому інтересі акціонерів. Також виділялись права, порушення яких суперечило б основним принципам акціонерного права, передусім принципу рівноправності (Станб), або меті товариства (Фішер); права, необхідні й достатні середньому акціонеру для вступу до АТ (Лехман)¹. Усе це свідчить про те, що множинність класифікації у наукових підходах викликана відсутністю сталого тлумачення «суб'єктивного корпоративного права». Наведені наукові думки надають можливість стверджувати про більшу прихильність німецьких юристів до множинності корпоративних прав, оскільки вказується на різновиди прав, а не складових елементів одного права.

Зважаючи на те, що німецька правова доктрина мала значний вплив на правотворчу і наукову думку інших країн (у різний час), у т. ч. Російської імперії, СРСР і сучасної України, зазначена неоднотайність думок спостерігається на території вказаних держав.

І. Т. Тарасов одним із перших у юридичній літературі Російської імперії провів досконалий аналіз прав акціонерів. Він звернув увагу на той факт, що права, яких набувають акціонери стосовно товариства, за своєю природою не вписуються у традиційні класифікаційні схеми цивільних прав. Вченим акцентована увага на тому, що правові відносини, напрацьовані в акціонерних компаніях, необхідно досить обережно підводити під відомі, старі юридичні побудови, маючи завжди на увазі, що нові форми об'єднань викликають і нові юридичні відносини². Поруч із вивченням традиційних прав акціонерів, що мають майновий характер (таких, наприклад, як право на дивіденди) і умов їх здійснення, вчений досліджував немайнові права, значення яких часто ігнорувалося спеціалістами у галузі акціонерного законодавства. Перш за все це стосувалося права на участь в управлінні товариством, у змісті якого науковець виділяв правомочності з голосування на загальних зборах акціонерів, з обрання до органів управління товариства, зі скликання зборів акціонерів³.

¹ Вольф В. Ю. Основы учения о товариществах и акционерных обществах / В. Ю. Вольф. — М. : Финансовое изд-во НКФ СССР, 1927. — С. 132–136.

² Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. — М. : Статут, 2000. — С. 412.

³ Там само. — С. 417–425.

І. Т. Тарасов обстоював позицію єдиного (цілісного) акціонерного права¹, що містило декілька правомочностей. Підставами для такого твердження є позиція вченого, висловлена у тому, що право акціонера брати участь в управлінні повинно належати кожному акціонеру як складова частина акціонерного права. Як наслідок, право бути обраним до складу управління компанією входить до змісту акціонерного права, а тому не може бути відібраним у жодного акціонера, хоча б він володів однією лише акцією.

А. І. Камінка² вважав, що у галузі організації корпоративної волі перед нами цілком нові правові поняття, що не мають аналогії у сфері індивідуальних відносин. Визнання акціонерної компанії корпорацією, на його думку, ніяк не тягне за собою заперечення самотійних прав акціонерів як на управління, так і на майно компанії. Ці права є своєрідними особливостями порівняно зі структурою індивідуальних зобов'язальних прав, вони мають специфічне корпоративне забарвлення, сутність якого полягає в елементі панування компанії над окремими її учасниками.

Після 1917 р. розвиток корпоративних форм сповільнився, а у подальшому загальна націоналізація акціонерних компаній надовго виключила з цивільного обороту корпоративні форми об'єднань. Розпочався період державно-планової економіки з характерними їй формами ведення господарської діяльності. У цей період наукова думка про корпоративні відносини, і як наслідок — корпоративні права, певним чином трансформувалась у дослідження правової природи юридичної особи і теорій її виникнення.

З набуттям Україною незалежності позитивні тенденції розвитку вчень про корпоративне право пов'язані насамперед зі становленням власного законодавства, зокрема щодо господарських товариств і цінних паперів, якими закріплюються корпоративні права учасників цих товариств. Поруч зі збільшенням приватноправового масиву, намітилася тенденція до підвищення ролі корпоративного (локального) регулювання. Отже, відповідні обставини не залишилися непомітними й у сфері правової науки, що стало поштовхом для розвитку наукових концепцій про корпоративні права.

¹ Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях / И. Т. Тарасов. – М. : Статут, 2000. – С. 436, 438–439.

² Каминка А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 391–398.

Одним із перших вчених України, предметом наукових досліджень якої постали корпоративні правовідносини, можна визнати І. В. Спасибо-Фатєєву¹, яка запропонувала власне бачення тогочасного стану розвитку корпоративних прав. Вченою зроблено висновок про доречність існування такого механізму, за яким учасник товариства має два різновиди прав: майнове, що як основоположне право породжує вторинні майнові права, та особисте немайнове. Перше є оборотоздатним і його відчуження приводить до правонаступництва у нового учасника, а особисте немайнове право участі не є оборотоздатним і його передавання неможливе, а виникає в особи, яка придбала в учасника право на частку в певний спосіб. Отже, вченою стверджується сумнівність конструкції штучного розірвання майнового та немайнового прав учасників (двох іпостасей права участі)². На підставі наведеного можна зауважити, що І. В. Спасибо-Фатєєва є більш схильною до тлумачення суб'єктивного корпоративного права як єдиного цілого з наявністю його майнової і немайнової складових.

Вважаючи, що об'єктами корпоративних відносин є діяльність корпоративної організації і ті результати її діяльності, на які мають претензії учасники корпоративних відносин, П. В. Степанов стверджує, що будь-які можливості акціонера, що стосуються, наприклад, розподілу прибутку або ліквідаційної квоти, входять до змісту одного єдиного (глобального) корпоративного права³; жодних окремих зобов'язальних прав вимог конкретної суми дивіденду або конкретної суми ліквідаційного залишку «поруч» з однаковим за сутністю корпоративним правом не виникає.

Згідно з вченням В. А. Белова, будь-яке (цивільне) правовідношення може складатися лише з одного суб'єктивного права і одного юридичного обов'язку; втім суб'єктивне право не є неподільним поняттям, оскільки (з метою свого наукового дослідження) саме «розкладається» на правомочності⁴. Саме тому при додержанні концепції єдиного кор-

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Акционерные общества : корпоративные правоотношения / И. В. Спасибо-Фатєєва. – Харьков : Право, 1998.

² Спасибо-Фатєєва І. В. Корпоративне управління : монографія / І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова ; за ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : Право, 2007. – С. 193.

³ Степанов П. В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / П. В. Степанов ; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 1999. – С. 21.

⁴ Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В. А. Белова. – М. : Юрайт, 2009. – С. 197.

поративного правовідношення (права), необхідно вести мову про правомочності, а не права. Якщо брати до уваги позицію В. А. Белова, то корпоративне право, дійсно, буде єдиною юридичною субстанцією, що складається з низки юридичних можливостей (правомочностей), реалізація будь-якої з яких призведе до набуття суб'єктивного права певного роду (виду), тобто точно буде таким утворенням, на якому наполягали Д. В. Ломакін і П. В. Степанов під найменуваннями акціонерного і корпоративного права. При цьому корпоративна правоздатність відрізняється від цивільної правоздатності тим, що дозволяє набувати лише відносні (передусім — зобов'язальні) права із визначеним колом учасників.

В. А. Васильєва зауважує, що корпоративне право за своєю суттю є складною категорією, яке утворене з низки майново-організаційних суб'єктивних прав (повноважень) учасників (засновників) юридичних осіб¹, тобто можемо вважати, що вчена як єдино правильну досліджує концепцію цілісного суб'єктивного корпоративного права. Відповідний висновок підкріплюється твердженням, що специфіка корпоративного права виявляється, зокрема, у тому, що воно виступає як складна сукупність прав, кожне з яких окремо можна назвати корпоративним правом (це право на одержання прибутку, на управління, на отримання частини майна підприємства після його ліквідації, право на інформацію тощо)². До того ж вченою зауважується, що при передачі корпоративного права не вимагається його деталізації або докладного опису в «передаточному документі», оскільки зміст корпоративного права наповнюється повноваженнями, які закріплені в нормативних актах та статутах³.

Отже, першою позицією в розумінні суб'єктивного корпоративного права є його бачення як універсальної єдності певних можливостей (сукупності майнових та немайнових правомочностей) учасників корпорації, що виникають на підставі членства в ній.

Проте існує й інша позиція: множинність суб'єктивних корпоративних прав, що належать кожному суб'єкту. Таку позицію підтримує В. М. Кравчук, вважаючи корпоративне право системою «елементар-

¹ Корпоративне право України : підручник / В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатєєва [та ін.] ; за заг. ред. В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 160.

² Там само. – С. 161.

³ Васильєва В. А. Корпоративне право як об'єкт цивільних правовідносин / В. А. Васильєва // Корпоративне право в Україні : Становлення та розвиток : зб. наук. пр. – К., 2004. – С. 44.

них» корпоративних прав. Він доводить, що корпоративні права — це сукупність прав учасника юридичної особи, зміст яких визначається її організаційно-правовою формою та установчими документами¹. Проте позиція дослідника з цього приводу змінилася, адже ним висловлювався дещо інший підхід, за яким корпоративні права є сукупністю правових можливостей². Усі ці права, зауважує вчений, так чи інакше пов'язані з реалізацією права участі в товаристві і саме це робить їх корпоративними.

С. С. Кравченко відзначив, що кожне елементарне корпоративне право, хоч і обумовлене зв'язком і залежністю з корпоративними правами, але реалізується за своїм механізмом³. Щодо реалізації кожного виду корпоративних прав складаються спеціальні правовідносини, які є частиною загальних корпоративних правовідносин. Якщо об'єктом загальних правовідносин є участь у товаристві, то об'єктом спеціальних — дії з реалізації окремих корпоративних прав...⁴

З приводу наведених позицій слід зазначити таке. Якщо вчені як основу займають позицію про систему «елементарних» корпоративних прав, то навряд чи можна стверджувати про те, що: елементарне корпоративне право обумовлене зв'язком і залежністю з корпоративними правами (С. С. Кравченко) та щодо реалізації кожного виду корпоративних прав складаються спеціальні правовідносини, які є частиною загальних корпоративних правовідносин (В. М. Кравчук).

Так, стосовно позиції С. С. Кравченка неможливо вести мову про елементарне корпоративне право як частину корпоративного права, тому що кожне окреме елементарне корпоративне право є елементом кожного окремого корпоративного правовідношення, а не єдиного (цілого) корпоративного права.

Стосовно ж вчення В. М. Кравчука варто зауважити певні сумніви щодо можливості твердження про те, що правовідносини, що виникають із приводу реалізації кожного виду корпоративних прав, є спеціальними стосовно загальних корпоративних правовідносин. У зв'язку з наведеним виникає питання: якщо вчений дотримується концепції елементарних

¹ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : монографія / В. М. Кравчук. – Львів : Край, 2009. – С. 51.

² Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. – К. : Істина, 2005. – С. 261.

³ Кравченко С. С. Юридична природа прав учасників господарських товариств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. С. Кравченко. – К., 2007. – С. 39.

⁴ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : монографія / В. М. Кравчук. – Львів : Край, 2009. – С. 51.

корпоративних прав (відсутності єдиного (цілого) корпоративного права), то чи можна говорити про наявність, у такому випадку, спеціальних та загальних корпоративних правовідносин. Ми вважаємо, що якщо науковці опанували саме таку концепцію, то кожне окреме суб'єктивне корпоративне право повинно бути елементом кожного окремого корпоративного правовідношення, а не створювати єдине корпоративне правовідношення з множинністю суб'єктивних корпоративних прав.

Наша думка ґрунтується на тому, що суб'єктивне право є елементом змісту правовідношення, а не підставою для його виникнення. Якщо ж «елементарне корпоративне право, хоч і обумовлене зв'язком і залежністю з корпоративними правами, але реалізується за своїм механізмом» (С. С. Кравченко), то мова повинна йти про секундарне право (як про можливість створити, змінити або припинити юридичне відношення шляхом одночасного волевиявлення¹), а не про суб'єктивне корпоративне право. Ми не можемо погодитись із С. С. Кравченком, тому що секундарне право є вторинним правом відносно суб'єктивного права, оскільки визнається юридично захищеною можливістю особи набути, мати і здійснювати те чи інше суб'єктивне право, а також розпоряджатися ним (вчиняти юридичні дії). Як правильно зазначає В. А. Белов², секундарне право відрізняється від суб'єктивного права тим, що належить до категорії можливостей вчинення юридичних, а не фактичних дій, тобто має своїм об'єктом суб'єктивне право, а не блага, які виступають об'єктами фактичних відносин.

Варто звернути увагу і на співвідношення категорій «секундарне право» і «правомочність», які є різними за правовою природою, оскільки коли правомочності (як можливості, що входять до складу правоздатності) характеризують здатність до придбання, володіння, здійснення і розпорядження правами взагалі, об'єкт секундарного права — це завжди одиничне конкретне суб'єктивне право (або комплекс суб'єктивних прав, сформований станом на певний момент часу). Тому будь-яке право, у т. ч. й корпоративне, може складатися з правомочностей, а останні — із субправомочностей³, але ніяк не з окремих прав.

¹ Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. — М. : Тип. «Изв. Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. — С. 68–69.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. 1: Введение в гражданское право : учебник / В. А. Белов. — М. : Юрайт, 2011. — С. 331.

³ Жилинкова И. В. Гражданское правоотношение: системно-структурный подход / И. В. Жилинкова // Вісн. Харк. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. — Спецвипуск. — Серія: Право. — 2010. — № 929. — С. 39; Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В. А. Белова. — М. : Юрайт, 2009. — С. 197.

Деякі корпоративні права, з позицій окремих науковців¹, виникають у акціонерів і до моменту придбання ними акцій. Хоча навряд чи можна погодитись з такою думкою, оскільки неможливо вести мову про існування права в особи, яка ще не є суб'єктом корпоративних правовідносин. Ця теза має важливе практичне значення, оскільки її врахування при вирішенні судами спорів, пов'язаних із захистом корпоративного права акціонера, допоможе посилити «імунітет» правового статусу останнього, а також забезпечити стабільну діяльність новоствореної юридичної особи.

Третьою групою дослідників корпоративних прав взагалі не приділяється увага проблематиці універсальності або множинності, обмежуючись лише констатацією факту, що суб'єктивне корпоративне право — це міра можливої поведінки суб'єкта корпоративного відношення, врегульованого нормами корпоративного права².

На підставі викладеного зауважимо, що наявність різних підходів до теоретичного і законодавчого розуміння «суб'єктивного корпоративного права» іноді породжує проблеми на практиці. Тому нагальним для наукової спільноти є напрацювання єдиного концептуального підходу до з'ясування сутності цієї категорії як єдиного правового явища з її складовими елементарними частинами — правомочностями, що викликано такими твердженнями:

1) змістом корпоративного правовідношення є єдине суб'єктивне корпоративне право та кореспондуючий йому юридичний обов'язок. Множинності суб'єктивних корпоративних прав у окремому корпоративному правовідношенні не існує; може мати місце множинність корпоративних правовідносин, змістом кожного з яких є однакове корпоративне право у різних учасників;

2) учаснику корпоративної організації належить єдине суб'єктивне корпоративне право, в якому він не може бути обмежений або якого він не може бути позбавлений, за винятком випадків, передбачених законодавством або локальними корпоративними актами;

3) суб'єктивне корпоративне право складається з певної кількості правомочностей, які мають місце залежно від частки учасника у статутному капіталі товариства (кількості акцій) та впливають на обсяг

¹ Луць В. В. Акціонерне право : навч. посіб. / В. В. Луць, Р. Б. Сивий, О. С. Яворська / за заг. ред. В. В. Луця, О. Д. Крупчана. – К. : Концерн «Вид. Дім “Ін Юре”», 2004. – С. 15–16.

² Корпоративное право : учеб. для студ. вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция» / отв. ред. И. С. Шиткина. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 16.

його можливостей щодо реалізації ним відповідного права (наприклад, скликати позачергові загальні збори вправі лише акціонери, яким сукупно належить 10 %) або залежно від наявності юридичного факту, який служить підставою для зміни обсягу права учасника (ч. 5 ст. 26 Закону України «Про акціонерні товариства»);

4) поза змістом суб'єктивного корпоративного права залишається «право на захист», яке є самостійним правом;

5) захисту підлягає єдине суб'єктивне корпоративне право, а не кожний його складовий елемент (правомочність), що з урахуванням ст. 16 ЦК України спростить процедуру визнання і відновлення порушеного права, а не правомочностей.

Жорнокуй Ю. Субъективное корпоративное право: универсальное единство или множественность прав

В статье на основании норм действующего законодательства и анализа правовой доктрины осуществлена попытка установить существо субъективного корпоративного права как простой либо сложной правовой категории.

Ключевые слова: субъективное корпоративное право, секундарное право, правомочие.

Zhornokuy Y. Subjective Corporative Right: Universal Unity or Plurality of Rights

An attempt to establish the essence of subjective corporative right as a simple or complex legal category is realized on the basis of legislative in force and analysis of legal doctrine.

Keywords: subjective corporative right, previous right, competence.

УДК 347.133.4:614.253.83

Г. Миронова, провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів

У 2005 році померла Террі Шайво, пацієнтка американської лікарні, яку протягом 15 років лікарі тримали у напіввегетативному стані. Упродовж цього часу громадський загал активно дискутував з питання, чи відключати її від апарату штучного підтримання життя. У процесі взяли участь члени родини пацієнтки, пересічні громадяни, суди, губернатор, Конгрес США, що прийняв спеціальний закон, та особисто президент Дж. Буш. Її навіть двічі на короткий час відключали від апаратури, але встигали втрутитися відповідні інстанції, та судова машина набирала нових обертів. Цей випадок значно вплинув на готовність американців зафіксувати свою волю щодо вибору лікування у відповідних документах, а також загострив публічні та наукові обговорення з питань: прав особи на недоторканність та відмову від лікування, критеріїв гідного поводження із пацієнтом тощо.

Як видно, нездатність пацієнта до волевиявлення (тимчасова, тривала або незворотна) щодо форм і способів медичного втручання, які можуть бути застосовані до нього, становить специфічну проблему медичної сфери, яка потребує правового вирішення та супроводження. Ефективним засобом охорони прав таких пацієнтів є правовий інститут завчасного планування лікування та догляду, який Україні фактично невідомий. Зокрема, вітчизняним законодавством не регламентуються попередні розпорядження щодо медичного втручання, з цих питань навіть не відбувається ані наукових, ані громадських дискусій, що є суттєвою прогалиною правосвідомості та нормативної бази. Представництво пацієнта не розглядається як особливий різновид добровільного представництва в сучасній вітчизняній цивілістичній літературі та не згадується у монографіях, дисертаціях, коментарях і посібниках із цивільного права, зокрема, відомих авторів¹. Саме тому предметом дослідження обрано актуальну проблему цивільно-правового регулювання нового для українського права інституту представництва

¹ Див., наприклад, Харитонов Є. О. Добровільне представництво у цивільному праві України / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, А. І. Дрішлюк. – К., 2007. – 176 с.

пацієнта за довіреністю. Метою статті є постановка питання про правову природу медичних правочинів особи на майбутнє та їх місце в загальній цивільно-правовій системі України, а також напрями вдосконалення вітчизняної нормативної бази з цього питання.

Підґрунтям для проведеної роботи стали напрацювання вчених-цивілістів, які розробляють окремі аспекти інститутів добровільного представництва та довіреності: М. Брагинського¹, А. Дрішлюка, П. Крупка², В. Рясенцева³, І. Спасибо-Фатєєвої⁴, Є. Харитонов⁵, С. Фурси⁶. Проблематиці правового забезпечення автономії пацієнта, зокрема правових засобів реалізації принципу згоди на медичне втручання, присвячені праці таких вчених, як С. Антонов⁷, З. Гладун⁸, Р. Гревцова⁹, О. Кашинцева¹⁰, І. Сенюта¹¹. Аналіз основних здобутків указаних авторів дав змогу виявити проблему на стику приватноправового та медичного підходів до регулювання відносин за участю пацієнтів та актуалізувати напрацювання механізмів цивільно-правового розв'язання специфічних проблем, що виникають в умовах медичного втручання.

¹ Брагинский М. И. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 2007 – 1055 с.

² Крупко П. Договір доручення як форма надання повноважень при добровільному представництві / П. Крупко // Право України – 2002. – № 9 – С. 104 – 108; Крупко П. Суб'єкти добровільного представництва за цивільним правом / П. Крупко // Право України. – 2002. – № 5. – С. 105–110.

³ Рясенцев В. Представительство и сделки в современном гражданском праве / В. Рясенцев. – М., 2006. – 603 с.

⁴ Спасибо-Фатеева І. Окремі проблеми представництва / І. Спасибо-Фатеева // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2005. – № 5.

⁵ Харитонов Є. О. Цивільне право України / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. – К., 2007. – 816 с.; Харитонов Е. Гражданское право / Е. Харитонов, Н. Саниахметова. – Киев, 2001. – 830 с.

⁶ Фурса С. Довіреність та інститут представництва в цивільному законодавстві, нотаріальному і цивільному процесах України / С. Фурса // Право України. – 1999. – № 4. – С. 94–97.

⁷ Антонов С. В. Правова регламентація надання медичних послуг // Управління закладом охорони здоров'я. – 2009. – № 2. – С. 18–22.

⁸ Гладун З. С. Адміністративно-правове регулювання охорони здоров'я населення в Україні / З. С. Гладун. – К., 2006. – 469 с.

⁹ Гревцова Р. Інформована згода пацієнта на медичне втручання: юридичні аспекти отримання і оформлення / Р. Гревцова // Управління закладом охорони здоров'я. – 2007 – № 3.

¹⁰ Кашинцева О. Наріжні проблеми захисту прав людини у сфері біотехнологій та медицини / О. Кашинцева // Право України. – 2009. – № 4. – С. 152–157; Кашинцева О. Правовий статус людини в біомедичному експерименті: людина чи animal of necessity / О. Кашинцева // Право України. – 2010. – № 2. – С. 114–119.

¹¹ Сенюта І. Медичне право: право людини на охорону здоров'я : [монографія] / І. Сенюта. – Л., 2007. – 223 с.

Повага до автономії пацієнта має вирішальне значення в медичній галузі та втілюється у вимозі інформованої згоди пацієнта на будь-яке втручання у сферу здоров'я. Загальне правило стосовно правомірності медичного втручання сформульоване у ст. 5 Конвенції «Про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини» 1997 р. (далі — Конвенція Ов'єдо): *«Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи»*. Це правило включає в себе також правову можливість для пацієнтів відмовитися від лікування або окремих медичних процедур на підставі власних переконань, сумніння та уявлень про будь-які переваги, що є значними для особи. Але щодо тих пацієнтів, які не можуть дати згоду чи відмову через певні фактори, зокрема психічну чи фізичну нездатність до волевиявлення, хто повинен приймати за них рішення — лікарі, родичі, за якої схемою пріоритетів? Що робити, якщо замісні приймальники рішень не мають згоди між собою з приводу лікування та найкращого інтересу пацієнта? Для правової конкретизації суб'єктів та процедур прийняття медичних рішень у клінічних випадках, обтяжених нездатністю пацієнта до волевиявлення, призначений інститут завчасного волевиявлення щодо медичного втручання. Попередні розпорядження особи стосовно методів лікування та догляду на майбутнє є ефективним додатковим засобом реалізації прав пацієнта, що доведено практикою країн, які їх легітимізували.

Попередні розпорядження — будь-які юридично визнані інструкції особи (письмові або усні), що виражають її волевиявлення стосовно майбутнього медичного обслуговування. До найбільш поширених юридичних форм належать: медичні директиви, заповіт стосовно доживання, довіреність з охорони здоров'я (медична довіреність). Завчасні розпорядження про медичні рішення та медична довіреність — два типи документів, що мають різні цілі. Перші складаються у формі особистої *заяви-розпорядження* пацієнта стосовно лікування, догляду, процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір. Другий — це *довіреність*, що ґрунтується на договорі, якою призначається особа, уповноважена приймати медичні рішення замість пацієнта. Доручення забезпечує переваги у забезпеченні роз'яснень уподобань пацієнта, якщо вони були сформульовані в розпливчастих неоднозначних термінах в особистих розпорядженнях, а також для надання медичної допомоги в умовах несподіваних ситуацій, які не були конкретно розглянуті пацієнтом.

Щодо питання про реальне використання завчасних розпоряджень з охорони здоров'я, то вони є юридично визначеними і широко використовуються у практиці США та Великій Британії. У законодавстві цих країн напрацьовані ефективні юридичні конструкції попередніх медичних розпоряджень¹, до яких належать: *Медичні директиви* стосовно лікування, що підтримує життя (Medical Orders For Life Sustaining Treatment — MOLST); *«Заповіт про умови доживання»* (Living Will); *«Заборона реанімувати»* (Do Not Reanimate — DNR) — письмові розпорядження, які містять вказівки фізичної особи щодо надання (або утримання від) певного лікування, що підтримує життя, виражають волю заповідача стосовно штучного підтримання життя, зокрема, містять розпорядження медичним працівникам не проводити серцево-легеневу реанімацію; *Довгострокова довіреність* на прийняття рішень з медичного обслуговування (Durable Power of Attorney for Health Care), якою уповноважується довірена особа пацієнта (Health-Care Agent) для прийняття рішень в його інтересі з питань догляду та лікування, як тільки довіритель втрачає здатність робити це самостійно.

Стандарти, процедури і гарантії стосовно попередніх медичних розпоряджень встановлюються відповідними законами. Використовуються, як правило, змішані форми, в яких містяться елементи різних правочинів (розпорядження + довіреність + заповіт), відпрацьовані відповідно до вимог спеціальних законів. Наприклад, у штаті Нью-Йорк використовується форма «Довіреність на прийняття рішень про медичну допомогу», що схвалена Департаментом з охорони здоров'я.

Європейською правовою основою з цього питання є ст. 9 Конвенції Ов'єдо, відповідно до якої *«Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше»*. Правовий статус попередніх розпоряджень у національному законодавстві європейських країн дуже різний². У країнах, в яких були прийняті спеціальні закони, що надають юридично обов'язкової сили завчасно

¹ Усталені синоніми: «завчасні декларації», «попередні медичні директиви», «завчасні рішення», «завчасно висловлені побажання, що стосуються медичної допомоги» («advance declarations», «advance health care directives» «advance decisions», «previously expressed wishes concerning medical treatment»).

² Вибір країн обмежено оглядом, який наведено в доповіді для Ради Європи за матеріалами Дослідницького семінару з попередніх розпоряджень, організованого 18–22 червня 2008 р. Інститутом медико-біологічної етики Цюріхського університету за підтримки Європейського наукового фонду (ESF).

висловленим побажанням (Австрія, Бельгія, Велика Британія, Іспанія, Нідерланди, Угорщина, Фінляндія), завчасна відмова від лікування здебільшого має саме таку силу, як відмова, зроблена компетентним пацієнтом у теперішній час. Проте, щоб бути дійсними, попередні директиви мають бути складені у письмовій формі та не суперечити закону і належній клінічній практиці.

У країнах, в яких немає юридично легітимної сили завчасно складених документів (Німеччина, Франція, Швейцарія), але які планують впровадити спеціальне законодавство, попередні розпорядження мають консультативне значення як один з елементів серед можливих медичних рішень. У країнах, в яких немає спеціального законодавства та відсутній законний статус попередніх директив (Греція, Італія, Литва, Норвегія, Португалія, Сербія, Словачія, Туреччина, Україна — крім останньої всі ратифікували Конвенцію Ов'єдо), в принципі немає перешкод для того, щоб де-факто скласти заповіт про медичні умови доживання або призначити довірену особу з питань охорони здоров'я за аналогією із цивільно-правовими інститутами заповіту, доручення, представництва. Втім у більшості з цих країн попередні розпорядження в медичній практиці практично не використовуються через сильний патерналізм, який домінує у відносинах між лікарем і пацієнтом, та юридичні проблеми — у ситуаціях, коли пацієнт не в змозі висловити свої уподобання щодо лікування, пріоритет у більшості надається бажанням членів сім'ї.

Принцип інформованої згоди знайшов висвітлення в новому законодавстві України, зокрема, у статті 28 Конституції закріплено: «Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям». Як випливає з положень статей 281, 284 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ), «підставою виникнення, тривання і припинення відносин з надання медичної допомоги є воля пацієнта, його усвідомлена згода, чим підтверджується цивільно-правовий характер відносин з надання медичної допомоги, відсутність у них елементів влади та підкорення»¹. Основи законодавства України про охорону здоров'я (далі — Основи) включають важливі положення, що стосуються прав пацієнтів, зокрема, визнають право пацієнта надавати інформовану згоду на лікування та відмовлятися від певних методів лікування.

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т. 1. – С. 471–472.

Так згідно із ст. 43 Основ обов'язковою умовою правомірності медичного втручання є наявність свідомої згоди інформованого пацієнта. Втім таке право: 1) визнається тільки за компетентними пацієнтами або у разі якщо вони некомпетентні — за їх законними представниками; 2) не стосується ситуацій, що кваліфікуються як невідкладні. У невідкладних випадках (за наявності реальної загрози життю хворої особи) українське законодавство передбачає, що згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна (п. 5 ст. 284 ЦКУ, ст. 43 Основ). Закон явно не визнає завчасну відмову, яка застосовується, коли пацієнт стає неспроможним прийняти рішення, не існують законні норми стосовно можливості скласти заповіт про доживання, а також призначити довірену особу з охорони здоров'я. Спробою легітимізувати інститут представництва пацієнта в Україні свого часу був проект Закону України «Про захист прав пацієнтів» від 06.12.2007 р. № 1132, в якому пропонувалася нова для українського законодавства норма стосовно представництва пацієнта за дорученням (п. 3 ст. 6).

У широкому контексті право кожної людини в Україні заздалегідь вирішити питання про медичне обслуговування на випадок, коли вона не буде мати можливість самостійно приймати ці рішення в майбутньому, можна доктринально розглядати як вираження права на самовизначення відносно свого власного тіла, яке ґрунтується на фундаментальних правах-принципах, що викладені в Конституції України та ЦКУ: 1) право на індивідуальність, самовизначення, моральні та культурні цінності (ст. 300 ЦКУ); 2) повага до гідності, захист недоторканності (ст. 29 Конституції України, ст. 297 ЦКУ); 3) заборона катувань, поводження, що принижує гідність (статті 28, 64 Конституції України, ст. 270 ЦКУ).

Проте, оскільки немає спеціального законодавства про попередні розпорядження, то немає визначених юридичних підстав щодо ступеня обов'язковості, обсяг і межі задіяння таких документів. Фізичні особи можуть де-факто складати попередні розпорядження, тим не менш, такі документи не вважаються юридично зобов'язуючими, або такими, що мають серйозні правові наслідки. Немає практичного сенсу уповноважувати довірену особу з питань охорони здоров'я, адже якщо пацієнт стає некомпетентним, рішення щодо лікування та догляду приймаються лікарями та законними представниками: родичами, опікунами навіть якщо вони незгодні з особистими уподобаннями пацієнта.

Питання попередніх медичних розпоряджень та представництва пацієнта в українському законодавстві не внормоване. Якщо виходити із принципу диспозитивності цивільно-правового регулювання, фізична особа має право скласти в довільній формі, що не суперечить чинному законодавству, попередні вказівки щодо лікування на майбутнє, а також укласти з фізичною особою договір про представництво своїх інтересів. Інше питання, що реалізація на практиці таких правочинів має багато труднощів саме з причини відсутності відповідної нормативної бази, в якій повинні бути регламентовані відповідні норми, механізми, процедури та гарантії. Тому в інтересі розвитку теоретичних засад нового цивільно-правового інституту в Україні слід взяти до уваги таке методологічне положення, сформульоване класиком зобов'язального права О. Іоффе: «...коли формується договірне зобов'язання нового типу, що не суперечить закону, але й не передбачене ним, його формування має здійснюватися за аналогією закону або за аналогією права»¹.

Договір про представництво пацієнта та призначення довіреної особи для вирішення питань лікування та догляду можна розглядати за аналогією із цивільно-правовим інститутом доручення. Договір доручення — одна з можливих підстав виникнення правовідносин з добровільного представництва. Відповідно до положень гл. 68 ЦКУ, суть договору доручення полягає в тому, що одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Договір доручення є взаємним консесуальним фидуціарним, може бути укладений безстроково або на будь-який визначений строк. Істотними умовами, отже, особливостями договору доручення є: предмет договору — чітко визначені юридичні дії (фактичні дії повіреного не включаються в предмет договору доручення), а також вимога закону (ст. 1005) щодо особистого виконання змісту доручення. ЦКУ не передбачає обов'язкової письмової форми договору доручення. Якщо договір вчинено в усній формі, довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність для пред'явлення перед третіми особами. У разі відмови довірителя або повіреного від домовленостей договір доручення припиняється.

Як видно, предметом договору доручення є нематеріальні посередницькі послуги повіреного, які виражаються у здійсненні визначених

¹ Иоффе О. Обязательственное право / О. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – С. 375.

у договорі юридичних дій. Фактичні дії, які пов'язані із предметом договору, не мають самостійного характеру та не складають предмет зобов'язання. На відміну від договору доручення фактичні дії входять до предмета договору про представництво пацієнта, отже, становлять зміст доручення поряд із визначеними юридичними діями. (Прикладами фактичних дій довіреної особи пацієнта є свідчення перед медперсоналом про волю довірителя, збирання, аналіз медичної інформації, у тому числі про нові методи лікування та лікувальні властивості медичних засобів, пошук відповідних медичних закладів, ведення переговорів із медичним персоналом та багато інших.) Ця ознака ріднить договір про представництво пацієнта із такими поименованими цивільно-правовими договорами, як договір андеррайтингу, агентський договір, договір комісії.

Щодо змісту і характеру зобов'язань, то у договорі доручення повірений діє у відносинах із третіми особами від імені, за рахунок довірителя та зобов'язаний чітко виконувати його конкретні вказівки щодо юридичних дій, які становлять предмет договору. На відміну від повіреного довірена особа пацієнта може діяти як від імені довірителя, так і від власного, хоча й за рахунок першого. Діяльність представника пацієнта набуває великої міри самостійності та ініціативності, оскільки за договором він наділений правом здійснювати генеральну лінію побажань пацієнта залежно від клінічних та юридичних обставин. Отже, представник відповідно до цінностей та уподобань пацієнта, але на власний розсуд вчиняє різноманітні фактичні та юридичні дії, обирає серед альтернативних пропозицій з метою задоволення інтересів та реалізації прав пацієнта-довірителя.

Внутрішні відносини за договором мають ярко виражений довірчий характер, то ж можна говорити про фидуціарну природу цього договору. Довірчий характер відносин між суб'єктами знаходить свій вияв у тому, що договір може бути виконано особисто представником. Звідси також впливає право сторін у будь-який час відмовитися від договору. Відомо, що для припинення договору доручення за участю повіреного, який діє як підприємець, існує спеціальне правило щодо припинення договору доручення. Нормою закону (ч. 3 ст. 1008 ЦКУ) передбачено, що для припинення договору сторона, яка відмовляється, повинна повідомити про це другу сторону не пізніше як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлено догово-

ром. Вимога про попередження про відмову від договору не може бути встановлена у договірних відносинах пацієнта із представником саме з тієї причини, що пацієнт на момент чинності договору неспроможний виявити свою волю у відповідь на попередження. Отже, правовим виходом із ситуації, коли представник не може, або не має можливості виступати стороною в договорі, є юридичне закріплення у договорі та в довіреності альтернативного представника, який набуває повноважень у разі відмови основного представника, що саме є особливістю договору про представництво пацієнта.

Характерною ознакою договору про представництво пацієнта є його суб'єктний склад — на відміну від інших договорів про добровільне представництво та з огляду на специфіку предмета договору його сторонами можуть бути тільки фізичні особи. Щодо оформлення домовленості сторін, то договір про представництво пацієнта може укладатися як у письмовій, так і в усній формі, як на визначений, так і на невизначений строк. Якщо договір укладено в усній формі, то повноваження повіреного мають бути підтверджені видачею довіреності. На відміну від доручення конструкція договору про представництво пацієнта передбачає презумпцію безоплатності.

Головною особливістю договору про представництво пацієнта є те, що його можна віднести до умовних правочинів (ст. 212 ЦКУ), укладених під відкладальною обставиною, з настанням якої пов'язується виникнення прав та обов'язків за договором. Такою відкладальною умовою є настання нездатності пацієнта повідомити про свій вибір щодо методів лікування та догляду. Відповідно довірена особа втрачає свої повноваження, якщо здатність пацієнта приймати рішення відновлюється.

Представницька природа відносин, що виникають на підставі договору про представництво пацієнта, знаходить свій прояв у таких характеристиках правочину, які утворюють його загальну парадигму. За договором представництва пацієнта: 1) представник здебільшого діє від власного імені, але в інтересах особи, яку представляє; 2) представник своїми діями продовжує юридичні та фактичні спроможності довірителя, отже, уповноважується на здійснення дій фактичного та юридичного характеру в межах конкретних вказівок та загальної лінії побажань довірителя; 3) представник набуває повноважень з моменту клінічної та юридичної констатації нездатності довірителя до волевиявлення, які відповідно завершуються із відновленням такої здатності.

Щодо юридичної кваліфікації договору про представництво пацієнта та його суб'єктного складу, у цілому можна сказати, що інститут довіреної особи пацієнта (Health Care Surrogate/Proxу/Agent), яким він є в англо-американській правовій традиції, не дуже вдало вписується в українську цивілістичну парадигму. Зокрема, за нормою ч. 2 ст. 237 ЦКУ не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені. Отже, з метою інсталяції нового інституту в українське цивільне право необхідно ініціювати певні концептуальні зміни, що саме по собі є грандіозною, то ж нереальною справою. Тому вважаємо за доцільне ввести додатково новий цивільно-правовий інститут представника (довіреної особи) пацієнта, що надасть можливість не руйнувати усталену концепцію представництва, якою вона є у ЦКУ, а розширити сферу представницьких договорів. Тоді кваліфікувати нові правочини можна як *договір про представництво пацієнта, довгострокова довіреність на прийняття рішень стосовно охорони здоров'я (медична довіреність)*, а суб'єкту пару договору ідентифікувати як *пацієнт — довірена особа пацієнта*. У такий спосіб можна найбільш безболісно доповнити Книгу п'яту «Зобов'язальне право» розділ III «Окремі види зобов'язань» підрозділ I «Договірні зобов'язання» ЦКУ окремою главою «Представництво пацієнта за довіреністю», що передбачає необхідність внесення відповідних змін до чинних нормативних актів та прийняття у подальшому загального і спеціального медичного законодавства.

Про можливість використання цивільно-правової конструкції попередніх медичних розпоряджень та договору про добровільне представництво пацієнта свідчить той факт, що вже багато років Свідки Єгови України використовують документ «Волевиявлення щодо медичного втручання. Жодної крові» із метою реалізації свого права на добровільну інформовану відмову від методів лікування. Волевиявлення щодо медичного втручання є ініціативним юридичним документом, розробленим для задоволення потреб членів організації із врахуванням специфіки національного цивільного права та медичного законодавства. Є непоіменованим змішаним правочином, що містить два окремих елементи, що підпорядковані досягненню єдиної мети: 1) заява-розпорядження до медичних працівників, що ґрунтується на договорі про надання медичних послуг; 2) довіреність, якою уповноважуються два медичних представники, що ґрунтується на договорі про представництво пацієнта.

Отже, на підставі наведеного можна зробити такі висновки.

1. За своєю правовою природою договір про представництво пацієнта є різновидом договорів про добровільне представництво та характеризується як консесуальний двосторонній фідучіарний умовний правочин.

2. Незважаючи на наявність деяких спільних рис із іншими цивільно-правовими договорами, договір про представництво пацієнта не можна розглядати як видове поняття відносно договору доручення чи інших поіменованих договорів цивільного права України, оскільки, як було показано, між ними існують суттєві відмінності, які стосуються предмета, суб'єктного складу, змісту і характеру зобов'язань.

3. Предметом договору про представництво пацієнта є комплекс послуг фактичного та юридичного характеру. Фактичні дії, що передбачені договором, не обов'язково підкорені юридичним, отже, мають самостійний характер.

4. Діяльність довіреної особи є великою мірою ініціативною, тобто такою, що заснована на загальних вказівках та настановах пацієнта, його моральних цінностях і лікувальних уподобаннях, які закріплені юридично в довіреності, або відомі з власного досвіду спілкування із пацієнтом.

5. Договір про представництво пацієнта є самостійним різновидом зобов'язань, то ж потрібно на доктринальному та практично нормативному рівнях вирішити, зокрема, питання про його місце в системі цивільного та медичного права і законодавства України, найменування, понятійну та нормативну складові.

Таким чином, попередні медичні розпорядження особи є важливим елементом у механізмі цивільно-правового регулювання відносин медичної галузі, а право на складання завчасних медичних вказівок є невід'ємним правом пацієнта, що впливає з реалізації принципу згоди на медичне втручання як частини фундаментальних прав людини. Хоча Україна не ратифікувала Конвенцію Ов'єдо, то ж не має юридичного обов'язку легітимізувати раніше висловлені побажання пацієнта, передбачені статтею 9, але в контексті лояльності до положень цієї міжнародної угоди, а також на фоні зростаючого міжнародного значення дотримання прав людини існує потреба: дослідити загальні засади та характерні ознаки правового регулювання відносин представництва пацієнта у світлі міжнародних правових стандартів, продовжу-

вати дослідження зарубіжного досвіду регулювання правовідносин з попередніх медичних розпоряджень особи та договору про представництво пацієнта в компаративістському аспекті. Це дозволить виявити адекватні шляхи інсталяції нового цивільно-правового інституту в правове поле України, але з урахуванням особливостей юридичної системи та правової культури населення.

Миронова Г. Представительство пациента по доверенности: гражданско-правовая характеристика

Статья посвящена проблеме реализации доктрины согласия пациента на медицинское вмешательство. Целью исследования является разработка правовых конструкций предварительного волеизъявления по поводу медицинского вмешательства.

Ключевые слова: медицинское вмешательство, представитель пациента, медицинская доверенность.

Myronova G. Durable power of attorney for health care: civil legal description

The article is the problem of realization of doctrine of consent of patient on medical treatment devoted. A research purpose is development of legal constructions of preliminary will about relation to the medical treatment.

Keywords: medical treatment, health care agent, health care of attorney.

УДК 347.122

І. Венедіктова, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського Національного університету ім. В. Н. Каразіна

Методологічні підходи до співвідношення понять «інтерес» і «потреба» при визначенні юридичної категорії «охоронюваний законом інтерес»

Інтерес — дуже складна категорія для наукового пізнання. З одного боку, він не є одноплановими суспільними відносинами людей, цілком доступними для емпіричного дослідження, а з другого, — складність полягає в тому, що існує стійке (побутове) розуміння інтересу. Проте наукове пізнання цієї категорії вимагає від нас певного методологічного підходу. Для з'ясування природи інтересу необхідно дослідити його ознаки, не можна оминати увагою суб'єктивну та об'єктивну сторони інтересу, проаналізувати його форми прояву в різноманітних сферах: філософії, соціології, психології, економіці, юриспруденції як спеціальної, в даному випадку прикладної науки. І перше, з чим стикається дослідницький пошук, — це тісний взаємозв'язок понять «інтерес» і «потреба». Потреби відіграють значну роль у визначенні інтересу. Уявлення про потребу як про єдину причину цілей людини виникло ще за часів Античності. У початковому, дуже незавершеному вигляді ідея зв'язку інтересів та потреб була озвучена Демокритом. Значного поширення думка щодо ролі потреб та інтересів набула за часів епохи Відродження, пізніше — у соціологічних теоріях просвітників. Гоббс, Локк, Гассенді, Гельвецій у боротьбі проти релігійного фанатизму часто застосовували потребу для тлумачення вчинків людей. Для вчених ХХ ст. також було характерним визнавати за потребами роль найбільш істотних та типових для цілей людини причин. Це простежується у працях Б. Сніннера, М. Чукаса, Ж. Елюля, Т. Роззака, Ю. Хабермаса, Р. Хейлбрюнера та ін. Розвиток цих думок пояснюється перш за все тим, що потреби, дійсно, так чи інакше беруть участь у детермінації діяльності і надають емпіричне уявлення щодо необхідності задоволення «зовнішніх» стосовно діяльності потреб, без яких неможливе людське життя. Такий підхід є зрозумілим, якщо будь-яку людську діяльність, починаючи із задоволення фізіологічних потреб і закінчуючи суспільно-політичною діяльністю, називають безпосеред-

ньою функцією потреб. Як вказує О. Ханіпов, «виділення потреб суб'єкта визначною причиною акта результативної діяльності було б достатнім і цілком виправданим, якби об'єкти потреб людини були б надані йому в готовому вигляді, а вплив зовнішніх умов взагалі був би постійним та несуттєвим порівняно з дією внутрішніх суб'єктивних чинників»¹.

Щодо співвідношення понять «благо — потреба — інтерес» слід зазначити таке. Сучасна наука трактує благо як вихідний, підтверджений життєвим досвідом факт задоволення споконвічних потреб, очікувань та бажань людини за умови поєднання їх устремлінь та зусиль. Благо — це перша і єдина загальна підстава, щодо якої зберігається актуальність і завжди розуміється різноманітність соціальних і особистих інтересів, соціокультурних орієнтацій індивідів й істотно мінливий характер їх ментальності². Це предмет або явище, які задовольняють певну потребу і відповідають інтересам, цілям і устремлінням людей³. Блага можуть бути природними — результат стихійних природних процесів та суспільними — продукти діяльності людини. Залежно від потреб розрізняють матеріальні й духовні інтереси. Потреба — це нужда або недостатність будь-чого, необхідна для підтримання життєдіяльності й розвитку організму, людської особистості, соціальної групи, суспільства; своєрідний соціальний збудник активності⁴.

У філософії інтерес так чи інакше пов'язується з практичною діяльністю і розглядається як чинник, що бере свій початок більшою мірою в необхідності, нужді, ніж у бажаннях, почуттях, емоціях⁵. Звідси і часте отождолення інтересу і потреби. І. Кант розділив потребу й інтерес, довівши, що інтерес може мати лише розумна істота, лише людина. В. Бернацький, як і О. Ханіпов, розмірковує про те, що інтерес у своїй генезі пов'язаний з потребою і відносинами, а не з психікою і свідомістю. У нього інтерес є особливим проявом потреби,

¹ Ханіпов А. Т. Интересы как форма общественных отношений / А. Т. Ханіпов ; отв. ред. А. К. Черненко, А. А. Чегулин ; АН СССР, СО Институт истории, филологии и философии. – Новосибирск : Наука. Сиб. Отделение, 1987. – С. 27.

² Див.: Плотников В. И. Современный философский словарь / В. И. Плотников ; под общ. ред. В. Е. Кемерова. – 3-е изд., испр. и доп. – М. : Академ. проект, 2004. – С. 80.

³ Философский словарь / под ред. М. М. Розенталя. – Изд. 3-е. – М. : Изд-во политич. лит-ры, 1975. – С. 43.

⁴ Философский энциклопедический словарь. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 499–500.

⁵ Бернацкий В. О. Интерес: познавательная и практическая функции / В. О. Бернацкий. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1984. – С. 10.

що виявляється лише в умовах виникнення суспільних відносин носія потреби з її предметом. Поза потреби і відносин інтерес не може існувати. Але в той же час, його не можна зводити ані до першого, ані до другого, тим більше ототожнювати з ними¹. І в цьому В. Бернацький пішов далі від О. Ханіпова. Він вивів формулу: «інтерес є проявом потреби за наявності суспільних відносин між носієм та предметом потреби як суспільним продуктом», проте далі зазначив, що «інтерес — не суспільні відносини, йому нема що виразити, крім потреби»².

Проте залишається стійкою думка щодо того, що «інтерес» і «потреба» є тотожними поняттями. О. Айзикович звертає увагу на те, що інтереси суть різновид потреб, а «видова специфіка інтересів» полягає в тому, що «інтереси — це соціально детерміновані потреби»³. Така ж точка зору знайшла своє відображення і в працях В. Сіренка⁴. В. Приписнов називає інтереси суб'єктивним відбиттям об'єктивно існуючих потреб⁵. Головним змістом інтересів є потреби і у С. Солодкової, яка підкреслює, що «відтворені потреби виступають основою інтересів»⁶.

В. Сіренко навіть визначає структуру інтересу через потреби. До неї входять: а) необхідність задоволення потреби, що передбачає наявність самої потреби; б) можливість задоволення потреби, що передбачає наявність умов та засобів для її задоволення; в) усвідомлення необхідності задоволення потреби і можливості її задоволення⁷.

Спільне між потребою й інтересом ще більше підкреслює їх відмінні ознаки. Якщо потреби обумовлюються матеріальними та духовними продуктами, то інтереси визначаються місцем соціального суб'єкта в системі економічних відносин. Це породжує і відмінність їх функцій. Потреби виступають як джерело активності та внутрішньої спонукальної сили діяльності. Функція інтересів полягає у визначе-

¹ Бернацький В. О. Интерес: познавательная и практическая функции / В. О. Бернацкий. — Томск : Изд-во Том. ун-та, 1984. — С. 10.

² Там само. — С. 26.

³ Айзикович А. С. Важная социологическая проблема / А. С. Айзикович // Вопр. философии. — 1965. — № 11. — С.167.

⁴ Сіренко В. Ф. Проблема интереса в государственном управлении / В. Ф. Сіренко. — Киев, 1980. — С. 9–10.

⁵ Приписнов В. И. Механизм действия социальных законов и субъективный фактор / В. И. Приписнов. — Душанбе : Ирфон, 1972. — С. 9.

⁶ Солодкова С. В. Система производственных отношений социализма: Вопросы теории / С. В. Солодкова. — М., 1977. — С. 174–175.

⁷ Сіренко В. Ф. Проблема интереса в государственном управлении / В. Ф. Сіренко. — Киев, 1980. — С. 11.

ності напряму та характеру зміни об'єктивного світу. Функція потреб — у цілеспрямованості інтересів. Потреби характеризують людину з точки зору її нужди, а інтереси становлять зміст її волі.

Таким чином, можна погодитися з думкою, що інтереси містять у собі не лише потреби, а й шляхи їх задоволення¹.

Якщо основою активності живого організму виступають потреби, точніше, ступінь їх невдоволеності, то соціальна активність обумовлюється інтересом. Саме наявність або відсутність інтересу визначає наявність або відсутність у діях окремих індивідів соціальної активності. Поза інтересами не існує і соціальної активності².

В. Бернацький проводить і доводить думку, що інтерес відрізняється від решти прояву потреб істотною умовою: необхідністю існування відносин між суспільним формуванням на шляху до оволодіння предметом потреби³. Ціль також має зв'язок із потребою, але зовсім інший. Ціль безпосередньо відображає предмет у вигляді уявлення про нього. Тобто діяльність активізується, спонукається потребою, але спрямовується ціллю — уявленням про предмет цієї потреби. Ціль в цьому аспекті не пов'язана із наявністю або відсутністю інтересу. Наявність потреби та її предмета, по своїй суті, лише обумовлює діяльність та ціль, але не інтерес. І при цьому потреба не стане єдиною і достатньою причиною цілі.

Інтерес не можна назвати потребою, хоча генетично він з нею пов'язаний. Відмінності між ними настільки глибинні, що неможливо кваліфікувати їх саме як різні сторони, властивості суспільства. Якщо для потреби діяльність служить умовою і можливістю її задоволення, то для інтересу діяльність — це засіб його здійснення, реалізації, тому що поза діяльністю інтересу просто не існує⁴. Інтереси пов'язані з відносинами з приводу заволодіння предметом потреби. Осягнення діяльності суб'єкта як процесу здійснення його інтересів, а інтересів —

¹ Див.: Арефьева Г. С. Социальная активность / Г. С. Арефьева. – Сер.: «Актуальные проблемы исторического материализма». – М. : Политиздат, 1974. – 231 с.; Чесноков Д. И. Общественный интерес и механизм действия социального закона / Д. И. Чесноков // Вопр. философии. – 1966. – № 9. – С. 5–11; Лавриненко В. Н. Интересы как категория исторического материализма / В. Н. Лавриненко // Вестник МГУ. Сер. «Философия». – 1964. – № 1. – С. 65–72.

² Бернацкий В. О. Интерес: познавательная и практическая функции / В. О. Бернацкий. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1984. – С. 101.

³ Там само. – С. 108.

⁴ Бернацкий В. О. Интерес: познавательная и практическая функции / В. О. Бернацкий. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1984. – С. 164.

як істотного виду суспільних відносин оголює ті нерозривні зв'язки, які об'єктивно існують між діяльністю людей, з одного боку, і суспільними відносинами — з другого.

Таким чином, не можна не враховувати те, що інтерес являє собою соціально детерміновану потребу. Проте відмінність інтересу і потреби полягає у властивості бути суб'єктивним відбиттям назрілих об'єктивних тенденцій суспільного розвитку. Потреби, інтереси, цілі є внутрішніми рушійними силами діяльності суб'єкта, і в цьому полягає їх спільність. Проте між ними є і різниця. Потреба порівняно з інтересом є більш широким поняттям. Потреба — це категорія, яка є загальною для двох форм руху матерії — біологічної і соціальної, інтерес — лише для соціального життя. Потреба — більш глибокий стимул, ближчий до необхідності. Інтерес — є устремлінням до задоволення потреби. Ціль — це усвідомлений інтерес¹. Отже, зв'язок потреби й інтересу відображається у ланцюгу «об'єктивні умови — потреби — інтереси — цілі — діяльність особи». Й інтереси в ньому є активним чинником, що закладає основу суспільного розвитку. В цьому полягає філософський підхід до розмежування потреб та інтересів.

Ототожнення інтересів та потреб призводить до психологізації категорії інтересу. В психологічному розумінні потреба — це «стан організму, в якому виражається його зайнятість від умов існування. У психологічному плані потреби є внутрішніми спонуканнями до діяльності, тобто мотивами. Кожна вища потреба задовольняється лише після задоволення нижчих»². А інтерес — форма прояву пізнавальної потреби, яка спрямовує особу на усвідомлення цілей діяльності і приводить до кращого відображення дійсності та буває безпосередньою викликанною привабливістю об'єкта й опосередкованою — спрямованою на об'єкт як засіб досягнення цілей діяльності³.

У соціологічному аспекті проблема обумовленості інтересів набуває абсолютно іншого, фундаментального звучання, якщо враховувати їх більшу широту, ніж ототожнення з потребами та віднесення до вторинних суспільних відносин. У цьому випадку постає необхідність не просто у підтвердженні зв'язку між економічним становищем

¹ Див.: Здравомислов А. Г. Потребности, интересы, ценности / А. Г. Здравомислов. — М.: Политиздат, 1986. — С. 72.

² Психологічна енциклопедія / Авт.-упоряд. О. М. Степанов. — К.: Академвидав, 2006. — С. 260.

³ Див.: Шапар В. Сучасний тлумачний психологічний словник / В. Шапар. — Х.: Прапор, 2005. — С. 183.

суб'єкта та його інтересами, а у змістовному дослідженні процесу детермінації інтересів в її різноманітних формах¹. На поверхні соціального життя потреби виступають як складова частина, як внутрішній «нерв» різноманітних інтересів людини. В інтересах міститься дуже мінливий та рухомий згусток суспільних відносин, своєрідного «оформлення» потреб, що здатні до емпіричного спостереження.

Що стосується економічного аспекту, то в цьому плані червоною ниткою проходить позиція: де не існує потреби, там немає життя. У широкому розумінні, потреба — це необхідність привласнення суб'єктом засобів свого існування для збереження життя². Економічна потреба ще не означає дії, вона її лише передбачає³. Змістом потреби є збудник суб'єкта до привласнення об'єкта. Економічна потреба тим сильніша, чим є більш розвиненою. А розвивається вона у процесі задоволення⁴. І. Пастухов під потребами розумів «всі притягання людини, які сприяють її становленню як продукту природи, праці і суспільних відносин»⁵. А під інтересами — «усвідомлене відбиття потреб і запитів, які є специфічною властивістю людини»⁶.

Економічні інтереси, за домінуючою думкою вчених — це проміжна ланка між економічними потребами і конкретними видами діяльності людей⁷. Економічна потреба породжує економічний інтерес. Дія економічних інтересів забезпечує доцільну діяльність господарюючих суб'єктів для себе і для суспільства⁸. З іншого боку, інтерес не може обмежуватися лише потребами, оскільки інтерес — це самі економічні відносини. Економічні інтереси без потреб втрачають всякий сенс та практичну значущість, але не можна зміст економічних інтересів зводити лише до потреб, як не можна зводити власність суто до речей,

¹ Див.: Ханипов А. Т. Интересы как форма общественных отношений / А. Т. Ханипов ; отв. ред. А. К. Черненко, А. А. Чегулин ; АН СССР, СО Ин-т истории, филологии и философии. – Новосибирск : Наука. Сиб. Отд., 1987. – С. 163.

² Там само. – С.10.

³ Анкудинов Ю. А. Экономические интересы – движущая сила экономического развития : учеб. пособие / Ю. А. Анкудинов. – Днепропетровск : Изд-во ДГУ, 1992. – С. 23.

⁴ Там само. – С. 24.

⁵ Пастухов И. С. Экономические интересы, производство и обмен при социализме / И. С. Пастухов. – Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1985. – С. 20.

⁶ Там само. – С. 22.

⁷ Див.: Анкудинов Ю. А. Экономические интересы – движущая сила экономического развития : учеб. пособие / Ю. А. Анкудинов. – Днепропетровск : Изд-во ДГУ, 1992. – С. 30.

⁸ Там само. – С. 34.

наголошують інші вчені-економісти¹. Якщо інтереси тотожні потребам, то спрямовувати інтереси господарюючих суб'єктів означало б спрямовувати їх потреби в одному напрямі, а це позбавлене всякого сенсу. Потреби не існують самі по собі. Існують конкретні потреби, які обумовлені конкретними виробничими відносинами та рівнем розвитку економіки, тобто потреби, що мають специфічну економічну форму відносин споживання. Отже, автори доходять висновку, що «інтерес як економічну категорію слід виводити не безпосередньо з потреби, а із системи економічних відносин»².

Юриспруденція як «слуга» економіки і «дитина» філософії має свій досвід у підходах до понять «інтерес» і «потреба». Так, в офіційному тлумаченні терміна «охоронюваний законом інтерес» (надане Конституційним Судом України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 1.12.2004 р.³) інтерес і потреби чітко розмежовуються: інтересом є прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Таке розмежування, на жаль, не можна прослідкувати в доктринальних позиціях. О. Скакун вважає, що інтерес є позаправовою або доправовою категорією і відбивається в потребах особи, які виражаються в «діяльності з усвідомлення та реалізації цілей у суспільних відносинах»⁴. В. Ключевський називає інтересом певні потреби, які викликають спілкування між людьми і мають дієвий творчий характер⁵.

¹ Див.: Атаманенко Н. С. Проблема интересов в курсе политической экономии социализма : учеб.-метод. пособие / Н. С. Атаманенко, Н. В. Климин. – Л. : Ленингр. политех. ин-т им. М. И. Калинина, 1972. – С. 7.

² Там само. – С. 7–8.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 1.12.2004 р. // Уряд. кур'єр. – 2004. – № 239. – Дод. «Документи». – С. 7–12.

⁴ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун. – 2-ге вид. : пер. з рос. – Х. : Консум, 2005. – С. 379.

⁵ Ключевский В. О. Сочинения : в 9 т. Т. VI : Специальные курсы / В. О. Ключевский. – М. : Юрид. лит-ра, 1988. – С. 41.

В. Сіренко зазначає, що інтерес є об'єктивною субстанцією, продуктом об'єктивних потреб, необхідність задоволення яких примушує особу саме через інтереси вступати у певні суспільні відносини¹. А. Мережко відносить інтерес до суто суб'єктивного відображення в індивідуальній свідомості об'єктивних потреб індивіда, яке не може регулюватися правом². О. Малько і В. Субочев інтересом вважають єдність відбиття індивідуальності людини і об'єктивного світу, що вказує на її соціальний статус й відображена в необхідності задоволення потреб в межах існуючих суспільних відносин³. С. Михайлов про інтерес говорить як про категорію, «що відбиває необхідність задоволення потреб, які виникли і продовжують розвиватися в рамках певних економічних відносин»⁴. Р. Гукосян називає інтерес «соціальною потребою»⁵.

Таким чином, можна дослідити таку тенденцію. Загальнонауковий методологічний підхід до визначення поняття «охоронюваний законом інтерес» вимагає того, щоб категорія «потреби» не змішувалася з категорією «інтерес», не отожднювалася і не набувала основного сенсового навантаження в тлумаченні терміну. В цивільних правовідносинах провідну роль відіграє інтерес як передумова їх виникнення. Саме він, у межах чинного законодавства, спонукає суб'єктів будувати свої правові зв'язки. Крім того, інтерес певною мірою визначає предмет цивільного права, відбиваючи майнові й особисті немайнові правовідносини через зв'язок особи і її потреб у певних благах. Безперечно, будь-які інтереси поряд із мотивацією та потребами є рушійною силою діяльності людей. Але, якщо мотивація — це збірне поняття, яке визначає процес свідомого вибору людиною того або іншого типу поведінки, що визначається комплексним впливом зовнішніх (стимули) та внутрішніх (мотиви) факторів, а потреба визначається як ставлення суб'єкта та іншого носія дії до об'єкта, від якого він залежить та на що

¹ Сиренко В. Ф. Проблемы интереса в государственном управлении / В. Ф. Сиренко. — Киев : Укр. думка, 1980. — С. 17.

² Мережко А. А. Договор в частном праве / А. А. Мережко. — К. : Юстиниан, 2003. — С. 10.

³ Малько А. В. Законные интересы как правовая категория / А. В. Малько, В. В. Субочев. — СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2004. — С. 25.

⁴ Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. — М. : Статут, 2002. — С. 12.

⁵ Гукосян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве / Р. Е. Гукосян. — Саратов : Приволжское книж. изд-во, 1970. — С. 9.

спрямована його дія, то інтерес завжди виражає юридичний намір суб'єкта досягнути певних благ і є усвідомленою суб'єктом права необхідністю в отриманні певного матеріального або нематеріального блага або зміни правового статусу, що спонукають суб'єктів права вчинювати конкретні дії чи, навпаки, утримуватися від них, які знаходяться у правовому полі і не заборонені державою.

Венедиктова І. Методологические подходы к соотношению понятий «интерес» и «потребность» при обозначении юридической категории «охраняемый законом интерес»

Статья посвящена анализу понятий «интерес» и «потребность» с позиций философии, психологии, социологии и экономики с дальнейшим использованием этого общенаучного опыта для определения юридического термина «охраняемый законом интерес». Раскрыто соотношение понятий «интерес» и «потребность». Сделан вывод о невозможности отождествлять данные понятия и обозначать интерес только через наличие потребности. Дано понятие охраняемого законом интереса.

Ключевые слова: охраняемый законом интерес, потребность, юридическая категория.

Venediktova I. Methodological approaches to the correlation of concepts «interest» and «need» when referring to the legal category of «interest protected by law»

The article is devoted to the analysis the concepts of «interest» and «need» in terms of philosophy, psychology, sociology and economics with the continued use in the general scientific experience and to determine the legal term «interest protected by law». Revealed the correlation of the terms «interest» and «need». Concluded that it is impossible to identify these concepts. Given the concept of interest protected by law.

Keywords: interest protected by law, need, legal category.

УДК 346.1

В. Полухович, кандидат юридичних наук, с.н.с. НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Актуальні питання розвитку саморегулювання на фондовому ринку України в сучасних умовах

В умовах розвитку системи державного регулювання фондового ринку підвищується роль саморегулювання як засобу диверсифікації та оптимізації регулятивного впливу на ринок.

Історично склалось так, що регулювання фондового ринку здійснювалось фондовими біржами шляхом саморегулювання, а безпосередньо державне регулювання виникло значно пізніше. Сьогодні саморегулювні організації (СРО) є не лише засобом вироблення загальних правил і захисту інтересів їх учасників, але сферою, доступ в яку обмежений вимогами щодо професіоналізму та етики, обсягів торгівлі та капіталу тощо.

За багатьма питаннями інтереси держави та саморегулювних організацій збігаються. Спільність інтересів держави та організацій існує насамперед у сфері попередження та вирішення конфліктів між учасниками, поліпшення управління ризиками, зниження можливостей для шахрайства та інших протиправних дій, підтримки ліквідності та стабільності ринку, удосконалення ринкової інфраструктури, запровадження стандартів професійної діяльності.

Водночас використання інституту саморегулювання в сучасних умовах надає можливість розвантажити державу як єдиного регулятора на ринку. Тим більше, в умовах бюджетної економії саморегулювання є привабливим рішенням, оскільки такі організації фінансуються галуззю, яку вони регулюють.

Міжнародне професійне співтовариство визнає правомірність різних моделей саморегулювання, у тому числі моделі без СРО, з однією або з багатьма СРО. Загальними характеристиками саморегулювних організацій у більшості юрисдикцій є їхня відокремленість від урядового регулятора (хоча держава їх легітимізує та здійснює за ними нагляд) та безпосередня участь саморегулювних організацій у функціонуванні галузі. Так, базові принципи саморегулювання визначені Міжнародною організацією комісій з цінних паперів IOSCO в її про-

грамному документі «Цілі та принципи регулювання фондового ринку»¹, які полягають у такому:

- система національного регулювання повинна включати саморегулівні організації тією мірою, що відповідає ступіню розвитку фондового ринку;

- саморегулівні організації повинні знаходитись під контролем органу державного регулювання, дотримуватись всіх визначених ним норм та стандартів при здійсненні своїх функцій.

На українському ринку цінних паперів відповідно до статті 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» можуть існувати саморегулівні організації лише тих професійних учасників ринку, що здійснюють:

- а) діяльність з торгівлі цінними паперами;
- б) діяльність з управління активами інституційних інвесторів;
- в) окремі сегменти депозитарної діяльності — діяльність реєстраторів та зберігачів.

Таким чином, формально юридично ні фондова біржа (історично природна СРО), ні центральний депозитарій та інші депозитарії не можуть претендувати на статус саморегулятора, хоча в Європейському Союзі саме біржі та інші типи торговельних систем за певних умов вважаються регульованими ринками з правами СРО, а за законодавством США фондова біржа також вважається саморегулівною організацією, до того ж вона виконує функції спільного з професіоналами встановлення регулятивних норм та здійснює контроль за їх виконанням. Вважаємо, що за такого стану за формальних підстав частина професійних учасників фондового ринку виключається з процесу саморегулювання.

Взагалі, якщо до 2006 року були офіційно зареєстровані та визначались фахівцями 12 саморегулівних організацій, перелік яких складався з асоціацій професійних учасників та бірж², то на сьогодні в Україні відповідно до вимог Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» зареєстровані ДКЦПФР та діють лише три саморегулівні організації. Це Українська асоціація інвестиційного бізнесу

¹ Objectives and Principles of Securities Regulation [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.iosco.org.

² Див.: Кологойда О. В. Правове регулювання фондового ринку України : навч. посіб. / О. В. Кологойда. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 31; Шаров О. Концептуальні засади створення конкурентоспроможного ринку фінансових послуг / О. Шаров // Фінансовий ринок України. – 2008. – № 7–8. – С. 12.

(УАІБ), що діє у сфері професійної діяльності з управління активами інституційних інвесторів, Професійна асоціація реєстраторів та депозитаріїв (ПАРД), що охоплює регулюванням діяльність реєстраторів та зберігачів, Асоціація «Українські Фондові Торговці» (АУФТ), що є саморегулювальною організацією в сфері торгівлі цінними паперами¹.

У зв'язку з цим доцільним є внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» із закріпленням норми про те, що фондові біржі та депозитарії можуть виконувати визначений перелік функцій саморегулювних організацій.

Також зазначимо, що в ч. 4 ст. 16 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначається, що професійна діяльність учасників фондового ринку, крім депозитаріїв і бірж, здійснюється за умови членства щонайменше в одній СРО. Відповідно членство у таких організаціях є обов'язковим для ліцензіатів визначених видів професійної діяльності. Без членства у таких СРО професійний учасник не може отримати (або позбавляється) ліцензії на діяльність на ринку цінних паперів, а відповідно не може бути членом біржі, клірингової чи депозитарної організації.

Положенням про саморегулювні організації професійних учасників фондового ринку, затвердженим рішенням ДКЦПФР, визначено, що саморегулювні організації утворюються в організаційно-правових формах, передбачених для об'єднань підприємств. У той же час відповідно до ч. 2 ст. 118 Господарського кодексу України об'єднання підприємств утворюються підприємствами на добровільних засадах. Також відзначимо, що всі СРО в Україні діють у формі асоціацій. Відповідно до ч. 2 ст. 120 Господарського кодексу України «Асоціація — *договірне об'єднання*, створене з метою координації господарської діяльності підприємств...». Проте договори, в тому числі господарські, укладаються на основі вільного волевиявлення (ст. 184 ГК України та ст. 627 ЦК України), окрім договорів, заснованих на державному замовленні (ч. 3 ст. 179 ГК України).

Таким чином, наведене свідчить, що примусове зобов'язання професійних учасників до членства в СРО як умови здійснення професійної діяльності на ринку (отримання відповідної ліцензії) є прямим порушенням норм господарського та цивільного законодавства. Вважаємо, що ситуація потребує виправлення шляхом відміни норм, що

¹ Реєстр саморегулювних організацій професійних учасників фондового ринку станом на 04.05.2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ssmc.gov.ua.

пов'язують здійснення професійної діяльності з обов'язковим членством у СРО. У Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» має бути встановлена норма — принцип щодо добровільності при входженні професійного учасника до саморегулювальної організації. Стимули для професійного учасника до членства в СРО повинні лежати в економічній, а не адміністративній площині. Одночасно для цього можливим є запровадження певних пільгових умов, зокрема щодо ліцензування, для членів саморегулювальних організацій. Це може бути реалізовано також при делегуванні ДКЦПФР окремих повноважень для СРО, в тому числі щодо сертифікації фахівців та ліцензування.

Із норм статей 48 і 49 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» випливає, що Законом встановлено порядок, згідно з яким ДКЦПФР реєструватиме СРО, яким може делегувати згодом повноваження, а може і не здійснити цього. На наш погляд, саморегулювальна організація, якій не делеговано жодне реальне повноваження, не є інституційним регулятором, а лише асоціацією із захисту інтересів учасників, по суті — лобістським угрупованням. Сенса набуття статусу саморегулювальної організації, на нашу думку, полягає в тому, що вона володіє, власне кажучи, певними функціями, що властиві органам державної влади. Саме в цьому виявляються особливості правового статусу СРО. З одного боку, це юридична особа, заснована на добровільних засадах іншими юридичними особами — суб'єкт господарсько-правових відносин, заснований на принципі рівності всіх учасників. З другого боку, реально юридична особа може бути віднесена до саморегулювальних організацій тільки в тому випадку, коли вона здійснює певне регулювання та окремі повноваження по здійсненню державного регулювання переходять до даної організації¹. До речі, цей випадок є прикладом, який на наш погляд, чітко виділяє базові засади господарського права як галузі права, а саме застосування в господарській діяльності особи окремих управлінських функцій, які мають ознаки організаційно-господарських.

Також у ст. 48 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» є певна невизначеність щодо часу набрання об'єднанням правового статусу саморегулювальної організації. Так, чи спочатку об'єднання, яке «набрало» до своїх лав 50 відсотків учасників ринку за певним видом діяльності, реєструється як СРО, а потім йому делегуються повноважен-

¹ Див.: Павлодский Е. Л. Саморегулируемые организация: мода или тенденции / Е. Л. Павлодский // Право и экономика. – М., 2003. – № 3. – С. 46–48.

ня? Чи об'єднання, якому делегуються державою певні повноваження, стає внаслідок цього СРО? На нашу думку, необхідно визначити, що юридична особа набуває статусу СРО за одночасної наявності двох умов — об'єднання більш як 50 відсотків професійних учасників фондового ринку за видом діяльності та делегування Комісією визначеного переліку повноважень при реєстрації саморегулювальної організації.

У зв'язку з цим є нагальна потреба встановлення правил делегування, адже для розуміння суті ринкового саморегулювання потрібно визначити виключний перелік суб'єктів повноважень. Наприклад, якщо держава вже делегувала якесь своє повноваження (сертифікацію, ліцензування), то чи здійснює вона його надалі одночасно із СРО, або лише контролює виконання. На наш погляд, можливими є обидва варіанти, але вони мають знайти своє висвітлення в чинному законодавстві. Також зазначимо, що при одночасному здійсненні, наприклад, ліцензування державним органом і СРО, потенційний ліцензіат буде мати право вибору звернення. При цьому членство в СРО може бути умовою надання окремих пільг для ліцензіата. Повноваження повинні делегуватись для саморегулювних організацій на достатньо тривалий строк, наприклад, на 5 років з можливістю як подовження терміну, так і припинення у випадку порушень виконання. Це буде позитивним, адже зобов'язує СРО сумлінно ставитися до своїх обов'язків, пов'язаних із виконанням наданого повноваження.

Також, на нашу думку, при делегуванні Комісією повноважень щодо здійснення сертифікації фахівців фондового ринку, видачі ліцензій особам, які здійснюють професійну діяльність на фондовому ринку, саморегулювні організації також повинні бути уповноважені позбавляти, призупиняти дію виданих ними дозволів у випадку порушення вимог чинного законодавства та правил професійної діяльності з можливим наступним затвердженням цих рішень Комісією або лише з наданням їй інформації про такі факти.

Вважаємо необхідним здійснити розширення повноважень СРО у напрямі диверсифікації засобів захисту прав членів, а також прав та інтересів інвесторів на фондовому ринку.

Так, якщо створення третейських судів є правом саморегулювних організацій, що передбачено Положенням про саморегулювні організації професійних учасників фондового ринку, то як додатковий засіб захисту прав інвесторів на фондовому ринку необхідним є закріплення за СРО повноважень на розгляд скарг та заяв інвесторів на дії учас-

ника саморегулювальної організації, його посадових осіб. За наслідками розгляду такої скарги та заяви СРО повинна бути наділена повноваженнями застосувати до порушника санкції аж до виключення професійного учасника з числа своїх членів та звернення до ДКЦПФР із заявою про призупинення дії його ліцензії, а також можливістю рекомендувати такому учаснику добровільно відшкодувати інвестору причинені збитки в позасудовому порядку.

Статтею 48 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» встановлено, що СРО має статус непідприємницької організації, а відповідно до Положення про саморегулювальної організації професійних учасників фондового ринку — є неприбутковим об'єднанням. Водночас СРО не заборонено займатись некомерційним (непідприємницьким) господарюванням, що визначається в ч. 1 ст. 52 ГК України як самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку. Як слідує з наведеного, основною особливістю некомерційного (непідприємницького) господарювання є відсутність мети одержання прибутку. Також, відзначимо, що у чинному законодавстві відсутні заборони на отримання доходу від непідприємницького господарювання. Проте ні в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок», ні в Положенні про саморегулювальної організації професійних учасників фондового ринку не визначено як переліку та видів доходу, що можуть отримувати СРО, так і джерел формування майна цих організацій. Також відсутні і посилання з цього приводу на інші нормативні акти.

У зв'язку з цим вважаємо за необхідне визначити в Положенні про саморегулювальної організації професійних учасників фондового ринку перелік джерел формування майна саморегульованої організації, у тому числі видів доходів, що можуть отримувати СРО. Серед джерел формування майна саморегульованої організації доцільно визначити:

- регулярні й одноразові надходження від членів саморегульованої організації (вступні, членські й цільові внески);
- добровільні майнові внески й пожертвування;
- доходи від надання освітніх послуг, пов'язаних із професійними інтересами членів саморегульованої організації;
- доходи від продажу інформаційних матеріалів;
- доходи, отримані від розміщення коштів;
- інші не заборонені законом джерела.

Для реалізації функції СРО зі сприяння захисту прав інвесторів необхідно нормативно закріпити застосовування таких засобів забезпечення майнової відповідальності членів саморегулівної організації перед споживачами наданих ними послуг:

- встановлення обов'язку страхування відповідальності професійних учасників — членів СРО;
- формування компенсаційного фонду СРО.

Проте, якщо запровадження обов'язку страхування відповідальності професійних учасників — членів СРО потребує нормативного закріплення додаткової вимоги щодо їх членства в організації, то створення компенсаційного фонду потребує детального правового регулювання ДКЦПФР. Вважаємо, що такий компенсаційний фонд повинен створюватись з метою відшкодування збитків інвесторів, інших споживачів послуг у результаті діяльності професійних учасників — членів саморегулівної організації. Не повинна бути заборонена і можливість створення єдиного компенсаційного фонду кількома саморегулівними організаціями. Компенсаційний фонд повинен мати законодавчо встановлений мінімальний розмір активів, що формуються за рахунок визначених джерел формування майна саморегульованої організації та інших незаборонених законодавством джерел з визначенням умов, способів та порядку забезпечення організацією додаткової майнової відповідальності кожного її члена перед споживачами наданих послуг та іншими особами. Розпорядження коштами компенсаційного фонду має бути виключно цільовим. Виплати повинні здійснюватись з метою забезпечення майнової відповідальності членів саморегулівної організації перед інвесторами у випадку недостатності власних ресурсів для відшкодування збитків, банкрутства, ліквідації члена саморегулівної організації тощо. Необхідно відзначити, що подібні механізми вже реалізовані у світовій практиці та законодавстві країн СНД, зокрема в Росії з прийняттям Федерального закону Російської Федерації «Про саморегулівні організації»¹.

Але розширення компетенції та повноважень саморегулівних організацій потребує чіткого контролю та встановлення певних обмежень щодо господарської діяльності самих організацій та їх посадових осіб задля попередження можливих зловживань. Так, у Положенні про

¹ О саморегулируемых организациях : Федеральный закон Российской Федерации от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rg.ru/2007/12/06/samoreg>.

саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку доцільно передбачити, що саморегульована організація не вправі здійснювати як безпосередньо, так і опосередковано такі дії та укласти такі угоди:

- надавати належне їй майно в заставу та в забезпечення виконання зобов'язань інших осіб;
- видавати поручительства за інших осіб;
- придбавати акції, облігації й інші цінні папери, випущені її членами, за винятком випадків, якщо такі цінні папери перебувають у вільному обігу на фондових біржах та інших організованих ринках;
- забезпечувати виконання своїх зобов'язань заставою майна своїх членів, виданими ними гарантіями й поручительствами;
- виступати посередником (комісіонером, агентом) по реалізації послуг, що надаються членами саморегульованої організації, тощо.

Також зазначимо, що діючим Положенням про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку визначено, що «керівник та заступники керівника виконавчого органу СРО, керівники структурних підрозділів СРО не можуть перебувати у трудових відносинах із членами СРО та прямо або опосередковано бути пов'язаними відносинами контролю з членами СРО».

Вважаємо за доцільне для забезпечення незалежності керівництва СРО запропонувати запровадження додаткових обмежень. Так, на нашу думку, повинно бути нормативно закріплено, що особам, які здійснюють функції керівника та заступника керівника саморегулівної організації, а також афілійованим з ними особам забороняється:

- набувати цінні папери, емітентами яких або боржниками по яких є члени саморегулівної організації, їх дочірні компанії;
- укладати з членами саморегулівної організації, їх дочірніми компаніями будь-які договори майнового страхування, кредитні договори, поруки тощо;
- здійснювати підприємницьку діяльність, у тому числі засновувати господарські товариства, що здійснюють підприємницьку діяльність, що є предметом саморегулювання для цієї саморегулівної організації, ставати учасником таких господарських товариств.

Проте як базова умова та одночасно як підсумок наведеного доцільно підкреслити таке. Будь-яке саморегулювання нерозривно пов'язане та зумовлено рівнем розвитку правової культури осіб, які його здійснюють, та розвиненістю самого ринку. Навіть на розвинутих

фондових ринках США та Європи постійно мають місце дискусії щодо балансу повноважень між держаними регуляторами та саморегулювними організаціями. У зв'язку з цим в українських умовах правильним буде зберегти дворівневу систему регулювання ринку цінних паперів, коли здійснюється як повноцінне державне регулювання, так і чітко визначена частина повноважень передається для саморегулювання. Правове положення СРО, їхні функції, завдання й повноваження як не мають бути формальними, так і не повинні збігатися, дублювати компетенцію відповідних державних органів. Саморегулювання повинно бути самостійною ланкою в системі регулювання фондового ринку, проміжною між професійними учасниками і ДКЦПФР та підконтрольною останній. Однак саморегулювання має значний потенціал, який повинен використовуватись для оптимізації регулятивних процесів на фондовому ринку України.

Полюхович В. Актуальные вопросы развития саморегулирования на фондовом рынке Украины в современных условиях

В статье рассматриваются вопросы правового обеспечения саморегулирования на фондовом рынке Украины.

Ключевые слова: саморегулируемые организации, профессиональные участники, лицензирование, компенсационный фонд.

Polyukhovych V. Topical questions of development of selfregulation in the share market of Ukraine in modern conditions

The article considers questions of legal maintenance of selfregulation in the share market of Ukraine.

Keywords: a selfregulate organizations, professional participant, licensing, fund of compensation.

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

УДК 346:340.134

В. Коваль, Голова Севастопольського апеляційного господарського суду, кандидат юридичних наук, Заслужений юрист України

Щодо правила про переважне застосування пізніше прийнятих актів законодавства у сфері господарювання

Правило «*lex posteriori derogat lex priori*» відоме з часів римського права і його визнання в різний час і в різних країнах ґрунтується не на прямо виявленій волі законодавців, а на логіці законодавства, яке, хоч і складається із численних окремих нормативно-правових актів, утворює єдину систему. За наявності суперечності між нормативно-правовими актами одного й того ж ієрархічного рівня, прийнятими в різні часи, логічно було б надати перевагу тій волі правотворчого органу, яку він виявив у пізніше прийнятому нормативно-правовому акті. Проте є потреба і в уточненні змісту названого правила стосовно актів господарського законодавства і у визначенні винятків із цього правила. Це має істотне значення для забезпечення єдності судової практики. Але в науці господарського права ця проблема спеціально не досліджувалась. Це дає підстави для висновку про її актуальність.

У загальнотеоретичному і міжгалузевому аспектах проблема переваги пізніше прийнятих актів законодавства розглядалась у роботах П. О. Власенка, С. П. Погребняка, Д. Д. Лилака, О. Ф. Черданцева, А. М. Мірошніченка та інших авторів.

Метою цієї статті є розробка теоретичних положень, які стосуються правила про переважне застосування актів господарського законодавства за критерієм часу їх прийняття, та формулювання рекомендацій щодо практики тлумачення актів господарського законодавства.

Перш за все слід уточнити, що правило «*lex posteriori derogat lex priori*» стосується всіх правових норм, що встановлюються пізніше прийнятим законом. Покажемо це на прикладі співвідношення норм, що

встановлені Законом «Про оренду державного і комунального майна», з одного боку, і правових норм, що закріплюються в Господарському кодексі, — з другого. Ці правові норми не співвідносяться як загальні і спеціальні, бо Господарський кодекс встановлює норми, що стосуються не тільки оренди державного і комунального майна, а й інших господарських відносин. Разом з тим орендарями державного і комунального майна можуть бути не тільки суб'єкти господарювання, а й будь-які інші фізичні чи юридичні особи. Отже, відповідно до ст. 6 Закону «Про оренду державного і комунального майна», що визначає осіб, які можуть бути орендарями державного і комунального майна, чинність цього Закону поширюється не тільки на майново-господарські зобов'язання, а й на інші цивільно-правові зобов'язання. Відтак сфера дії норм, що формулюються в Господарському кодексі, виходить за межі дії Закону «Про оренду державного і комунального майна», а сфера дії цього Закону виходить за межі сфери дії Господарського кодексу. Це виключає застосування з метою вирішення колізій між названими законодавчими актами правила «*lex specialis derogat lex generali*».

Спробуємо на прикладі правил про розірвання договору оренди державного чи комунального майна показати співвідношення правових норм, що встановлюються Господарським кодексом, з одного боку, і Законом «Про оренду державного і комунального майна», — з другого. Відповідно до ч. 3 ст. 26 цього Закону договір оренди може бути достроково розірвано на вимогу однієї із сторін за рішенням суду, зокрема «у разі невиконання сторонами своїх зобов'язань». Звідси прямо впливає правова норма, що надає сторонам договору оренди державного або комунального майна, у тому числі й договору, що є господарським, право на розірвання договору за наявності зазначеної умови.

Відповідно до ч. 3 ст. 281 ГК «на вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірваний з підстав, передбачених Цивільним кодексом України». Звідси непрямо впливає і висновком від протилежного виявляється правова норма, відповідно до якої з інших підстав господарський договір оренди державного і комунального майна не може бути розірваний на вимогу однієї із його сторін. Якби правові норми, які встановлені ч. 3 ст. 291 ГК і ч. 3 ст. 26 Закону «Про оренду державного і комунального майна» і про які йдеться, не розрізнялись за хронологічною ознакою (за часом прийняття), колізія

між ними вирішувалась би на користь правової норми, що прямо впливає із ч. 3 ст. 26 Закону «Про оренду державного і комунального майна», бо правові норми, які непрямо впливають із актів законодавства і виявляються за допомогою висновку від протилежного, за інших рівних обставин не можуть конкурувати з іншими нормами¹. Втім Господарський кодекс прийнято пізніше, ніж Закон «Про оренду державного і комунального майна». Тому встановлені Господарським кодексом правові норми, хоч би вони були встановлені непрямо і виявлялись при тлумаченні за допомогою висновку від протилежного, підлягають переважному застосуванню перед правовими нормами, що встановлені вказаним Законом (незалежно від способу закріплення цих останніх правових норм та способу їх виявлення при тлумаченні).

Якщо не застосовувати запропонований тут інструментарій вирішення колізії, про яку йшлося, її взагалі не можна вирішити раціонально.

Подібна думка була висловлена стосовно співвідношення правових норм, що встановлені ст. 6 Закону «Про адвокатуру», відповідно до якої адвокат має право «запитувати та отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, об'єднань», і ст. 28 Законом «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень». Первісна редакція цього Закону допускала можливість надання відомостей із Державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень «лише» особам, зазначеним у цьому Законі. Крім того, первісна редакція цього Закону встановлювала, що до приведення у відповідність із цим Законом раніше прийняті нормативно-правові акти застосовуються в частині, в якій вони не суперечать цьому Закону. Оскільки Закон «Про адвокатуру» було прийнято раніше, то не виникало сумнівів, що цей Закон не може застосовуватись усупереч Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень». За таких умов інформація із Державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обмежень на запити адвокатів не видавалась.

11 лютого 2010 р. була прийнята нова редакція Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень», із якої було виключено слово «лише» (у положенні, що стосувалося кола осіб, які мають право на отримання інформації із зазначеного вище Державного реєстру) і положення про застосування раніше прийнятих нормативно-правових актів лише в частині, в якій вони не суперечать цьому

¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. Т. 4 : Методологія тлумачення нормативно-правових актів. – К. : Юрид. кн., 2008. – С. 183–203.

Закону. Виникає питання про те, як тепер має вирішуватись колізія між Законом «Про адвокатуру» і Законом «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень». Використати з метою дати відповідь на поставлене запитання правило про переважне застосування спеціальної правової норми неможливо, оскільки правові норми, про які йдеться, не співвідносяться як спеціальна і загальна.

Колізія між цими двома правовими нормами має вирішуватись на користь правової норми, що встановлена Законом «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» з урахування наступного. Із частини 2 ст. 28 Закону «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» непрямо впливає і за допомогою висновку від протилежного виявляється правова норма, відповідно до якої іншим особам, ніж вказані у цій частині (у тому числі і адвокатам), відомості із Державного реєстру прав на нерухоме майно та їх обтяжень видаватись не можуть. Оскільки цей правовий припис міститься в пізніше прийнятому Законі, він підлягає переважному застосуванню перед відповідним правовим приписом, що встановлений Законом «Про адвокатуру».

Існує колізія між загальним правилом ч. 2 ст. 785 ЦК, що встановлює неустойку за прострочення повернення наймачем наймодавцеві предмета договору найму, і ст. 34 Закону «Про оренду землі», яка покладає на орендаря обов'язок відшкодувати орендодавцеві збитки, завдані простроченням повернення земельної ділянки, що була надана в оренду, після припинення договору оренди. Зазвичай інтуїтивно та на підставі професійного досвіду судді роблять висновок про переважне застосування ст. 34 Закону «Про оренду землі». Інколи ця правова позиція аргументується посиланням на те, що ст. 34 цього Закону встановлює спеціальне правило, що підлягає переважному застосуванню перед загальним правилом ч. 2 ст. 784 ЦК. Але ж ця аргументація є неправильною.

Із названих двох законодавчих положень прямо впливають обов'язок наймача сплатити неустойку (ч. 2 ст. 785 ЦК) і обов'язок орендаря відшкодувати збитки. Для вирішення зазначеної колізії із цих законодавчих положень слід зробити висновок від протилежного. Згідно з правовою нормою, що непрямо впливає із ст. 34 Закону «Про оренду землі» і виявляється при тлумаченні за допомогою висновку від протилежного, орендар не несе перед орендодавцем у разі прострочення повернення земельної ділянки у зв'язку з припиненням договору оренди іншої відповідальності, крім відповідальності у ви-

гляді відшкодування збитків, зокрема не несе відповідальності у вигляді обов'язку сплатити неустойку, передбачену ч. 2 ст. 785 ЦК.

Переважне застосування актів, прийнятих пізніше, означає, зокрема переважне застосування і тих правових приписів, які непрямо впливають із положень пізніше прийнятих нормативно-правових актів та виявляються при тлумаченні за допомогою висновку від протилежного. Оскільки Закон «Про оренду землі» було прийнято пізніше, ніж Цивільний кодекс, правовий припис, який непрямо впливає із ст. 34 Закону «Про оренду землі» і виявляється за допомогою висновку від протилежного, підлягає переважному застосуванню перед правовим приписом, який прямо впливає із ч. 2 ст. 785 ЦК. Викладене дає підстави для кінцевого висновку, відповідно до якого орендар, який прострочив повернення земельної ділянки у зв'язку з припиненням договору оренди земельної ділянки, несе обов'язок відшкодувати завдані цим орендодавцю збитки, але не несе обов'язку сплатити неустойку, передбачену ч. 2 ст. 785 ЦК.

Тим більше підлягають переважному застосуванню правові норми пізніше прийнятого закону, сфери дії яких перехреснюються зі сферами дії норм раніше прийнятого закону, якщо в пізніше прийнятому законі зроблено застереження про його переважне застосування перед раніше прийнятими законами. Так, ч. 1 ст. 199 ГК встановлює, що «до відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань учасників господарських відносин застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України». Звідси непрямо впливає і за допомогою висновку від протилежного виявляється правова норма, відповідно до якої до відносин щодо забезпечення виконання господарських зобов'язань Закон «Про іпотеку» не застосовується. Але п. 2 розділу VI «Прикінцеві положення» Закону «Про іпотеку» встановлює, що законодавчі та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, застосовуються у частині, що не суперечить цьому Закону. Отже, до господарських зобов'язань щодо іпотеки Закон «Про іпотеку» застосовується, а ч. 1 ст. 199 ГК не може бути перешкодою для цього.

Таким чином, правило про перевагу пізніше прийнятого закону стосується усіх правових норм, що встановлюються таким законом, у тому числі й тих, які текстуально в законі не закріплені, а при тлумаченні виявляються за допомогою висновку від протилежного.

Далі спробуємо уточнити зміст правила *«lex speciali derogat lex generali»* шляхом з'ясування його співвідношення з правилом *«lex*

spesiali derogat lex generali». У науковій літературі неодноразово зверталась увага на те, що спеціальні правові норми застосовуються переважно перед загальними, хоч би закон, що встановлює спеціальні правові норми, і було прийнято раніше¹. С. П. Головатий наводить із цього приводу аналогічну думку канадського науковця Л. Трамбле².

Викладена думка підтверджується актами господарського законодавства та практикою його застосування. Зокрема, ст. 165 ЦК визначає правовий режим майна виробничого кооперативу і серед іншого встановлює, що «майно, що залишилося після ліквідації виробничого кооперативу та задоволення вимог його кредиторів, розподіляється між його членами відповідно до їхньої трудової участі, якщо інший порядок не встановлений статутом кооперативу». Господарський кодекс, що встановлює особливості правового врегулювання майнових відносин у сфері господарювання (ч. 2 ст. 3 ЦК; ч. 2 ст. 4 ГК), впроваджує правову конструкцію неподільного фонду, що утворюється за рахунок вступних внесків членів виробничого кооперативу і майна кооперативу (ч. 4 ст. 100 ГК). При виході із виробничого кооперативу член кооперативу має право на одержання паю (ч. 1 ст. 99 ГК), але право на отримання частки неподільного фонду, що пропорціональна розміру паю, не передбачається. І це відповідає самому терміну «неподільний» (фонд). Проте у разі ліквідації виробничого кооперативу передбачається розподіл майна кооперативу, що залишилось після розрахунків із бюджетом та кредиторами, пропорційно вартості паю (ч. 2 ст. 109 ГК). Це загальне (у тому розумінні, що воно поширюється на всі види майна виробничого кооперативу) правило поширюється і на майно, що належить до неподільного фонду. Лише стосовно землі виробничого кооперативу встановлено особливий порядок розпорядження нею у зв'язку з ліквідацією кооперативу.

Після того як Господарський кодекс був прийнятий, але до того, як він набув чинності, був прийнятий Закон «Про кооперацію». Цей Закон враховував досвід регулювання Законом «Про оподаткування прибутку підприємств» (ст. 7) майнових відносин, що виникають при ліквідації неприбуткових організацій, і встановив, що «майно неподільного фонду кооперативу не підлягає поділу між його членами і передається за рішеннями ліквідаційної комісії іншій (іншим) кооперативній організації

¹ Тилле А. А. Время, пространство, закон / А. А. Тилле. – М. : Юрид. лит., 1965. – С. 32.

² Головатий С. П. Верховенство права : монографія : у 3 кн. Кн. 2: Верховенство права: від ідеї до доктрини / С. П. Головатий. – К. : Фенікс, 2006. – С. 625.

(кооперативним організаціям). При цьому в рішенні повинні бути визначені напрями використання зазначеного майна» (частина сьома ст. 29 Закону «Про кооперацію»). Це положення пізніше прийнятого Закону. Втім воно встановлює загальну норму щодо спеціальної правової норми, яка передбачена ч. 2 ст. 109 ГК, а тому переважному застосуванню підлягає ця остання правова норма. Її кваліфікація як спеціальної обумовлена тим, що вона поширюється тільки на виробничі кооперативи. У той же час положення частини сьомої ст. 29 Закону «Про кооперацію» встановлює загальну норму, яка поширюється на всі види кооперативів, а тому не може конкурувати з правовою нормою, що встановлена ч. 2 ст. 109 ГК, хоч названий Закон і прийнято пізніше.

Але як не можна абсолютизувати правило про перевагу правових норм, встановлених пізніше прийнятим нормативно-правовим актом, так само не можна абсолютизувати і правило про переважне застосування спеціальної правової норми перед загальною, незалежно від часу прийняття нормативно-правових актів, якими такі норми встановлюються. Існує досить поширена законодавча практика, відповідно до якої в законах зазначається на те, що раніше прийняті законодавчі (нормативно-правові) акти до приведення їх у відповідність до нового закону підлягають застосуванню лише в частині, в якій вони не суперечать цьому Закону. Зазначення при цьому на нормативно-правові акти має реальне значення лише стосовно законодавчих актів, оскільки підзаконні акти ні за яких умов не можуть застосовуватись у супереч законам. Що стосується зазначення на застосування законодавчих актів лише в частині, в якій вони не суперечать новому закону, то цей феномен потребує належного осмислення, таке зазначення є істотним для правозастосування, бо виключає застосування спеціальних правил, які встановлені раніше прийнятими законодавчими актами та не відповідають нормами, що встановлені новим законом, хоч би вони були загальними або навіть принципами (в частині, в якій принципи мають значення нормативного регулятора, а не є деклараціями).

Стверджуючи таке, не можна оминати увагою питання про те, якою мірою законодавець усвідомлював, що, включаючи до певного закону положення про можливість застосування раніше прийнятих законодавчих актів лише в частині, в якій вони не суперечать новому закону, він виключає застосування спеціальних норм раніше прийнятих законів, що суперечать новому закону. Швидше за все, законодавець цього не усвідомлював. Інакше він би так широко не використовував це застереження.

Втім законодавець не завжди усвідомлює значення і численних інших формулювань, які він включає до змісту законодавчих актів. Особливо необачним є включення застереження, про яке йдеться, до змісту кодифікованих законодавчих актів, що мають, як правило, широку сферу дії. У цих випадках можна з упевненістю стверджувати, що законодавець не усвідомлював значення того, що саме він включає до законодавчого акта. Проте при тлумаченні нормативно-правових актів недоцільно було б замислюватися над тим, про що думав законодавець, що він усвідомлював при прийнятті законодавчого акта, а чого не розумів. Суддя, інший суб'єкт правозастосування повинен тлумачити нормативний текст, що є частиною єдиного системного явища, підпорядкованого законам людського мислення та принципу верховенства права.

Викладене потребує врахування як при тлумаченні нормативно-правових актів, так і в процесі правотворчості. Є і проблеми вирішення колізій між нормативно-правовими актами, прийнятими різного часу, які (проблеми) потребують подальшого дослідження. Це проблеми визначення нормативно-правових актів, прийнятих пізніше, можливості надання певному закону переваги перед законами, які будуть прийматись у майбутньому.

Коваль В. Относительно правил о преимущественном применении позднее принятых актов законодательства в хозяйственной сфере

Правило «*lex posterior derogat lex priori*» является общеизвестным, но его содержание требует уточнения. В частности, важным является предоставление преимущества при правоприменении правовым нормам, которые текстуально не закреплены в позднее принятом нормативно-правовом акте, а при толковании выявляются при помощи вывода от противного. Позднее принятый закон не исключает применения ранее установленных специальных правовых норм.

Ключевые слова: хозяйственное законодательство; позднее принятый закон; вывод от противного; специальный закон; преимущество при правоприменении.

Koval V. Rule about the primary usage of accepted legislation acts, at a later date, that regulate the economic relations, and the exception from it

The rule «*lex posterior derogat lex priori*» is the common, but it's content require more precise. Particularly, the assignment of primary during the law enforcement by the principles of law is important in practice, for those, that are not textually anchored in the normative legal act accepted at a later date, and during the interpretation are detected with the assistance of the conclusion from the opposite. Law, enacted later doesn't except the application of the special principles of law established earlier.

Keywords: economic legislation; law, enacted later; conclusion from the opposite; special law; primary during the law enforcement.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

УДК 342.9 (477)

Н. Нижник, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України, завідувач відділу моніторингу ефективності законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України;

О. Муза, кандидат юридичних наук, старший консультант Інституту законодавства Верховної Ради України

Адміністративний договір як предмет судового оскарження в адміністративному судочинстві України: теоретичні питання

Адміністративна діяльність органів державної влади і органів місцевого самоврядування характеризується сукупністю напрямів виконання владно-управлінських функцій. Адміністративна діяльність сама по собі опосередковує публічно-правові відносини, пов'язані з реалізацією державної політики у різних сферах суспільного та державного життя. Визначення рівня ефективності адміністративної діяльності залежить від наповненості законодавчої бази комплексом засобів, способів, форм реалізації владних повноважень, використання яких дозволить суб'єктам владних повноважень чітко та послідовно виконувати свої функції і завдання у встановленому законом порядку.

Особливе місце у системі адміністративно-правових засобів реалізації владних повноважень посідає адміністративний договір. Цей термін у сучасному адміністративному праві перебуває у певній правовій невизначеності. Пояснюється це тим, що адміністративні договори випливають із цивільних та господарських договорів, охоплюються загальними положеннями про договір як інститут зобов'язального права, регулюють перш за все договірні відносини у сфері публічно-правового регулювання. Тому саме роль законодавця щодо врегулю-

вання порядку укладання, виконання, зміни та припинення адміністративних договорів посідає провідне місце у вирішенні комплексу правових питань, пов'язаних з оформленням на практиці зважених підходів щодо особливостей застосування цієї форми управлінської діяльності.

Питання, які стосуються юридичного означення адміністративного договору, висвітлені у працях К. К. Афанасьєва, Р. О. Куйбіди, В. С. Стефанюка, Ю. О. Тихомирова та ін.¹

Метою цієї статті є визначення основних ознак адміністративного договору, згідно з якими останній можна відносити до предмета судового оскарження в адміністративному судочинстві України.

Необхідно констатувати, що адміністративна реформа в Україні набуває свого нового розвитку у зв'язку з прийняттям Президентом України Указу «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» № 1085/2010 від 9 грудня 2010 року. Таке рішення глави держави зумовлене необхідністю повернення до концептуальних засад реформування адміністративної діяльності органів державної влади, що були закладені у 90-х роках минулого століття. Для реалізації поставлених завдань слід удосконалити стан державно-приватного партнерства між органами публічної влади та громадянами, підприємствами, установами, організаціями. Одним із напрямів реалізації поставлених завдань є визначення основних засад адміністративно-договірної діяльності суб'єктів владних повноважень. У цьому зв'язку можна дійти висновку, що використання визначених Конституцією та законами України методів державного (адміністративного) управління покликане не лише встановлювати межі прав суб'єктів адміністративно-правових відносин, а й створювати умови для належного виконання функцій, які покладені на органи державної влади та державу в цілому — планування, регулювання, організація, координація, контроль.

Національна доктрина адміністративних договорів. Незважаючи на широке використання у роботі органів виконавчої влади адміністративних договорів, у законодавстві України дотепер чітко не врегульовано питання їх укладання, виконання, зміни та припинення. Навіть наука адміністративного права не має чітких орієнтирів щодо визначення адміністративного договору, встановлення умов його укладання,

¹ Див.: Афанасьєв К. К. Адміністративні договори : реалії та перспективи : [монографія] / К. К. Афанасьєв. – Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004. – 320 с.; Куйбіда Р. Проблема адміністративного договору в доктрині, законодавстві, на практиці / Р. Куйбіда // Право України. – 2009. – № 3. – С. 76–85; Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес : [монографія] / В. С. Стефанюк. – Х. : Фірма „Консум“, 2003. – 464 с.; Тихомиров Ю. А. Публичное право : [учебник] / Ю. А. Тихомиров. – М. : Изд-во БЕК, 1995. – 496 с.

порядку припинення, визнання недійсним. Такий стан законодавчої бази привносить суперечності у застосуванні адміністративних форм реалізації владних повноважень.

Виходячи з цього, пропонуємо визначити риси, які характеризують адміністративний договір:

- адміністративний договір є засобом регулювання відносин, що виникають як між органами публічної адміністрації та фізичними і юридичними особами, так і між самими органами публічної адміністрації;
- адміністративний договір спрямований на виникнення, зміну чи припинення суб'єктивних публічних прав та інтересів у межах адміністративно-правового регулювання;
- предметом адміністративного договору є питання управління та самоврядування, однак не всі, а лише ті, що допускають договірну форму регулювання;
- адміністративний договір має публічно-правовий характер;
- однією із сторін адміністративного договору є суб'єкт владних повноважень (у тому числі суб'єкти, які здійснюють делеговані владні повноваження);
- присутня юридична нерівність сторін адміністративного договору;
- наявність обмежень вільного волевиявлення у випадках, встановлених законом;
- адміністративний договір є формою передачі окремих владних (управлінських) функцій від одного суб'єкта владних повноважень до іншого або взагалі передача таких функцій недержавним структурам, приватним особам.

Таким чином, *адміністративний договір* — це правова форма реалізації органами державної влади та місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами владно-управлінських функцій, що проявляється у волевиявленні двох або більше сторін (суб'єктів адміністративного права, які володіють адміністративною правосуб'єктністю, одна з яких обов'язково наділена владними повноваженнями), та дії яких спрямовані на виникнення, зміну чи припинення адміністративних прав та обов'язків з метою задоволення своїх потреб та інтересів у сфері публічного управління.

Адміністративний договір є правовою формою реалізації владних повноважень, оскільки передбачає застосування адміністративно-правових норм, використання засобів владно-управлінської діяльності у сфері публічно-правового регулювання, визначення додаткових гаран-

тій фізичним/юридичним особам у адміністративно-договірних відносинах. Тобто мова йде про нову «договірну форму управління»¹.

Законодавство про адміністративні договори повинно включати у себе Конституцію України, Закон України «Про адміністративні договори», підзаконні акти, акти органів місцевого самоврядування. Базового Закону «Про адміністративні договори» до цих пір не прийнято. Це породжує певну невизначеність щодо вирішення суперечливих питань, пов'язаних із використанням на практиці адміністративних договорів в Україні.

Слід констатувати, що визначення адміністративного договору вперше з'явилося у Кодексі адміністративного судочинства України (п. 14 ст. 3). Зокрема, під адміністративним договором слід розуміти дво- або багаторонню угоду, зміст якої становлять права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди. Стаття 17 цього Кодексу відносить спори, що виникають із приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів, до компетенції адміністративних судів. Таке формулювання у КАС України свідчить про всеохоплюючий характер спорів, предметом яких виступає адміністративний договір. У зв'язку з цим пропонуємо звернутись до теоретичних положень про адміністративний договір.

У наукових джерелах поряд із поняттям «адміністративні договори» використовують категорію «публічно-правові договори». Зокрема, до них відносять²:

- засновницькі договори (регулюють інституційні питання суб'єктів владних повноважень);
- компетенційно-розмежувальні договори;
- договори про делегування повноважень;
- програмно-політичні договори про дружбу та співробітництво;
- функціонально-управлінські договори;
- договори між державними і недержавними структурами;
- договори про громадянську згоду;
- міжнародні договори.

¹ Див.: Завальна Ж. Адміністративний та цивільний договори: порівняльна характеристика / Ж. Завальна // Право України. – 2007. – № 3. – С. 135–139; Педько Ю. С. Адміністративний договір / Ю. С. Педько // Великий енциклопедичний юридичний словник ; за ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Вид-во «Юрид. думка», 2007. – С. 20.

² Тихомиров Ю. А. Публичное право : учебник / Ю. А. Тихомиров. – М. : Изд-во БЕК, 1995. – С. 183–198.

Також запропоновано згрупувати адміністративні договори таким чином (за сферою укладення)¹:

- договори щодо компетенції та виконання інших державних та самоврядних функцій;
- договори у сфері оподаткування;
- договори щодо закупівлі (поставки) продукції, товарів та послуг для публічних потреб;
- договори щодо залучення інвестицій для задоволення публічних потреб;
- договори у сфері трудових (службових) правовідносин;
- договори, у яких суб'єкт владних повноважень реалізує функції розпорядника державним чи комунальним майном.

Пропонується виокремлювати види адміністративних договорів залежно від договірних режимів у різних сферах державного управління²:

- адміністративні договори горизонтального типу, які укладаються між органами виконавчої влади одного або декількох рівнів;
- адміністративні договори вертикального типу, які укладаються між органами виконавчої влади та іншими суб'єктами адміністративного права.

Враховуючи запропоновані підходи, вважаємо за доцільне в окремо прийнятому Законі передбачити вичерпний перелік адміністративних договорів, при цьому слід враховувати, що на цей час це є практично неможливим, оскільки доктрина адміністративного права не сформувала фундаментальних положень щодо сутності адміністративних договорів.

Вирішення цієї проблеми можливе також, якщо всі договори, що укладаються за участю суб'єктів владних повноважень, визнати адміністративними договорами. Однак це більше революційний, аніж еволюційний шлях розвитку законодавства про адміністративні договори.

Адміністративні договори за кордоном. Важливу роль для вирішення правових питань, пов'язаних із унормуванням сфери укладання, виконання, зміни та припинення адміністративних договорів в Україні, відіграє досвід зарубіжних країн. Так, у Німеччині використовують узагальнене поняття «публічно-правовий договір» або «управлінський

¹ Куйбіда Р. Адміністративний договір: питання законодавства, доктрини і практики / Р. Куйбіда // Вісн. Вищ. адмін. суду України. – 2008. – № 3. – С. 35–36.

² Див. : Нижник Н. Р. Договори у сфері виконавчої влади / Н. Р. Нижник // Державна виконавча влада в Україні: формування та функціонування : зб. наук. пр. – К. : Вид-во УАДУ, 2000. – Ч. 2. – С. 288; Ротенберг А. С. Административный договор : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Ротенберг Александр Семенович. – Ростов н/Д, 2006. – С. 7.

договір». Положення про публічно-правовий договір містяться у Законі ФРН про адміністративну процедуру¹.

У Франції виділяють такі різновиди адміністративних контрактів²:

– договори про публічно-правове партнерство, через які держава чи державні установи замовляють продукцію чи послуги, що сприяють досягненню суб'єктом публічного права своїх цілей;

– договори про делегування функцій публічних послуг, за якими юридична особа публічного права доручає управління публічними послугами, за які вона відповідає, публічній чи приватній особі на оплатній основі;

– договори щодо використання майна публічного сектору;

– контракти з державними службовцями.

У Прибалтійських державах (Латвія, Литва, Естонія) до адміністративних договорів відносять лише ті, що передбачають передачу (делегування) публічних функцій приватним особам.

Адміністративні договори і адміністративно-правові акти. У наукових джерелах ставиться питання про визнання адміністративного договору різновидом адміністративно-правового акта. Обґрунтовується це тим, що адміністративний договір є волевиявленням органу публічної влади. Це дозволяє уніфікувати режим законності волеформування та волевиявлення органу виконавчої влади незалежно від виду адміністративного акта³.

Однак такі пропозиції викликають певні зауваження:

– *по-перше*, адміністративний договір ніколи не зможе набути усіх формально-правових ознак, які властиві адміністративному акту. Саме це дає підстави для включення адміністративного акта до джерел (форм) адміністративного права. Щодо віднесення адміністративних договорів до джерел (форм) адміністративного права питання в науці адміністративного права є спірним;

– *по-друге*, в адміністративних актах закладені норми права; адміністративний договір є актом застосування правових норм, оскільки укладається на виконання суб'єктами владних повноважень своїх повноважень;

¹ Куйбіда Р. Адміністративний договір: питання законодавства, доктрини і практики / Р. Куйбіда // Вісн. Вищ. адмін. суду України. – 2008. – № 3. – С. 28.

² Там само. – С. 29.

³ Див. : Афанасьєв К. К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право» / Афанасьєв Костянтин Костянтинович. – Х., 2002. – 19 с.; Ротенберг А. С. Административный договор / Ротенберг Александр Семенович. – Ростов н/Д, 2006. – 183 с.

– *по-третє*, враховуючи спільність цих двох юридичних категорій — їх публічність, слід стверджувати, що адміністративний договір на відміну від адміністративного акта не регулює різні рівні публічно-правової діяльності органів публічної влади (горизонтальні, вертикальні; координації, субординації), а лише опосередковує їх у визначеній законодавством сфері.

Разом із тим слід говорити про певну взаємозалежність між адміністративним договором та адміністративним актом: адміністративний договір продовжує ідеї, принципи, засади, зміст адміністративного акта, втілює їх в адміністративній діяльності суб'єктів владних повноважень, здатний враховувати не лише публічні, а й приватні інтереси осіб. Навіть, якщо законодавством буде прописаний чіткий механізм щодо порядку укладання, виконання, зміни та припинення адміністративних договорів, все ж таки адміністративний договір на відміну від адміністративного акта набуває більше ознаки спільної згоди, так званої публічної узгодженості публічно- й приватноправових інтересів учасників адміністративно-правових відносин.

С. В. Курчевська пропонує, у свою чергу, аби адміністративний договір був джерелом права, однак слід говорити лише про його індивідуально-правовий характер. Зокрема, «впровадження адміністративного договору у практику виконавчих органів влади удосконалює діяльність адміністрації, форми управлінської діяльності»¹.

Адміністративні договори і адміністративні послуги. У науковій літературі поширена думка, що адміністративні послуги опосередковують виконання органами державної влади та місцевого самоврядування своїх владно-управлінських функцій. При цьому адміністративні послуги передбачають укладення адміністративних договорів, є визначальними при реалізації владних повноважень у різних сферах адміністративно-правового регулювання адміністративних процедур (дозвільна діяльність, ліцензування, реєстрація, сертифікація і т. п.). Тобто не визнається договірна основа адміністративних послуг. Вони сприймаються як «дії або рішення органів публічної адміністрації внаслідок звернення осіб»². Однак в адміністративному праві попри все існують дві категорії «адміністративні договори» і «адміністративні

¹ Курчевская С. В. Административный договор: формирование современной теории и основные проблемы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Курчевская Светлана Викторовна. – Воронеж, 2002. – С. 6.

² Ніколаєнко К. В. Види адміністративних послуг в Україні / К. В. Ніколаєнко // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – Вип. 38. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. – С. 320.

послуги». І перша, і друга включають у себе присутність публічних інтересів, спрямованість на реалізацію владно-управлінських функцій з метою досягнення загального блага у сфері публічного управління, виконання державою в особі її органів повноважень щодо адміністративного регулювання діяльності приватних осіб, можливість застосування управлінського впливу. Тому слід говорити про існування двох окремих категорій, які є різними формами управлінської діяльності.

Отже, на підставі наведеного, необхідно констатувати, що укладання адміністративних договорів відбувається у різних сферах діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій. Тому слід говорити про міжгалузевий характер правового регулювання укладання, виконання, зміни та припинення адміністративних договорів. Через це виключно нормами адміністративного права України врегулювати повністю сферу застосування адміністративних договорів не вдасться. Законодавцю слід враховувати положення нормативно-правових актів інших галузей права. Це і впливає на складність формування національної доктрини адміністративних договорів.

Нижник Н., Муза О. Административный договор как предмет судебного обжалования в административном судопроизводстве Украины: теоретические вопросы

В статье рассмотрено понятие и специфические черты административного договора как особенной формы управленческой деятельности. Акцентируется внимание на необходимости усовершенствования действующего законодательства Украины относительно урегулирования особенностей заключения, выполнения, изменения и прекращения административных договоров. Приведено теоретическое обоснование отличий между административными договорами и административными услугами.

Ключевые слова: административный договор, административное судопроизводство, управленческая деятельность, административная реформа, административные услуги.

Nyzhnyk N., Muza O. Administrative agreement as the article of judicial appeal in the administrative legal proceedings of Ukraine: theoretical questions

In the article a concept and specific lines of administrative agreement as the special form of management activity are considered. Attention is accented on the necessity of improvement of current legislation of Ukraine of relatively legislative settlement of features of conclusion, implementation, change and stopping of administrative agreements. A theoretical ground over of difference of administrative agreements is brought from administrative services.

Keywords: administrative agreement, administrative legal proceedings, management activity, administrative reform, administrative services.

УДК 342.95

Л. Коваленко, кандидат юридичних наук, доцент, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Сутність інформаційно-правових норм

Норма інформаційного права — найголовніша частина механізму інформаційно-правового регулювання галузі інформаційного права і системи українського права в цілому. Без норми інформаційного права механізму інформаційно-правового регулювання не може існувати, тому що не маючи варіанта поведінки, який держава визнала оптимальним (правильним, доречним) у випадках позитивного спрямування інформаційної діяльності, або негативним (невірним, забороненим) у випадках визначення правопорушень, неможливо, щоб запрацював механізм інформаційно-правового регулювання. Навіть за наявності функціональних складових частин мехізму (зокрема юридичного факту) інформаційне право не зможе реалізувати свій регулюючий потенціал, тому що не буде «інструменту» для регулювання. Уся сутність регулюючого впливу інформаційного права можлива лише в межах, установлених нормою інформаційного права. Питання щодо визначення інформаційно-правової норми є дискусійним. Деякі науковці, такі як В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський, В. В. Гриценко, М. Я. Швець, І. Ю. Здзеба, М. Ю. Шевченко, І. Л. Бачило, В. А. Копилов та ін., певною мірою досліджували окремі питання інформаційних норм, але зроблені ними висновки свідчать лише про відсутність усталених поглядів на певні проблеми щодо визначення інформаційних норм, їх ознак і т. ін. Існує думка, що інформаційне право використовує для регулювання інформаційно-правових відносин норми інших галузей права конституційного, адміністративного, цивільного, кримінального права та інших галузей права. Ми дотримуємося протилежної думки, що інформаційне право має свій самостійний предмет, метод правового регулювання, норми, законодавство, і навпаки — це всі галузі українського права використовують для регулювання тих чи інших правових відносин норми інформаційного права.

Інформаційно-правовій нормі притаманні загальні ознаки, що властиві будь-якій соціальній нормі — державно-владна природа, загальнообов'язковий характер, формальна визначеність, структура і т. ін.

Втім треба зазначити, що навіть деякі загальні ознаки інформаційної норми суттєво відрізняються від загальних ознак інших правових норм. Крім того, норми інформаційного права мають такі спеціальні ознаки, які притаманні виключно інформаційно-правовій нормі.

Інформаційні норми мають такі загальні ознаки.

1. Державно-владна природа.

Норма інформаційного права приймається компетентними органами держави (посадовими особами) та іншими особами, зокрема:

а) Верховною Радою України приймаються: Конституція України; закони України (наприклад, закони «Про інформацію» від 2.10.1992 р., «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р., «Про посилення захисту майна редакцій засобів масової інформації, видавництв, книгарень, підприємств, книгорозповсюдження, творчих спілок» від 20.05.2010 р. та ін.); кодекси, а також інші кодифіковані акти (наприклад Кодекс України про адміністративні правопорушення); Постанови Верховної Ради України; міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та інші нормативно-правові акти в галузі інформаційного права;

б) Президентом України видаються укази та розпорядження (наприклад, Укази Президента України «Про Положення про Державний комітет телебачення і радіомовлення України» від 07.05.2011 р., «Питання забезпечення органами виконавчої влади доступу до публічної інформації» від 05.05.2001 р., «Про Положення про Державну службу України з питань захисту персональних даних» від 06.04.2011 р. та ін.);

в) Кабінетом Міністрів України приймаються постанови та розпорядження (наприклад, постанови Кабінету Міністрів України, «Про затвердження порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для створення електронної інформаційної системи “Електронний Уряд”» від 25.07.2011 р., «Про затвердження Порядку використання у 2011 році коштів, передбачених у державному бюджеті для виконання заходів з питань європейської інтеграції в інформаційній сфері» від 06.07.2011 р., «Про затвердження Державної цільової програми впровадження у навчально-виховний процес загальноосвітніх навчальних закладів інформаційно-комунікаційних технологій “Сто відсотків” на період до 2015 року» від 13.04.2011 р. та ін.; декрети Кабінету Міністрів України, прийняті на підставі Закону «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повнова-

жень видавати декрети у сфері законодавчого регулювання» від 18 листопада 1992 р.¹);

г) міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади видаються накази, інструкції, розпорядження, постанови, правила, положення в межах їх компетенції;

д) Верховна Рада і Рада міністрів Автономної Республіки Крим приймають постанови;

е) місцеві державні адміністрації — розпорядження;

ж) органи місцевого самоврядування приймають рішення, що містять інформаційно-правові норми;

з) Конституційний Суд України виносить рішення, в яких інформаційно-правові норми можуть тлумачитися ним або визнаватися такими, що не відповідають Конституції України (фактично скасовуватися).

На нашу думку, ознака державно-владної природи інформаційної норми має специфічну сутність, реалізація якої забезпечується такими видами заходів державного примусу, які притаманні виключно інформаційному праву.

2. Загальнообов'язковий характер, тобто поширення інформаційних норм на всіх суб'єктів (учасників) інформаційних відносин.

3. Формальна визначеність. Норма інформаційного права набуває зовнішнього мовного закріплення у статтях нормативно-правових актів, чітко встановлює вид та міру можливої, необхідної або забороненої поведінки.

4. Певна структура, тобто поділ норми права на складові елементи. Інформаційно-правова норма складається з гіпотези, диспозиції й санкції. Втім, незважаючи на наявність у нормі всіх трьох елементів структури, інформаційна норма має певні особливості структури. Так, наприклад, у конкретній статті інформаційного нормативно-правового акта можуть не бути наявними всі три складові інформаційно-правові норми. Вони можуть міститися в інших статтях даного нормативно-правового акта, або в інших актах.

Гіпотеза визначає умови, обставини, за яких можуть виникати інформаційні правовідносини, і вказує на коло суб'єктів — учасників інформаційних правовідносин. Наприклад, при встановленні порядку одержання інформації від державних підприємств, установ, організацій визначаються правила звернення осіб до цього органу й видачі інформації цим органом.

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 2. – Ст. 6.

Основу інформаційно-правової норми становить диспозиція, що містить припис про те, як повинні діяти суб'єкти інформаційних правовідносин, встановлюються їх інформаційні права й обов'язки. Так, відповідно до Закону України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» від 27.01.1995 р. установлюються права й обов'язки читача й бібліотекаря щодо надання інформаційних послуг та користування цими послугами.

Захист інформаційних прав і виконання встановлених правил забезпечуються за допомогою санкцій. Санкції інформаційно-правових норм є досить різноманітними. Залежно від виду інформації, характеру завданої шкоди, умов виникнення правопорушення це можуть бути дисциплінарна, цивільно-правова, адміністративна або кримінальна відповідальність.

Норми інформаційного права мають ті самі характеристики, що й норми взагалі, водночас є певні відмінності, які свідчать про наявність деяких особливостей цих норм. Основні з них є такими:

1. У них знаходить своє вираження державний інтерес. Норми інформаційного права забезпечують функціонування публічного управління, а звідси — існування держави як такої. Йдеться про те, що без управління держава не може існувати і виконувати покладені на неї функції, а це призводить до хаосу, анархії та зникнення держави. З огляду на це можна зробити висновок, що якісно створені адміністративно-правові норми є одним із факторів забезпечення національної безпеки.

2. Мають переважно імперативний характер, їх реалізація підкріплюється можливістю застосування засобів державного примусу. Іншими словами, приписи переважної більшості (але не всіх) інформаційно-правових норм не передбачають можливості вибору варіанта поведінки суб'єктом інформаційно-правових відносин, який не має владних повноважень. Хоча необхідно зазначити, що частина інформаційно-правових норм (яка поступово збільшується) має диспозитивний характер, за якого суб'єктові інформаційного права надається право вибору поведінки в тій чи іншій ситуації.

3. Є регулятором інформаційних відносин. На нашу думку, за ступенем комплексності інформаційно-правовим нормам немає рівних серед інших правових норм (їх використовують усі галузі права).

4. Сукупність норм інформаційного права формується на основі норм, які регулюють відносини, пов'язані з реалізацією інформаційних

прав і свобод. Це перш за все право кожного на створення, передачу, поширення, одержання, пошук і використання інформації законним способом, право на вільну творчість, викладання, іншу інтелектуальну діяльність, що захищається законом.

5. Інформаційні норми, що містять однозначні приписи, вказівки, визначають межі поведінки і закріплюють обов'язки державних органів, установ, підприємств і громадян в інформаційній сфері.

6. Наявність чотирьох специфічних способів реалізації інформаційних норм.

Велике значення для становлення в Україні інформаційного права має реалізація норм інформаційного права. Норми інформаційного права лише тоді впливають на суб'єктів, коли вони реалізуються у свідомо-вольовій діяльності людей.

Реалізація інформаційно-правових норм — це процес практичного втілення в життя приписів, що містяться в інформаційно-правових нормах.

Розрізняють чотири основних способи реалізації інформаційно-правових норм:

- дотримання — пасивна поведінка суб'єктів, що не допускає порушення інформаційно-правових норм (наприклад, коли громадянин чи посадова особа не порушують інформаційні правила і норми);

- виконання — активна поведінка суб'єктів, що спрямована на виконання юридичних обов'язків, зафіксованих в інформаційно-правових нормах. Як приклад можна навести діяльність працівників Антимонопольного комітету і його територіальних відділень під час проведення перевірок щодо дотримання розпорядниками державних коштів вимог законодавства у сфері державних закупівель (розпорядження Антимонопольного комітету України від 20 червня 2006 р. № 214-р «Про затвердження Положення про порядок проведення перевірок щодо дотримання розпорядниками державних коштів вимог законодавства у сфері державних закупівель»). Суть виконання полягає у чіткій реалізації зобов'язуючих норм інформаційного права, коли суб'єкти вказаної галузі права (і відповідно виникаючих правовідносин) своїми активними діями втілюють у життя покладені на них обов'язки;

- використання — активна поведінка суб'єктів інформаційного права, за якої вони самі вирішують питання про здійснення відповідних дій чи утримання від них. У цьому випадку норму права буде реалізо-

вано і тоді, коли суб'єкт обрав активну поведінку (у формі дій), і тоді, коли він обрав пасивну форму поведінки. Можна зробити висновок, що використання норм інформаційного права є добровільною справою. Ніхто не може примушувати до їх використання, водночас ніхто не повинен нести відповідальність за невикористання норм інформаційного права;

– застосування — прояв владної діяльності уповноважених державних органів із приводу конкретних справ і з виданням індивідуальних юридичних актів. На відміну від перших трьох способів реалізації інформаційно-правових норм, застосування є прерогативою лише органів, що мають державно-владні повноваження в інформаційній сфері. Правозастосування здійснюється стосовно суб'єктів інформаційно-правових відносин із метою реалізації абстрактних приписів норм права щодо конкретної життєвої ситуації. Результатом правозастосовної діяльності є акт застосування права, під яким необхідно розуміти рішення уповноваженого органу (посадової особи), прийняте в результаті розгляду конкретної юридичної справи у сфері публічного управління. Основними ознаками нормативно-правового акта застосування інформаційних норм є:

- а) державно-владний характер;
- б) спрямованість на індивідуальне регулювання інформаційних відносин;
- в) одноразове використання відносно конкретних суб'єктів у рамках конкретних інформаційних відносин;
- г) обов'язковість виконання.

Інформаційно-правові норми можна класифікувати за видами.

1. Диспозитивні та імперативні.

Диспозитивні інформаційно-правові норми застосовуються при регулюванні відносин у галузі захисту нематеріальних благ, майнових прав, особистих немайнових прав в інформаційній сфері. Це честь, гідність, ділова репутація, недоторканність приватного життя, особиста й сімейна таємниця, право на ім'я, право авторства, інші особисті немайнові права й інші нематеріальні блага, пов'язані зі створенням, перетворенням і використанням інформації. Диспозитивні інформаційно-правові норми мають свою специфіку, обумовлену особливостями і юридичними властивостями інформації й інформаційних об'єктів, що відрізняє їх від інших норм диспозитивного характеру.

Імперативні інформаційно-правові норми встановлюють передусім обов'язки органів виконавчої влади і місцевого самоврядування щодо створення й поширення інформації, в порядку забезпечення конституційних гарантій інформаційних прав громадян на інформацію й виконання цими органами своєї компетенції в цій частині. Визначають функції й компетенцію органів виконавчої влади в галузі інформаційної безпеки, з формування державних (муніципальних) інформаційних ресурсів, зі створення державних інформаційно-телекомунікаційних систем й інших подібних інформаційних систем органів місцевого самоврядування. Забезпечують регулювання відносин із приводу відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері. До цієї групи входять також норми, що забезпечують захист прав суб'єктів персональних даних, визначення державної політики в інформаційній сфері, захист прав громадян інформації в інформаційній сфері та інші аналогічні норми.

2. Інформаційні норми (спеціальні) можна класифікувати на норми-визначення (дефініції), що містяться в інформаційному законодавстві:

а) норми-принципи, які регламентують принципи, що закріплюють діяльність суб'єктів інформаційного права (законність, незалежність, колегіальність, гласність і т. п.);

б) норми-колізії, які встановлюють порядок вирішення суперечностей між юридичними нормами;

в) норми, які регламентують мету, закріплюють цілі й завдання органів виконавчої влади та інших суб'єктів у галузі інформаційного права.

3. Залежно від сутності інформаційно-правові норми можуть бути матеріальними і процесуальними.

Матеріальні інформаційно-правові норми визначають сутність державної політики в інформаційній сфері, закріплюють комплекс інформаційних обов'язків, прав, а також відповідальність учасників інформаційних процесів, у тому числі матеріальну сутність юридичних прав й обов'язків учасників інформаційних правовідносин. Ці норми визначають правовий статус суб'єктів в інформаційній сфері в частині їхніх обов'язків і відповідальності за організацію й забезпечення процесів обігу інформації, у тому числі формування інфор-

маційних ресурсів і надання користування ними відповідно до чинного законодавства¹.

Процесуальні інформаційно-правові норми за своїм призначенням регламентують процедуру (порядок, правила) реалізації інформаційних обов'язків і прав, установлених матеріальними інформаційними нормами в рамках врегульованих інформаційних відносин. Так, цими нормами встановлюється порядок ліцензування й сертифікації в інформаційній сфері, формування інформаційних ресурсів, пошуку й одержання інформації із цих ресурсів, інші процедури правового регулювання інформаційних відносин в інформаційній сфері.

4. За юридичним змістом: інформаційно-правові норми можуть бути компетенційними, що окреслюють легальні межі діяльності суб'єктів права.

5. Інформаційно-правові норми можна класифікувати за сферою їх застосування (за масштабом дії) на:

- норми, дія яких поширюється на всю територію України;
- регіональні норми, що діють на території певного регіону;
- норми органів місцевого самоврядування, що діють на території окремої адміністративно-територіальної одиниці.

6. За обсягом регулювання інформаційно-правові норми розподіляються на норми:

- загальної дії, які поширюють свою дію на всю галузь правового регулювання, що регламентують найважливіші сторони інформаційної діяльності. Це перш за все статутні норми, що встановлюють обов'язки органів виконавчої влади й місцевого самоврядування по виконанню ними конституційних обов'язків щодо надання фізичним і юридичним особам інформації;
- міжгалузеві, які регулюють інформаційні відносини, що виникають між групами міжгалузевих державних органів, стосовно забезпечення інформаційних процесів;
- галузеві, що діють у межах сфери ведення галузевого органу виконавчої влади;
- регіональні, що регулюють інформаційні відносини на рівні органу місцевого самоврядування та діють у межах територій.

¹ Інформаційне законодавство України : концептуальні основи формування / М. Швець, Р. Калужний, В. Гавловський, В. Цимбалюк // Право України. – 2001. – № 7. – С. 50–53.

7. За юридичною силою інформаційно-правові норми розподіляються на:

- норми законів (наприклад, Закон України від 02.10.1992 р. «Про інформацію»);
- норми підзаконних актів (наприклад, постанова Кабінету Міністрів України від 04 січня 2002 р. «Про порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади»).

8. Залежно від дії на коло осіб інформаційно-правові норми розподіляються на ті, що поширюють свою дію на:

- а) на всіх юридичних осіб; на окремих юридичних осіб;
- б) на всіх фізичних осіб; на окремих фізичних осіб.

Враховуючи вищевикладене, можна дати таке поняття інформаційно-правової норми: інформаційно-правова норма — це загальнообов'язкові, формально визначені правила поведінки (що встановлюються державою), які надають суб'єктам (учасникам) інформаційних відносин, що входять до предмета інформаційного права, суб'єктивні інформаційні права і покладають на них інформаційні обов'язки, та забезпечуються специфічними заходами державного примусу.

Коваленко Л. Сущность информационно-правовых норм

В статье сформулировано понятие информационных норм, рассматривается вопрос об их содержании, проанализированы общие и специальные особенности информационно-правовых норм, проведена их классификация на виды.

Ключевые слова: информационная норма, сущность информационно-правовых норм, особенности и виды информационно-правовых норм.

Kovalenko L. Essence of informatively-legal norms

The concept of informative norms is set forth in the article, a question is examined about their maintenance, the general and special features of informatively-legal norms are analysed, their classification is conducted on kinds.

Keywords: informative norm, essence of informatively-legal norms, features and types of informatively-legal norms.

УДК 342.77

А. Басов, начальник кафедри адміністративного права та адміністративного процесу Кримського юридичного інституту Одеського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Повноваження органів внутрішніх справ щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях

Зростання напруженості у суспільстві свідчить про недоліки у роботі органів державної влади. Заходи, що застосовуються з метою стабілізації обстановки, не завжди є конструктивними та своєчасними. Досить часто ситуація, яка склалася, потребує термінового вирішення накопичених проблем, прийняття адекватних заходів щодо врегулювання обстановки.

Специфічні властивості суспільних відносин, які складаються у сфері внутрішніх справ, обумовлюють існування управління внутрішніми справами як особливої сфери. Суб'єктами управління у сфері внутрішніх справ є органи державної влади та посадові особи, які наділені відповідними повноваженнями. До них належать і органи внутрішніх справ.

Одна із найважливіших особливостей діяльності органів внутрішніх справ полягає в тому, що ця діяльність може відбуватися в обстановці, яка швидко змінюється та ускладнюється. Успішне виконання завдань, що раптово виникли, можливе лише при максимальному використанні всіх сил та засобів органів внутрішніх справ, які мають бути приведені у стан готовності¹.

Загальнотеоретичним питанням діяльності органів внутрішніх справ в юридичній науці присвячена певна увага. Окремі аспекти діяльності органів внутрішніх справ щодо забезпечення громадської безпеки досліджували у своїх працях такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, В. В. Гуцин, Б. В. Кондрашов, С. О. Кузнichenko, О. П. Рябенко тощо. Разом з тим питання щодо визначення повноважень органів внутрішніх справ у сфері забез-

¹ Див.: Гижевский В. К. Назначение и организация деятельности дежурной службы ОВД: Лекция / В. К. Гижевский. – Киев : НИИ РИО КВШ МВД СССР, 1988. – С. 20–

печення громадської безпеки в умовах виникнення надзвичайних ситуацій різної генези спеціально не вивчались. В існуючих наукових працях вказані питання розглядались фрагментарно або в рамках широкої адміністративно-правової проблематики, без комплексного підходу, що, у свою чергу, обумовлює необхідність наукового аналізу цього питання.

Мета статті полягає у проведенні аналізу наукових праць та нормативно-правових актів щодо визначення повноважень органів внутрішніх справ у сфері забезпечення громадської безпеки в умовах виникнення надзвичайних ситуацій різної генези. Її новизна полягає в удосконаленні змісту цих повноважень та порядку їх реалізації.

Умовно діяльність органів внутрішніх справ щодо забезпечення громадської безпеки в умовах виникнення надзвичайних ситуацій можна поділити на три етапи: по-перше, проведення організаційних заходів щодо забезпечення громадської безпеки; по-друге — безпосереднє забезпечення громадської безпеки в умовах надзвичайної ситуації з використанням комплексу заходів, що передбачені законодавством; по-третє — сприяння діяльності органів, що беруть участь у ліквідації наслідків надзвичайної ситуації¹.

Слід зазначити, що виникнення надзвичайних ситуацій вносить «зміни» у звичайний режим роботи органів та підрозділів внутрішніх справ, а отже, зумовлює появу нових завдань. Крім того, за таких умов збільшується обсяг завдань, що виконуються у повсякденній діяльності щодо охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки. У зв'язку із зазначеним можна стверджувати, що органи внутрішніх справ щодо забезпечення громадянської безпеки у надзвичайних ситуаціях реалізують завдання та забезпечують свою діяльність за такими основними напрямками:

По-перше, щодо *охорони громадського порядку*. В межах реалізації даного напрямку органи внутрішніх справ забезпечують виконання таких завдань: щодо охорони громадського порядку і громадської безпеки на території, де виникла надзвичайна ситуація, шляхом встановлення додаткових постів, патрулів, забезпечення контрольно-перепускного режиму шляхом створення блокувань, перепускних пунктів; охорона зруйнованих промислових та особливо небезпечних об'єктів; посилення охорони будівель органів державної влади, фінансових

¹ Див.: Армазанцев Н. И. Административно-правовое обеспечение органами внутренних дел общественной безопасности при чрезвычайных ситуациях техногенного характера : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Армазанцев Николай Иосифович. – М., 2003. – С. 105.

установ, об'єктів зберігання товарів (нафтосховища, продуктові склади); забезпечення охорони майна фізичних та юридичних осіб, що залишилось без нагляду; здійснення контрольно-наглядової діяльності за дотриманням посадовими особами підприємств, установ та організацій, що розташовані на території, де виникла надзвичайна ситуація, встановленого для даної місцевості адміністративно-правового режиму (у разі запровадження особливого порядку роботи підприємств); проведення профілактично-роз'яснювальної роботи з населенням, з метою недопущення паніки, поширення необ'єктивної інформації, а також необхідність дотримання тимчасово встановлених обмежень.

По-друге, *сприяння ефективній діяльності органів державної влади, що беруть участь у ліквідації наслідків надзвичайної ситуації*. У межах реалізації цього напряму органи внутрішніх справ забезпечують виконання таких завдань: оповіщення населення про проведення евакуації, про межі небезпечних районів; сприяння діяльності працівникам міністерства охорони здоров'я щодо вивезення загинувших осіб у спеціальні установи, а також поранених у медичні та інші установи; супроводження медичного транспорту в разі необхідності; сприяння у проведенні рятувальних та інших спеціальних заходів за умов існування надзвичайної ситуації; участь в утилізації (знищенні, захороненні) тварин, що були збудниками епідемії, епізоотії, а також тварин, що перебувають у зоні радіаційного, хімічного, біологічного забруднення; сприяння встановленню осіб загинувших та постраждалих; сприяння реалізації заходів щодо залучення транспортних засобів, які належать фізичним та юридичним особам, для проведення аварійних, рятувальних, відновлюваних заходів, а також у разі оголошення мобілізації.

По-третє, *у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху* органи внутрішніх справ забезпечують виконання таких заходів: забезпечення організації дорожнього руху транспортних засобів, що здійснюють перевезення евакуйованого населення до тимчасового місця розміщення; забезпечення організації дорожнього руху під час перевезення майна юридичних осіб, що підлягають евакуації; забезпечення обмеження руху або його заборони на аварійно-небезпечних шляхах автомобільних доріг; постановка на спеціальний облік транспортних засобів, що надані для проведення аварійних, рятувальних, евакуаційних та відновлюваних заходів; забезпечення безпечного руху транспортних засобів під час руху «режимної зони», а також визначення маршрутів їх руху.

По-четверте, *у сфері забезпечення організації евакуації фізичних та юридичних осіб* органи внутрішніх справ забезпечують: евакуацію на-

селення з місць проживання, евакуацію осіб, що відбувають адміністративний арешт, затримані за жебракування, неповнолітніх з приймальників-розподільників, осіб, що перебувають у камері для затриманих; організація охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки у місцях розміщення евакуйованого населення, надання допомоги евакуаційним комісіям під час організації вивезення населення, майна фізичних та юридичних осіб; надання допомоги в організації обстеження (радіаційного, хімічного тощо) евакуйованого населення та їх майна; у разі необхідності надання приміщень для розміщення евакуйованого населення; поновлення порушених управлінських зв'язків, що виникли внаслідок евакуації особового складу; забезпечення евакуації із службових приміщень органу внутрішніх справ зброї, боєприпасів обліково-реєстраційної документації, оперативних документів, документів суворого обліку; забезпечення обліку евакуйованого населення, а у разі потреби проведення його тимчасової реєстрації у місцях розміщення; організація адресно-довідкової роботи.

По-п'яте, у сфері профілактики, розкриття правопорушень та злочинів, а також проведення оперативно-розшукових заходів органи внутрішніх справ забезпечують: виявлення свідків та очевидців правопорушення або злочину; розшук осіб, що ховаються від органів слідства та дізнання; сприяння роботі органів досудового слідства, проведення оперативно-розшукових заходів, що відповідають умовам надзвичайної ситуації; проведення оперативно-розшукових заходів, з метою документування протиправної діяльності осіб, що становлять оперативний інтерес, здійснення адміністративного нагляду.

По-шосте, у сфері захисту та психологічного забезпечення працівників, які беруть участь у забезпеченні громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях, органи внутрішніх справ забезпечують: захист особового складу від радіаційного, хімічного, біологічного ураження, а також проведення дезактивації технічних заходів, зброї та майна; забезпечення побутових умов особового складу, ремонт техніки та обладнання; забезпечення працівників та членів їх сім'ї, що були евакуйовані, тимчасовим житлом; проведення комплексу заходів щодо оздоровлення особового складу органів внутрішніх справ, які брали участь у заходах щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях¹.

¹ Див.: Армазанцев Н. И. Административно-правовое обеспечение органами внутренних дел общественной безопасности при чрезвычайных ситуациях техногенного характера : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Армазанцев Николай Иосифович. – М., 2003. – С. 83.

Крім органів внутрішніх справ, у реалізації заходів щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях беруть участь внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України (далі — ВВ МВС України) Згідно із Законом України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» внутрішні війська входять у систему Міністерства внутрішніх справ і призначені для охорони та оборони важливих державних об'єктів, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України, охорони виправних установ, а також для участі в охороні громадського порядку та боротьбі із злочинністю та ін.¹ На ВВ МВС України покладено такі завдання: охорона та оборона важливих державних об'єктів, виправних установ, об'єктів матеріально-технічного та військового забезпечення Міністерства внутрішніх справ України; супроводження спеціальних вантажів; участь в охороні громадського порядку та боротьбі із злочинністю; участь у ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій на об'єктах, що охороняються; охорона дипломатичних представництв і консульських установ іноземних держав на території України тощо². З метою виконання поставлених завдань в умовах надзвичайних ситуацій ВВ МВС України забезпечуються транспортними засобами, засобами особистого захисту, засобами зв'язку, спеціальними засобами, необхідними матеріально-технічними засобами, а також надаються додаткові лінії та канали зв'язку для можливості управління силами та засобами внутрішніх військ.

Щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях на ВВ МВС України згідно із законодавством України покладаються такі завдання: участь у локалізації і блокуванні місцевості, де виникла надзвичайна ситуація; участь у запровадженні заходів, що спрямовані на посилення охорони громадського порядку та громадської безпеки у місцевості, де виникла надзвичайна ситуація; здійснення заходів, що спрямовані на посилення охорони громадського порядку та громадської безпеки у районах, які прилягають до місцевості, де виникла надзвичайна ситуація; припинення масових заворушень; здійснення заходів щодо врятування людей та ліквідації наслідків аварій, пожеж, катастроф, стихійних лих, охорони майна, що залишилось без нагляду. Розглянемо ці завдання більш детально.

¹ Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України : Закон України від 26.03.92 р. // Відом. Верхов. Ради України. – № 29. – Ст. 397 (з наст. змінами та допов.).

² Там само.

Необхідно зазначити, що згідно зі ст. 9 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» у разі залучення до виконання завдань з охорони громадського порядку та боротьби із злочинністю на внутрішні війська покладаються обов'язки, передбачені Законом України «Про міліцію» для підрозділів міліції при виконанні цих завдань¹, тобто спільно з працівниками органів внутрішніх справ здійснюють обмеження руху транспортних засобів та їх огляд; тимчасове вилучають у громадян вогнепальну й холодну зброю, а також боеприпаси, а у підприємств, установ, організацій — навчальну військову техніку й радіоактивні речовини і матеріали, отруйні та сильнодіючі хімічні речовини; здійснюють перевірку документів у громадян, а у необхідних випадках — проводять особистий огляд, огляд речей, транспортних засобів, багажу і вантажу, службових приміщень та житла громадян².

Одним із завдань ВВ МВС України щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях є організація патрульної служби на території, де виникла надзвичайна ситуація, силами ВВ МВС України. Завдяки цьому забезпечується виконання основних режимних заходів, що спрямовані на припинення протиправних дій, здійснення комендантської години та ін. Досвід щодо забезпечення громадської безпеки у зазначених умовах показує, що основними видами нарядів, які забезпечують режимні заходи, є: контрольно-перепускні пункти, комендантські патрулі, комендантські пости, військові оточення, групи охорони, фільтраційні пункти та ін.³

Практика організації охорони громадського порядку та громадської безпеки в умовах виникнення надзвичайної ситуації в Російській Федерації показує, що, як правило, усі види нарядів були «змішаними», тобто під час виконання завдань на контрольно-перепускному пункті або в іншому наряді були не тільки військовослужбовці внутрішніх військ і працівники міліції з інших регіонів, але залучались і місцеві працівники міліції. Такий склад наряду повинен був попередити можливі конфлікти між місцевим населенням та працівниками міліції і

¹ Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України : Закон України від 26.03.92 р. // Відом. Верхов. Ради України. – № 29. – Ст. 397 (з наступними змінами та доповненнями).

² Про міліцію : Закон України від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ // Відом. Верхов. Ради. – 1991. – № 4. – Ст. 20; Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 березня 2000 р. № 1550-ІІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 176.

³ Див.: Кузнichenko С. О. Роль внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ у забезпеченні адміністративно-правового режиму надзвичайного стану / С. О. Кузнichenko, А. В. Басов // Честь і закон. – 2005. – № 4. – С. 40.

військовослужбовцями. Проте, на нашу думку, у разі виникнення надзвичайної ситуації соціально-політичного характеру для ефективного виконання розглянутих завдань необхідно залучати військовослужбовців внутрішніх військ, що не мешкають у регіоні, де виникла така ситуація. Це перш за все необхідно для зменшення психологічного тиску на військовослужбовців та працівників міліції (родичі можуть впливати на них), а по-друге, з метою запобігання впливу на військовослужбовців та працівників міліції з боку інших громадян (наприклад, захоплення як у заручників родичів або нанесення їм тілесних ушкоджень та ін.).

Проведений вище аналіз свідчить, що діяльність органів внутрішніх справ щодо забезпечення громадської безпеки стосується найбільш важливих сфер життєдіяльності суспільства, а саме: щодо охорони громадського порядку; сприяння ефективній діяльності органів державної влади, які беруть участь у ліквідації наслідків надзвичайної ситуації; щодо забезпечення безпеки дорожнього руху; щодо забезпечення організації евакуації фізичних та юридичних осіб; щодо профілактики, розкриття правопорушень та злочинів, а також проведення оперативно-розшукових заходів; щодо захисту та психологічного забезпечення працівників, які беруть участь у забезпеченні громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях. Проте складність реалізації цих заходів полягає в тому, що вони визначаються у змісті великої кількості нормативно-правових актів, які часто мають обмежений доступ та містять інформацію, що становить державну таємницю. На нашу думку, було б доцільно ці напрями діяльності визначити в єдиному кодифікованому акті, що регулював би діяльність органів внутрішніх справ у зазначених умовах.

Басов А. Полномочия органов внутренних дел при обеспечении общественной безопасности в чрезвычайных ситуациях

В статье осуществлен анализ научных работ и нормативно-правовых актов относительно определения полномочий органов внутренних дел в сфере обеспечения общественной безопасности в чрезвычайных ситуациях. Определены пути усовершенствования реализации полномочий в данной сфере.

Ключевые слова: общественная безопасность, органы внутренних дел, чрезвычайная ситуация, полномочия.

Basov A. Competencies of internal affairs to support public safety in emergencies

The article made an analysis of scientific papers and regulations concerning the definition of the powers of the Interior in the field of public safety in emergencies. Provides ways to improve the implementation of the powers in this area.

Keywords: public safety agencies vnutrinnih Affairs, emergency powers.

УДК 347.73:336.22

І. Самсін, кандидат юридичних наук,
голова Вищої кваліфікаційної комісії
суддів України, суддя Верховного Суду
України, заслужений юрист України

Підстави виникнення податкового зобов'язання за Податковим кодексом України

У літературі останнім часом доволі часто порушувалися питання, пов'язані з визначенням та регулюванням прав і обов'язків платників податків. При цьому як окрема проблема виділилося співвідношення понять податкового обов'язку та податкового зобов'язання. Заслугує на окрему увагу те, що серед науковців склалося фактично два протилежні напрями дослідження. Один напрям базується на концепції використання терміна «податковий обов'язок» для позначення сукупності дій, які повинен вчинити платник податку і не передбачає використання терміна «податкове зобов'язання» в податково-правовому регулюванні, тоді як інші науковці, навпаки, обирають саме концепцію податкового зобов'язання на противагу категорії «податковий обов'язок».

Зокрема, поняття податкового зобов'язання використовував ще С. Д. Ципкін, який стверджував, що «невиконання податкового зобов'язання тягне за собою нанесення матеріальної шкоди державі, порушення загальнодержавних інтересів»¹. У сучасній літературі з податкового права ця категорія також використовується досить активно, як в окремих працях, присвячених цій проблемі², так і в комплексних дослідженнях з податкового права³. Так, наприклад, О. І. Худяков характеризує об'єкт податку як «...юридичні факти ...якими закон обумовлює виникнення податкового зобов'язання»⁴, а Д. В. Винницький стверджує, що предметом податкового зобов'язального права є

¹ Цыпкин С. Д. Правовое регулирование налоговых отношений в СССР / С. Д. Цыпкин. – М., 1955. – С. 29.

² Див.: Порохов Е. В. Теория налоговых обязательств : учеб. пособие / Е. В. Порохов. – Алматы : Жети Жаргы, 2001. – 168 с.

³ Див.: Винницький Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики / Д. В. Винницький. – СПб., 2003. – С. 60; Худяков А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть : учебник / А. И. Худяков. – Алматы, 2003. – С. 37.

⁴ Худяков А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть : учебник / А. И. Худяков. – С. 37.

зобов'язання, що впливають із податкового закону, особливі публічні зобов'язання¹.

На противагу висловленому вище М. П. Кучерявенко відстоює позиції використання терміна «податковий обов'язок» і вважає недоцільним використання категорії «податкове зобов'язання» у податковому праві як суто цивільно-правової. Він також активно критикує позиції О. І. Худякова та інших прибічників використання концепції податкового зобов'язання: «Такі твердження викликають заперечення. Перш за все юридичні факти є підставою виникнення податкового правовідношення, а не податкового зобов'язання. Природно, податковий обов'язок регулюється правовими методами, але ототожнювати його з правовідносинами, мабуть, не слід»².

Хотілося б зазначити, що ми не погоджуємося з даною позицією науковця. Виступаючи в цілому проти використання терміна «податкове зобов'язання», він фактично прирівнює його зміст до податкового обов'язку і робить очевидний висновок про неможливість використання його для позначення правовідносин. Разом з тим не зовсім чіткою виглядає й логіка, за якою розмежовуються податкове зобов'язання та податкове зобов'язальне право³. Крім цього, ми вважаємо недоцільною й загальну тенденцію однозначного протиставлення податкового обов'язку та податкового зобов'язання в літературі.

На наш погляд, центральною в податковому праві має бути категорія податкового зобов'язання, яку слід розглядати як похідну від загального юридичного поняття «зобов'язання». Юридичний словник-довідник визначає зобов'язання як такі правовідносини, коли одна особа зобов'язана вчинити на користь іншої особи певну дію або утриматись від виконання певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку⁴. Ідентичне визначення міститься в цивільному законодавстві України. Стаття 509 Цивільного кодексу України

¹ Винницький Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики / Д. В. Винницький. – С. 60; Худяков А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть : учебник / А. И. Худяков. – С. 37.

² Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. Т. 3 : Учение о налоге / Н. П. Кучерявенко. – Х. : Легас, 2004. – С. 280.

³ Худяков А. И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть : учебник / А. И. Худяков. – С. 37.

⁴ Юридичний словник-довідник / за ред. Ю. С. Шемшученка ; худож. оформ. В. М. Штогрин. – К. : Феміна, 1996. – С. 252–253; Словник законодавчих і нормативних термінів / укл.: д-р юрид. наук, проф. М. І. Іншин, канд. юрид. наук І. М. Шопіна, Г. О. Якимов. – К. : Правова єдність, 2008. – С. 170–171.

встановлює, що «зобов'язанням за цивільним правом є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку»¹.

Ми вважаємо, що навряд чи можна говорити про «похідність» категорії зобов'язання від цивільного права. На наш погляд, податкові зобов'язальні правовідносини не тільки можуть існувати в межах імперативного фінансово-правового методу, а й найбільш точно відбивають специфіку відносин між платником податків і державою в особі контролюючих органів. При цьому ми, на відміну від думки, що складалася в науці податкового права за останні роки, вважаємо за доцільне використовувати й поняття податкового обов'язку для позначення конкретних виду й міри поведінки зобов'язаної особи в межах зобов'язальних податково-правових відносин.

Разом з тим говорити про повну тотожність зобов'язальних правовідносин у цивільному та податковому праві також навряд чи доцільно. Слід мати на увазі, що на відміну від цивільно-правового методу регулювання, метод податкового права передбачає перш за все владні веління, приписи, адресовані державою зобов'язаній особі. Це, безумовно, визначає значною мірою особливості динаміки податкових зобов'язальних правовідносин, передусім — на етапі виникнення податкового зобов'язання.

На нашу думку, перше, з чого потрібно починати дослідження виникнення відносин податкового зобов'язання, — з аналізу правосуб'єктності їх учасників. С. С. Алексєєв свого часу зазначав: «Тільки за винятком самої правосуб'єктності всі інші правовідносини складаються в результаті взаємодії трьох передумов — норми права, правосуб'єктності, юридичного факту (чи кількох фактів). Юридичні норми разом із правосуб'єктністю (та іншими загальними суб'єктивними правами і обов'язками) утворюють ту загальну базу, на якій за допомогою юридичних фактів відбувається рух конкретних (абсолютних і відносних) правовідносин, їх виникнення, зміна, припинення»².

¹ Цивільний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

² Алексєєв С. С. Проблемы теории права. Курс лекций : в 2 т. – Т. 1 : Основные вопросы общей теории социалистического права / С. С. Алексєєв. – Свердловск, 1972. – С. 343–344.

У податково-правовому регулюванні правосуб'єктність може розглядатися в декількох аспектах. Перш за все вона може бути пов'язана з цивільною правосуб'єктністю, коли можливість набуття суб'єктом об'єктів оподаткування (майна, доходу) автоматично означатиме можливість виникнення в особи податкових прав і обов'язків. Далі, для того щоб реалізовувати будь-які податкові права й обов'язки, відповідна особа повинна стати на податковий облік та отримати індивідуальний номер платника податку. За допомогою цього механізму здійснюється своєрідна «легалізація» суб'єкта як платника податків, і він набуває загальної податкової правосуб'єктності. І нарешті, щодо деяких податків необхідна окрема процедура набуття спеціальної податкової правосуб'єктності — така як, наприклад, реєстрація суб'єкта як платника податку на додану вартість. Ця процедура передбачає отримання платником свідоцтва платника цього податку, внесення його до відповідного реєстру та отримання ним індивідуального номеру платника податку на додану вартість.

У даному випадку, до речі, цікавим було б провести ще одну паралель: між динамікою податкового зобов'язання як правовідношення та структурою податкового обов'язку за М. П. Кучерявенком. Він, зокрема, зазначає, що податковий обов'язок включає кілька складових: податковий облік; сплату податку; податкову звітність¹. При цьому, на його думку, виконанням податковий обов'язок може вважатися тільки після виконання платником вимог закону з постановки на податковий облік (облік платників податків), обліку об'єктів оподаткування, безпосередньо сплати податку та подання до контролюючих органів податкової звітності. Слід зазначити, що в даному випадку постановка платника на податковий облік фактично є формою надання платникові податкової правосуб'єктності, облік об'єктів оподаткування відбиває наявність юридичного факту, який породжує відносини податкового зобов'язання, а сплата податку та подання податкової звітності відповідає етапу виконання, тобто припинення відносин податкового зобов'язання. Цікавим є, на нашу думку, й той факт, що сам учений поруч із указаною складною структурою податкового обов'язку виділяє також динаміку податкового правовідношення².

¹ Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – Т. 3 : Учение о налоге / Н. П. Кучерявенко. – Харьков : Легас, 2004. – С. 295.

² Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – Т. 2: Введение в теорию налогового права / Н. П. Кучерявенко. – Харьков : Легас, 2004. – С. 444–498.

Безумовно, найважливішим питанням при регулюванні відносин зі сплати податків і зборів є з'ясування моменту, з якого виникає обов'язок сплати податку¹. При цьому презумується, що особи, які беруть у ньому участь, уже володіють необхідною загальною правосуб'єктністю. Г. Ф. Шершеневич зазначає: «Виникнення юридичного відношення спостерігається тоді, коли вперше з приводу даного інтересу встановлюється право й обов'язок між особами. Таке виникнення може відбутися зі згоди пасивних суб'єктів або без їх згоди»².

Є. В. Порохов зазначає, що «...підставою виникнення податкового зобов'язання слід визнавати об'єкт оподаткування — вчинені суб'єктом податку дії або події, що виникають щодо нього, які свідчать про майнову спроможність та платоспроможність суб'єкта податку і дають державі підставу претендувати на частину власності суб'єкта податку. Дане твердження буде істинним лише за тієї умови, що сплата податку ставиться у залежність від наявності об'єкта оподаткування»³. На наш погляд, неможливо погодитися з такою позицією з кількох причин. Перш за все складно уявити ситуацію, в якій сплата податку не ставиться у залежність від наявності об'єкта оподаткування. Об'єкт оподаткування — один із головних і обов'язкових елементів правового механізму податку, і обов'язкова вимога щодо визначення об'єкта оподаткування для встановлення будь-якого податку міститься як у Податковому кодексі України, так і в податковому законодавстві інших держав⁴. Крім цього, навряд чи сплата податків може зв'язуватися з майною спроможністю і платоспроможністю платника. Вона виникає при наявності підстав, закріплених законодавством, в тому числі й об'єкта оподаткування. У разі ж неспроможності платника, але наявності в нього обов'язку сплатити податок використовуються механізми забезпечення обов'язку зі сплати податку, регулюється механізм податкової заборгованості, викликає заперечення акцент автора на умовному зв'язку сплати податку та об'єкта оподаткування⁵.

¹ Податковий кодекс України: постатейний коментар : у 2 ч. / В. В. Білоус, Л. К. Воронова, О. О. Головашевич та ін. ; за ред. М. П. Кучерявенка. – Х. : Право, 2011. – Ч. 1. – С. 319.

² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : учеб. пособие : в 2 т. / Г. Ф. Шершеневич. – К., 1996. – Т. 2. – С. 213.

³ Порохов Е. В. Теория налоговых обязательств : учеб. пособие / Е. В. Порохов. – Алматы, 2009. – С. 94–95.

⁴ Стаття 7 Податкового кодексу України // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 13, 13–14, 15–16, 17. – С. 556. – Ст. 112; Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть I: Постатейный комментарий / под общ. ред. В. И. Слома. – М. : Статут, 1999.

⁵ Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – Т. 3 : Учение о налоге / Н. П. Кучерявенко. – Харьков : Легас, 2004. – С. 424.

Питанням динаміки податкового зобов'язання в цілому та його виникнення зокрема присвячено ст. 37 Податкового кодексу України. Так, відносно виникнення податкового обов'язку положення цієї статті встановлюють таке:

«37.1. Підстави для виникнення, зміни і припинення податкового обов'язку, порядок і умови його виконання встановлюються цим Кодексом або законами з питань митної справи.

37.2. Податковий обов'язок виникає у платника податку з моменту настання обставин, з якими цей Кодекс та закони з питань митної справи пов'язує сплату ним податку... »¹.

При аналізі цього законодавчого положення слід зазначити, що йому дещо бракує чіткості та однозначності. Безумовно, у законодавчій нормі під «обставинами» розуміється певний юридичний факт, який породжує зобов'язальні правовідносини. Разом з тим така характеристика цих обставин, як пов'язання їх зі сплатою податку платником, дещо дезорієнтує, адже сплата податку неможлива без виникнення правовідносин зобов'язання. Таке формулювання створює замкнуте коло, в якому виникнення обставин пов'язується зі сплатою податку, а сплата податку, у свою чергу, неможлива без виникнення означених обставин. На нашу думку, з метою подолання цієї неоднозначності слід закріпити у положеннях ст. 37 перелік конкретних обставин, з якими пов'язується виникнення податкового обов'язку, або ж вказати на родову обставину, таку, наприклад, як поява у платника об'єкта оподаткування.

Спроба з'ясувати передумови та порядок виникнення відносин податкового зобов'язання повинна, на нашу думку, включати аналіз динаміки правовідносин з позицій загальної теорії права. Загальноприйнятою є думка, що для виникнення правовідносин необхідна наявність двох передумов: законодавчої норми, яка регулює відповідні відносини, та юридичного факту, який, настаючи, «активує» механізм регулювання. Слід погодитися, що в основі виникнення (втім, так само як і зміни та припинення) податкових правовідносин лежать юридичні факти — на цій основі податкове правовідношення з'являється, триває, розвивається, поки новий юридичний факт його не змінить чи не припинить². Таким юридичним фактом, який породжує правовідношення податкового зобов'язання, може бути отри-

¹ Податковий кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 13–14, 15–16, 17. – С. 556. – Ст. 112.

² Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – Т. 2 : Введение в теорию налогового права / Н. П. Кучерявенко. – Харьков : Легас, 2004. – С. 473.

мання доходу, придбання майна, перетин товаром митного кордону України тощо.

У даному випадку можна також провести певну паралель механізму виникнення податкового й цивільно-правового зобов'язання. Цивільно-правове регулювання виходить із того, що лише загальні риси зобов'язання встановлюються законодавством, а зміст конкретного зобов'язання устанавлюється сторонами на власний розсуд. Крім цього, ст. 3 Цивільного кодексу України закріплено принцип свободи договору, який деталізується у ст. 6 цього Кодексу:

«1. Сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства.

2. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами.

3. Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд»¹.

Як ми вже зазначали, податкове зобов'язання виникає внаслідок встановлення імперативних велінь держави, закріплених у законодавстві та виражених, по-перше, в односторонньому порядку, а по-друге — максимально чітко з огляду на податково-правову специфіку. При цьому відступити від положень законодавства сторони в податковому зобов'язанні не можуть. Разом із тим, ураховуючи зазначені відмінності, можна в цілому говорити про аналогію функцій закону і договору при визначенні зобов'язання за податковим та цивільним правом. Оскільки податково-правове регулювання засноване на імперативних веліннях однієї сторони, а цивільно-правове — на диспозитивному встановленні змісту та умов зобов'язання сторонами, можливо дійти висновку, що закон у податковому праві виконує функції договору, встановлюючи низку обов'язків для зобов'язаної сторони — платника та прав уповноважених органів вимагати та контролювати виконання зобов'язання.

Що стосується іншої передумови виникнення відносин податково-го зобов'язання — норми права, яка його встановлює, навряд чи тут може існувати значна наукова проблема, адже саме норма права вказує,

¹ Цивільний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

які конкретно відносини мають виникнути, за наявності якого юридичного факту та між якими суб'єктами. Таким чином, норма права служить певною основою для появи зобов'язальних податкових правовідносин, так само як і визначає їх зміст. Слід, щоправда, звернути увагу на позицію Ю. А. Ровинського, який підкреслював, що фінансові правовідносини породжуються у зв'язку з виданням закону, який встановлює лише типові ознаки цих правовідносин, а виникнення конкретного правовідношення вимагає видання на основі закону індивідуальних фінансових актів. На наш погляд, це положення є не зовсім правильним з позицій податкового права. Закон установлює правила відносно сплати податку та інших податкових обов'язків достатньо широкого кола осіб, а наявність певного юридичного факту відносно конкретної особи вказує на виникнення відносин податкового зобов'язання саме в неї. Разом з тим, якщо взяти до уваги, що не кожного разу в уже триваючих правовідносинах зобов'язана особа (платник) добровільно виконує покладені на нього обов'язки, можна говорити про видання індивідуальних актів відносно нього у розвитку зобов'язального правовідношення, але уже в режимі не виникнення, а зміни цього правовідношення.

Самсин И. Основания возникновения налогового обязательства по Налоговому кодексу Украины

В статье исследуются понятие, характерные черты и правовые основания возникновения налогового обязательства в соответствии с действующим законодательством Украины. Особое внимание уделено соотношению понятий налогового обязательства и налоговой обязанности. Налоговое обязательство рассматривается в статье как вид правоотношений, соответственно, проводится сравнительный анализ научных мнений и положений законодательства относительно возникновения других видов правоотношений.

Ключевые слова: налоговое обязательство, возникновение налогового обязательства, регулирование налогового обязательства.

Samsin I. Emergence of tax obligation under the Tax Code of Ukraine.

This article examines the concept, characteristics and legal basis of tax obligations in accordance with Ukrainian legislation. Particular attention is paid to relations between the concepts of tax liability and tax obligations. Tax liability is considered in the article as a type of jural relationship, respectively, a comparative analysis of scientific opinions and legal provisions on other types of relationships is made.

Keywords: tax obligation, the emergence of tax obligation, the regulation of tax obligation.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

УДК 349.2

Т. Занфірова, доктор юридичних наук,
доцент, професор кафедри трудового,
земельного та господарського права Ін-
ституту права імені Володимира Сташи-
са Класичного приватного університету,
м. Запоріжжя

Аксіологічні, онтологічні та гносеологічні засади норм трудового права: проблема взаємозв'язку

За досить поширеною в науковій літературі класифікацією цінностей поділяються на матеріальні (які існують у формі речей: одяг, продукти харчування, техніка, храми, картини) і духовні (моральні, релігійні, художні, політичні та ін.). Однак такий поділ не враховує того, що у продуктах людської діяльності, яким є в тому числі й правова система, матеріальне та духовне, аксіологічне, пізнавальне (гносеологічне) і буттєве (онтологічне) взаємно перетинаються й чітко розмежувати їх неможливо.

Наприклад, нелегко зарахувати безпеку робочого місця до матеріальних чи духовних цінностей. Правильніше було б, напевне, говорити про цінності, які задовольняють матеріальні й духовні потреби. Однак і це розмежування не вичерпує проблеми, адже куди віднести такі цінності, як задоволеність працею, соціальна захищеність праці? Тому, крім цінностей, які задовольняють матеріальні й духовні потреби, виокремлюють психічні та соціальні цінності, які задовольняють відповідні потреби.

Так, переживання радості, щастя, душевного комфорту, яких людина прагне і які цінує, не належать ні до духовної, ні до матеріальної сфери. Вони є душевними, а не духовними цінностями. Соціальні потреби також задовольняються певними інституціональними цінностями, такими як: соціальна захищеність, зайнятість, громадянське суспільство, держава, церква, профспілка, партія тощо. Їх також не можна однозначно кваліфікувати як матеріальні чи духовні цінності. Однак на побутовому рівні цілком достатнім є поділ цінностей на матеріальні й духовні.

При цьому матеріальними цінностями (їх іноді називають благами) вважають економічні, технічні та вітальні (стан здоров'я, екології) цінності, які задовольняють тілесне буття людини, а духовними — релігійні (святість), моральні (добро), естетичні (прекрасне), правові (справедливість), філософські (істина), політичні (благо суспільства) цінності, які роблять буття людини людським, гарантують її існування як духовної істоти.

У трудовому праві людина, як відомо, вступає в різноманітні відносини зі світом праці як більш-менш вільної чи примусової діяльності. Вона пізнає, оцінює та практично перетворює його через цю діяльність. Оцінне ставлення людини до світу трудового права вивчає *аксіологія трудового права*, або ж *теорія трудоправових цінностей*.

Проблематику методологічних, ціннісно-регулятивних, нормативно-етичних засад філософсько-правового осмислення трудових правовідносин досліджували представники різних методологій: як релігійно-етичного та політико-ідеологічного, так і філософсько-правового походження. Праці нижчезазначених дослідників, відомих філософів і юристів умовно можна поділити на п'ять груп за критерієм їхньої спрямованості.

1. Узагальнювальні праці теоретико-правової спрямованості в галузі трудового права, в яких визначено вектори еволюції права як соціальної нормативної системи на засадах методології юридичного позитивізму та нормативно-догматичної парадигми теоретизування, а також методологічних засад дослідження трудових правовідносин з погляду догматично-аксіоматичних умопобудов позитивістського стибу в руслі конкуренції між нормативно-догматичним і філософсько-правовим дискурсами в теорії права, теорії трудового права та нормотворчій практиці (М. Г. Александров, С. С. Алексєєв, Б. К. Бегічев, Е. З. Бекбаєв, Н. Б. Болотіна, К. М. Варшавський, Ю. Г. Вдовіна, О. Б. Венгеров, І. С. Войтинський, О. С. Іоффе, І. Я. Кисельов, О. Е. Лейст, О. М. Ярошенко та ін.).

2. Праці в галузі філософії права, філософії мови та соціальної філософії, автори яких торкались осмислення методологічних засад трудових правовідносин побічно, крізь призму інших загальнофілософських категорій та історико-правових концепцій, а також дискурсивної семантики засадничих категорій філософії права, встановлюючи зв'язок між такими правовими категоріями, як: «правовідносини», «правові норми», «справедливість», «позитивне», «природне» тощо (В. С. Бігун, Л. Вітгенштейн, М. І. Грекова, Л. Г. Грінберг, Г. Гроцій,

І. О. Джохідзе, Н. І. Дивеева, Н. І. Дубіна, В. Я. Єльмєєв, І. А. Ісаєв, М. Кастельс, Р. Кастель, І. І. Кальной, Д. О. Керімов, С. Ф. Кечек'ян, А. А. Козловський, М. Г. Марчук, В. В. Миронов, М. І. Михальченко, Л. М. Сіднев та ін.).

3. Праці в галузі філософії права та соціальної філософії, а також ідеологічних аксіологій, автори яких розробляють категорії трудового права в руслі контраверсійності юридичного позитивізму та природного права, впроваджуючи на місці «скасованого» позитивізму позитивізм нового зразка на оновлених ідеологічних засадах, а також проблем інтелектуальної конкуренції позитивістських концепцій, що набуває форми первісної критики тієї чи іншої концепції на природно-правових засадах (різних форм етицизму та соціологізму) з переростанням дискурсу в ту чи іншу форму нормативної догматики в міру його перетворення на державну ідеологію й стратегію нормотворення в галузі трудового права (М. Альбер, В. Г. Воронкова, М. О. Гнилицька, М. Дімін, С. М. Захарцев, С. С. Іванов, О. І. Ковлер, М. М. Коркунов, О. Є. Костюченко, В. Кривов, В. І. Ленін, В. П. Литвинов-Фалінський, О. М. Лушніков, К. Маркс, Є. Сищикова, Л. С. Таль, В. О. Таран та ін.).

4. Праці в галузі синергетичної методології, які дають змогу здійснити синтез позитивістсько-аналітичних (формально-догматичних) та етико-соціальних засад інтерпретації трудового права як синергійної системи, а трудових правовідносин — як елементів цієї синергійної системи, що дає можливість осмислювати трудове право з погляду появи нелінійних форм інституалізації трудових правовідносин, а також способів самоорганізованої взаємодії у сфері праці, яка утворюється в мультидетермінованому середовищі інформаційного суспільства (Є. М. Князева, Т. М. Михайлова, С. О. Подолинський, М. В. Піддубний, С. С. Сливка, О. М. Шкуркін, В. В. Шишкін, Г. Хакен та ін.).

5. Праці в галузі історії права й історії філософії, що дають змогу здійснювати генетичну реконструкцію відповідних методологій на відповідних етапах історичного розвитку суспільства й встановлювати відповідності або невідповідності методологічної рефлексії трудових правовідносин у зв'язку з розвитком соціогуманітарної думки на тих чи інших фазах розвитку суспільства (М. О. Абрамов, Ю. О. Агафонов, В. Ф. Асмус, Т. Брендлер, Л. С. Васильєв, С. В. Вішновецька, О. Ю. Владимирська, Т. З. Герасимів, Б. Д. Греков, О. М. Гуревич, М. М. Гуренко-Вайцман, С. М. Захарцев, І. О. Ісаєв, Н. В. Мотрошилова, С. О. Муромцев та ін.).

Аксіологія трудового права (від грец. «цінність, вчення») — це філософсько-правова дисципліна, суброзділ філософії трудового права, що вивчає сутність, типи й функції цінностей трудового права в різних правових системах сучасності, а також моделі їх ієрархізації та регулятивний вплив на різні сфери суспільного життя через правову систему.

В українській мові синонімічним терміну «цінність» є термін «вартість». Кожній сфері буття людини відповідають певні цінності та їх ієрархії. Трудове право як галузь публічного права виконує щодо цінностей щонайменше три функції:

а) визначає деонтологічний статус тієї чи іншої цінності (адже встановлювати онтологічний статус з погляду права ірреально);

б) визначає формальну ієрархізованість цих цінностей на рівні будови галузі права (передусім через співвідношення правових інститутів та норм);

в) встановлює нормативно-практичну значущість цінностей трудового права через визначення санкцій при порушенні норм права, що здійснюють охорону тих чи інших цінностей.

Трудове право позитивно санкціонує (легітимує) цінності (напр., свободу праці й безпеку умов праці) і негативно санкціонує (делегітимує) антицінності (напр., торгівлю людьми), що відповідають як аксіологічні антиподи різним цінностям та ціннісним ієрархіям. Водночас ті самі цінності, які легітимуються через трудове право, мають і онтологічний рівень, оскільки залежать від способу буття та сфери діяльності й включені в життєвий процес.

Вітально-органічними та психічними цінностями є здоровий стан організму й психіки (біологічні, вітальні цінності, відчуття безпеки, комфорту, гідності тощо), а їх антиподом (антицінностями) — хвороби та дисфункційні психічні стани (переживання смутку, нещастя, горя внаслідок порушень норм трудового права, що впливають із різноманітних деліктів, проступків, злочинів).

Соціальними цінностями є зайнятість населення, соціальна солідарність, трудова безпека. Їм протистоять такі антицінності, як: безробіття, соціальні катаклізми, антагонізми, війни, які негативно санкціонуються трудовим правом.

До духовних цінностей належать найвищі ідеали людства (добро, прекрасне, істина, свобода, справедливість) і предмети культури, в яких вони об'єктивувались (художні твори, релігійні, моральні та юридичні системи, наукові теорії). Їх антиподами-антицінностями є зло, неістина (брехня), потворне, несправедливість і явища, в яких вони втілились.

Усі ці феномени робить цінностями певне їх відношення до людини, оскільки вони спрямовані на її благо, на її утвердження в житті. Саме в цьому полягає основна особливість цінності.

Правові системи сучасності з погляду їх ціннісної будови різняться не тим, які ціннісні універсалії входять до їх складу, а тим, яким чином вони ієрархізовані.

Аксіологія трудового права ґрунтується на тому, що цінності можуть ієрархізуватись у праві, виходячи з будови аксіосфери певного суспільства. Аксіосфера суспільства побудована як відповідна субпідрядність регулятивних систем: від вищого ступеня генералізованості до нижчого.

Цінність у трудовому праві — феномен, значення якого може розкриватись у суб'єктивному та об'єктивному аспектах. *В об'єктивному аспекті* трудоправа цінність є благом для людини, спрямованим на утвердження її в бутті, реалізацію її творчих можливостей. Однак таке визначення розкриває лише один аспект цінностей — об'єктивістський. Воно не бере до уваги суб'єкта, його свідомість. За цим визначенням, напр., безпека робочого місця, захист здоров'я є цінностями, незалежно від того, усвідомлює це людина чи ні.

У суб'єктивному аспекті трудоправа цінність залежить від свідомості суб'єкта, оскільки нею вважають лише те, що суб'єкт цінує, чому надає значення у сфері трудової діяльності. Справді, можна вважати, що право на працю, вільний вибір праці, свободу від свавілля роботодавця є цінностями, оскільки люди (суб'єкти) надають їм такого значення, вільно їх вибирають з-поміж інших з огляду на конкретні їх переваги. Тому із суб'єктивної позиції цінністю є все, що люди обирають, чому свідомо віддають перевагу.

Аксіологія трудового права виходить із того, що об'єктивна ієрархізованість ціннісної сфери (аксіосфери) у трудовому праві може загалом не збігатися (і частіше не збігається) із суб'єктивною ієрархізованістю цінностей. Більше того, такий збіг суб'єктивної та об'єктивної ієрархізованості є радше гіпотетичним і «лабораторним» станом для будь-якого суспільства.

Залежно від розуміння природи, сутності цінностей в аксіології, онтології та гносеології трудового права вибудовувалися *об'єктивістські* (субстанціалістські) і *суб'єктивістські* (релятивістські) концепції цінностей та їх ієрархій.

Об'єктивістські (субстанціалістські) концепції зацентровані на тому, що трудові цінності існують об'єктивно, незалежно від свідомості й волі суб'єкта, а він може лише правильно чи неправильно оцінювати, використовувати їх (*суб'єкт у цих концепціях не є продуцентом трудових цінностей, а скоріше їх споживачем, реципієнтом і репродуцентом*).

Суб'єктивістські (релятивістські) концепції зацентровані на тому, що трудові цінності конституюють (створять) суб'єкти, а отже, не існує ніяких ціннісних об'єктивацій, зовнішніх щодо ціннісного конструювання суб'єктів, які є еталонними продуцентами у сфері трудового права.

Визнання та сприйняття трудових цінностей з об'єктивістських позицій пов'язане зі з'ясуванням суб'єкта-першопродуцента або ж макро-системи, через яку набувають значення певні феномени. Прихильники цієї позиції вважають, що джерелом цінностей є Бог, природа, культура (історія). Так, представники таких філософських напрямів, як об'єктивний ідеалізм, неомізм, феноменологія, доводили, що саме певна шкала цінностей задана людині як факт, а їй потрібно лише адекватно пізнати її і не відхилятися від неї, тобто відображати й відтворювати.

Об'єктивістський об'єктивізм (субстанціалізм) в аксіології трудового права має два базових піднапрями залежно від розуміння сутності першооснови: *матеріалістичний об'єктивізм (субстанціалізм)* та *ідеалістичний об'єктивізм (субстанціалізм)*.

Матеріалістичний об'єктивізм (субстанціалізм) передбачає виведення цінностей трудового права та їх ціннісних ієрархій з певних об'єктивовано-матеріалізованих систем, онтологічний статус яких пов'язаний з їх репрезентованістю на рівні сприйняття та мислення як певних констант.

Ідеалістичний об'єктивізм (субстанціалізм) передбачає виведення цінностей трудового права та ціннісних ієрархій з певної нерепрезентативної на рівні сприйняття реальності, онтологічний статус якої визначає непідвладність її лінійним закономірностям і детермінації.

Представники матеріалізму виводили цінності з природи, оскільки, на їх думку, природа речей і природа людини зумовлюють те, що деякі речі мають цінність для людини. На основі аксіології об'єктивізму у філософії трудового права Нового часу була сформульована концепція природних трудових прав людини, яка задекларувала основні цінності буржуазного суспільства (право на життя, свободу, результа-

ти власної праці), хоча ідеалісти виводили ці права від Бога, а матеріалісти — з природи. Ця концепція є яскравим виявом об'єктивізму в аксіології трудового права. Вона проголошує природні права вічними, незмінними, незалежними від свідомості людини, волі законодавців.

Дещо м'якший варіант об'єктивізму репрезентують представники культурно-історичного напрямку, які вважають, що цінності є продуктом культури та історії. На їхню думку, цінності (точніше те, що пізніше стали розглядати як цінності) формуються в певних культурно-історичних умовах. Вони не є вічними й незмінними, однак стосовно свідомості окремого індивіда набувають об'єктивного характеру.

Наприклад, вартість товару, хоч він і є продуктом свідомої діяльності людини, не залежить від її свідомості, а визначається дією економічних законів. Вона не є незмінною, і в різний час має різну величину. В історії філософії ця позиція відома як історизм — концепція, згідно з якою явища культури існують у своєму об'єктивному розвитку, незалежно від волі та свідомості людини. Таких поглядів дотримувалися Г. В. Ф. Гегель, К. Маркс, В. Дільтей, К. Мангейм та ін.

Методологічні засади обох концепцій (природних прав та історизму) мають сильні й слабкі сторони. Так, ґрунтуючись на концепції природних прав, вдалося подолати суперечність, перед якою опинилася німецька юстиція після Другої світової війни. Безперечно, несправедливість і нелюдяність фашистських законів була для неї очевидною.

Однак, згідно із золотим правилом юстиції, закон не має зворотної сили, що закривало б шлях до поновлення справедливості, реабілітації жертв фашизму й відшкодування заподіяних їм збитків. Для подолання цієї суперечності німецький філософ права Г. Радбрух використав концепцію природного права людини, доводячи, що фашистські закони на час їх прийняття не були правовими, бо не відповідали правам людини. Тому всі присуди, що ґрунтувались на них, підлягають перегляду.

Концепцію прав людини, яка ґрунтується на природному праві, визнала ООН, а визнання її світовим співтовариством підірвало засади тоталітаризму в колишньому СРСР, відіграло не останню роль у його розпаді.

Однак абсолютизація природних прав є теоретично безпідставною й практично небезпечною. Адже ця концепція, зародившись у Західній Європі, відповідає духу та стилю життя цієї культурної ойкумени. З нею не цілком узгоджуються інші культури, з яких складається сучасний світ (мусульманська, індійська, китайська). Нав'язувати силою її цінності (СРСР — Афганістану, США — Іраку) — значить свідомо провокувати

конфлікт. У сучасних умовах концепція природного права може бути аксіологічною складовою *ідеології глобалізму*, який є далеко неоднозначним явищем. Саме тому він поширюється через протистояння зі своїм антиподом-конкурентом — *етніцизмом (етноцентризмом)*, в якому цінності американської цивілізації проголошуються як далеко неуніверсальні.

Визнання та сприйняття цінностей із суб'єктивістських позицій пов'язане з визначенням психічної функції, від якої є похідними відповідні цінності. Цими психічними функціями є знаменита «золота тріада» Августина: розум, воля й почуття (афект). У зв'язку із цим в аксіологічному суб'єктивізмі можна розрізняти аксіологічний раціоналізм, аксіологічний волюнтаризм та аксіологічний афектуалізм.

Позиції суб'єктивізму дотримується, насамперед, психологізм — течія, представники якої визначають трудові цінності через психічні стани суб'єкта. Як відомо, ще софісти проголосили людину, взятую на рівні психічних інтересів, мірилом усіх речей (цінностей) — корисного, справедливого тощо. Найвпливовішою серед сучасних психологістів є концепція засновника прагматизму, американського філософа Чарльза-Саундерса Пірса, який розглядав цінність як те, що задовольняє потребу людини. Однак такий погляд поділяють далеко не всі філософи.

Контраргументи щодо позиції психологізму в аксіології випливають із того простого постулату, що імперативний (загальнозобов'язувальний) характер моральних і правових норм не можна вивести з фактів. Люди є різними, тому один і той самий факт може в когось викликати почуття жалю, у когось — зловтіхи, а когось залишити байдужими. Отже, на основі переживань (почуттів) не можна вивести одну для всіх людей моральну норму. *З іншого боку, якщо психологізм спирається на раціоналізм та волюнтаризм, то їх поєднання дає можливість створювати й упроваджувати норми права та моралі.*

На відміну від представників афектуалізму, І. Кант та неокантіанці, які становлять синтез раціоналізму і волюнтаризму в аксіології, суб'єктом вважають трансцендентальну свідомість — свідомість, взяту під кутом зору найзагальніших закономірностей її функціонування (не конкретну свідомість, а свідомість узагалі). Концепція цінностей неокантіанців — німецьких філософів В. Віндельбанда і Г. Ріккєрта — ґрунтується на кантівському розмежуванні наявного буття («сущого») і належного (того, що повинно бути). Лейтмотивом неокантіанської концепції є твердження, що із сущого (наявного буття) не можна вивести належного, тобто з того, що є, не можна вивести те, що повинно бути (з онтологічного — деонтологічне).

Цінності, за переконаннями неокантіанців, мають ідеальне буття, вони утворюють своєрідну сферу цінностей, яка не залежить ні від реального буття, ні від реального суб'єкта, а існує тільки для трансцендентального суб'єкта. Наприклад, людина визнає існування ідеалів, моральних і правових норм, але не вважає їх залежними від конкретної людини чи фактичних обставин. Отже, правове й моральне існують як контрфактичне та трансцендентальне.

Близькою до неокантіанської є феноменологічна концепція цінностей, яка хоч і є прихильною до психологізму, проте відстоює незмінний характер цінностей з опорою на математичний раціоналізм. Один з її представників — німецький філософ Е. Гуссерль і його послідовники — доводили, що цінності конституюються (створяться) трансцендентальним суб'єктом, але вони утворюють самостійну сферу цінностей, яка набуває об'єктивного характеру. Як і математичні предмети, цінності мають вічний і незмінний характер (у цьому їх позиція близька до об'єктивного ідеалізму).

Те, що одну й ту саму цінність у різні часи тлумачать по-різному, на думку феноменологів, не заперечує її незмінного й вічного характеру. Це є лише суб'єктивними розуміннями, яких може бути багато, об'єктивної цінності. У такий спосіб феноменологія намагається примирити психологізм (позиція щодо мінливості цінностей) й аксіологічний субстанціалізм (твердження про їх вічний і незмінний характер).

Як стає очевидним, у філософії загалом і у філософії права та філософії трудового права, зокрема, немає єдиного розуміння цінностей і способу їх буття. Це зумовлено як розмаїттям філософських концепцій, так і складністю самого предмета дослідження.

Людина, яка прямо чи опосередковано визначає цінності, є складною й суперечливою біосоціономорфною істотою: вона поєднує та інтегрує в собі тріаду начал: біологічне, соціальне, духовне. Саме тому цінності мають потрійне походження: безсвідомо-досвідоме, надсвідоме і свідомісне. Цінності можуть бути і тваринно-детермінованими, коли людина скеровується почуттями, і соціально-детермінованими, коли керується соціальними цензурними регулятивами та духовністю, і свідомісно-детермінованими, коли в конструюванні цінностей бере участь розум. У цьому виявляється єдність аксіологічного, гносеологічного й онтологічного в цінностях трудового права.

Вона і свідомо вибирає цінності, і поставлена самою природою в ціннісне відношення до певних речей. Вона є і матеріальною істотою,

для якої, наприклад, повітря, вода є базовими цінностями, які забезпечують її існування, водночас вона є і соціальною, і духовною істотою, яка через утвердження вищих (трансцендентних) цінностей підноситься над тваринним буттям.

Залежно від розуміння природи, сутності цінностей у юридичній аксіології вибудовувалися об'єктивістські (субстанціалістські) і суб'єктивістські (релятивістські) методології цінностей та їх ієрархій. При цьому субстанціалізм у визначенні наповненості та ієрархізованості правових норм тяжіє до раціоналізму й волюнтаризму, тоді як релятивізм — до афектуалізму. На підставі цього можна зробити висновок про те, що міра експліцитності того чи іншого джерела права в правовій системі визначена тим сегментом аксіосфери (релігією, політикою, ідеологією), який задає спосіб прописування правових норм і переважання в правовій системі одного з двох формоелементів: *нормативного* (власне правової норми, поданої, як правило, у формалізованому і структурованому вигляді в законі та інших генералізованих джерелах права) і *доксального* (поданого як корпус думок відповідних вторинних щодо законодавця суб'єктів правозастосування щодо того, що саме слід вважати правом). Переважання нормативного формоелементу дає на виході конституціоналізм, публічність, демократичність, експліцитність правових норм, тобто *правовий раціоналізм*; переважання доксального формоелементу дає суперечливість, взаємонакладання норм, дискусії з приводу змісту правових норм, непрозорість нормотворення та переважання суб'єктивного чинника в правозастосуванні, розвиненої дискреційності, що дає на виході *правовий децизіонізм*.

Занфирова Т. Аксеологические, онтологические и гносеологические основы норм трудового права: проблема взаимосвязи

Статья посвящена исследованию соотношения аксиологических, онтологических и гносеологических составляющих норм трудового права в разных парадигмах философии трудового права.

Ключевые слова: аксиология трудового права, ценность трудового права, иерархия ценностей, субстанциализм, релятивизм.

Zanfirova T. Axiologicsi, ontological principles and norms epistemological employment law: the problematic links

The article is devoted to the relations between axiologic, ontologic and gnoseologic parts of labor-law-norm on different paradigms labor-law-philosophie

Keywords: axiologie of labor-law, labor-law value, value-hierarchy, substantialism, relativism.

УДК 349.3

Л. Шумна, кандидат юридичних наук,
доцент, завідувач кафедри трудового
права та права соціального забезпечення
Чернігівського державного технологіч-
ного університету

До проблеми принципів інституту соціального обслуговування

Забезпечення гідного рівня соціальної складової життя людини та суспільства в цілому — одне з найважливіших завдань соціальної держави, показник сталого економічного розвитку суспільства та гарантія благополуччя населення. Як слушно зазначається в літературі, «стратегічною метою соціальної держави є забезпечення права кожної людини на такий життєвий рівень і соціальне обслуговування, що є необхідним для підтримки здоров'я та добробуту її самої та її сім'ї, а також права на забезпечення у випадку безробіття, хвороби, інвалідності, настання старості та в інших випадках втрати засобів до існування за незалежними від неї обставинами»¹.

Право на соціальне забезпечення — це визнана Конституцією України, міжнародним співтовариством і гарантована державою Україна можливість людини одержати соціальне забезпечення, соціальну допомогу та підтримку, щоб задовольнити фізіологічні, соціальні й духовні потреби в обсязі, необхідному для гідного життя, у тих випадках, коли у зв'язку з впливом соціального ризику громадянин з незалежних від нього причин не має джерел та засобів для існування².

Соціально-економічна сфера України характеризується слабким розвитком, нестабільністю економічних зв'язків і перманентними труднощами. Ці труднощі пов'язані з потребою у проведенні соціальних реформ з об'єктивно слабким рівнем розвитку економіки, що завжди негативно позначається на незахищених групах населення, які до того ж становлять його більшість. Незважаючи на відсутність належного економічного механізму, в Україні впроваджується пенсійна

¹ Див.: Барков А. В. Социальное обслуживание в условиях рыночной экономики: современные тенденции и перспективы развития / А. В. Барков // Трудовое право. – 2006. – № 9. – С. 13–17.

² Див.: Андріїв В. В. Правовідносини із загальнообов'язкового державного соціального страхування: теоретичний аспект : монографія / В. В. Андріїв, О. В. Москаленко, С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – Х. : ФІНН, 2011. – С. 18.

реформа. Цією реформою передбачено встановлення більш жорстких умов пенсійного забезпечення як безальтернативного механізму для забезпечення її збалансування, за рахунок людського фактору, за фактичного ігнорування широкого арсеналу соціально нейтральних і економічно необхідних заходів, що навряд чи виправдає переслідувану мету — наповнити базу пенсійних надходжень і покрити дефіцит коштів Пенсійного фонду України, більше того — призведе до нагнітання невдоволення в суспільстві, знизить рівень життя і благополуччя населення.

Для недопущення цього необхідно розвивати систему соціального забезпечення і соціального обслуговування зокрема. У досліджуваній сфері існують проблеми правового, організаційного, фінансового, етичного характеру. Їх багато, у цій статті зупинимося на засадах (принципах) правового регламентування інституту соціального обслуговування.

До цього часу науковій юридичній літературі з права соціального забезпечення бракує спеціальних досліджень, присвячених питанню принципів соціального обслуговування. Принципи права соціального забезпечення досліджувалися у працях Т. З. Гарасиміва¹, О. Є. Мачульської², Н. Б. Болотіної³, С. М. Прилипко⁴ та ін. Проблемами соціального обслуговування і частково засадами його правового упорядкування займалися Б. І. Сташків⁵, М. О. Буянова⁶, Н. О. Рунова⁷ та ін.

У принципах соціального обслуговування виражається спрямованість держави на надання допомоги своїм громадянам, прагнення до гуманності та співчуття. Право на соціальне обслуговування — скла-

¹ Гарасимів Т. З. Принципи права соціального забезпечення / Т. З. Гарасимів. – Дрогобич : Відродження, 2002. – 128 с.

² Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения : учеб. пособие / Е. Е. Мачульская, Ж. А. Горбачева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Кн. мир, 2001. – 292 с.

³ Болотіна Н. Б. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні : монографія / Н. Б. Болотіна. – К. : Знання, 2005. – 324 с.

⁴ Прилипко С. М. Основні принципи соціального забезпечення в умовах соціальної держави та ринкової економіки / С. М. Прилипко // Проблеми законності. – Вип. 60. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 2003. – С. 107–115.

⁵ Сташків Б. І. Право соціального обслуговування : навч. посіб. / Б. І. Сташків. – К. : Знання, 2007. – 567 с.

⁶ Буянова М. О. Право социального обеспечения России : учебник / М. О. Буянова, К. Н. Гусов и др. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2004. – 488 с.

⁷ Рунова Н. О. Правове регулювання соціального обслуговування в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Н. О. Рунова. – Луганськ, 2011. – 19 с.

дова частина правового статусу кожного громадянина, тому важливо і необхідно досліджувати цей інститут права, його поняття й принципи.

Мета даної статті — розглянути та дослідити принципи, які регулюють інститут соціального обслуговування, визначити зміст і значення принципу адресності надання соціальних послуг.

Для всебічного розгляду обраної теми, вважаємо, варто звернутися до загальноправових принципів, закріплених у Конституції України¹, які рівною мірою стосуються права соціального забезпечення і соціального обслуговування. Ними є: невідчужуваність основних прав і свобод людини, належність їх кожному від народження; рівність усіх перед законом і судом; рівність прав чоловіка і жінки; гарантування кожному права на судовий захист його прав і свобод тощо. Названі загальноправові принципи відбиваються в міжгалузевих та галузевих принципах правового регулювання і вужче — у принципах окремих інститутів права.

Для дослідження безпосередньо принципів соціального обслуговування спочатку необхідно дати відповіді на два питання: що таке принципи права і що таке соціальне обслуговування?

Принципи права за своєю сутністю є узагальненим відображенням об'єктивних закономірностей розвитку суспільства і виникають при наявності відповідних об'єктивних умов. На відміну від конкретних приписів законів принципи права діють подвійно: опосередковано (через конкретні приписи, знаходячись у них, так би мовити «незримо») і безпосередньо, тобто як чітко закріплені в нормі права. Принципи права є більш стабільними та незмінними категоріями, ніж норми права².

У юридичній науці принципи права розглядаються як головні ідеї, вихідні положення або керівні засади процесу формування останнього й відбиваються в його нормах. Вони виражають основні тенденції розвитку права, те, на що воно має бути орієнтоване. За загальноприйнятою класифікацією юридичних принципів серед них вирізняють загальні (загальноправові, основні), міжгалузеві, галузеві й принципи інститутів права (внутрішньогалузеві).

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. // Офіц. вісн. України. – 2010. – № 72/1. – Ст. 2598.

² Іванова Ю. С. Принципи загальнообов'язкового державного соціального страхування / Ю. С. Іванова // Проблеми розбудови державності та народовладдя в Україні (до 20-річчя Народного руху України за перебудову) : XXII Харківські політологічні читання : матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. – Х., 2009. – С. 71–73.

Класифікація принципів за сферою дії має місце і у праві соціального забезпечення. З урахуванням обсягу статті її об'єктом дослідження виступають не всі рівні принципів права соціального забезпечення, а лише принципи одного з його правових інститутів — соціального обслуговування.

До речі, у науковій літературі з права соціального забезпечення немає єдності і у питанні правової природи соціального обслуговування. Більшість вчених вважають його інститутом права соціального забезпечення¹. Водночас Б. І. Сташків доводить, що право соціального обслуговування має всі ознаки підгалузі права соціального забезпечення: особливий предмет правового регулювання, свої джерела (форми) права, специфічні принципи права, сукупність споріднених правових інститутів, наявність загальної і особливої частини². З нашої точки зору, не важливо те, як називати правове утворення соціального обслуговування у системі права соціального забезпечення, більш істотним є те, чи виконує воно свої завдання та функції.

Соціальне обслуговування прийнято розглядати у широкому і вузькому значеннях. У вузькому значенні М. О. Буянова під цим поняттям розуміє «один із видів соціального забезпечення, спрямований на надання спеціальними органами держави громадянам різноманітних матеріальних послуг безоплатно або на умовах часткової оплати з метою запобігання настанню або зниження негативних наслідків соціальних ризиків, що настали, з метою посилення їх соціального захисту»³. У широкому значенні соціальне обслуговування охоплює собою всі інші, крім грошових виплат, види соціального обслуговування, зокрема, охорону дитинства, материнства, інвалідів; медицину, освіту.

Вважаємо слушним є визначення соціального обслуговування, запропоноване Б. І. Сташковым: це діяльність соціальних служб із надання безплатно чи на пільгових умовах соціальних послуг особам, які перебувають у складних життєвих обставинах та потребують сто-

¹ Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения : учеб. пособие / Е. Е. Мачульская, Ж. А. Горбачева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Кн. мир, 2001. – С. 21–22.

² Сташків Б. І. Соціальне обслуговування у системі соціального забезпечення: правові питання / Б. І. Сташків // Право України. – 2005. – № 1. – С. 76–79.

³ Буянова М. О. Право социального обеспечения России : учебник / М. О. Буянова, К. Н. Гусов и др. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, Проспект, 2004. – С. 384–385.

ронньої допомоги з метою подолання або пом'якшення обставин, які порушують життєдіяльність особи¹.

Закон України «Про соціальні послуги» від 19 червня 2003 р., що є основним нормативно-правовим актом у досліджуваній сфері, визначає соціальне обслуговування як систему соціальних заходів, яка передбачає сприяння, підтримку і послуги, що надають соціальні служби окремим особам чи групам населення для подолання або пом'якшення життєвих труднощів, підтримки їх соціального статусу та повноцінної життєдіяльності².

У названому Законі встановлено основні засади надання соціальних послуг (ст. 2) та принципи надання соціальних послуг (ст. 3). За цим Законом основними засадами надання соціальних послуг є такі: 1) сприяння особам, що перебувають у складних життєвих обставинах, які вони не в змозі подолати за допомогою наявних засобів і можливостей; 2) попередження виникнення складних життєвих обставин; 3) створення умов для самостійного розв'язання життєвих проблем, що виникають.

Постає питання: як співвідносяться між собою засади і принципи надання соціальних послуг? У теорії права та у галузевих правових науках зазвичай зазначені поняття розглядаються як синоніми. Причому, у підручнику з теорії держави і права під загальною редакцією професора М. В. Цвіка читаємо: «Провідна роль *принципів* (виділено мною. — Л. Ш.) забезпечується прямим чи непрямым їх закріпленням у нормах права. Ті *засади* (виділено мною. — Л. Ш.), що не закріплені у правових приписах, можуть вважатися лише ідеями права...»³.

У трудовому праві маємо схожу ситуацію. Професор О. В. Смирнов вважає, що під принципами трудового права слід розуміти закріплені у чинному законодавстві основоположні керівні засади (ідеї)⁴. На думку правознавців Н. Б. Болотіної і Г. І. Чанишевої, під принципами трудового права слід розуміти основні керівні ідеї (засади); вони закріплені в нормах або виводяться з них і є такими, що характеризують зміст трудового права й напрями його подальшого розвитку⁵.

¹ Сташків Б. І. Право соціального обслуговування : навч. посіб. / Б. І. Сташків. – К. : Знання, 2007. – С. 19.

² Про соціальні послуги : Закон України від 19.06.2003 р. № 966-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 358.

³ Загальна теорія держави і права : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришин. – Х. : Право, 2002. – 432 с.

⁴ Смирнов О. В. Трудовое право : учебник / О. В. Смирнов. – М. : Статус ЛТД +, 1996. – С. 23–24.

⁵ Болотіна Н. Б. Трудове право України : підручник / Н. Б. Болотіна, Г. І. Чанишева. – К. : Знання, 2001. – С. 85.

Як вбачається, розмежування законодавцем засад і принципів надання соціальних послуг, позбавлене сенсу. Приміром, така засада надання соціальних послуг як сприяння особам, що перебувають у складних життєвих обставинах, які вони не в змозі подолати за допомогою наявних засобів і можливостей, зазначена у п. 1 ст. 2 Закону України «Про соціальні послуги», по суті є ні чим іншим, як принципом не лише соціального обслуговування як інституту права, а галузевим принципом права соціального забезпечення. З огляду на зазначене пропонуємо об'єднати статті 2 і 3 розглядуваного Закону під загальною назвою «Принципи надання соціальних послуг».

На підтвердження цього наведемо визначення принципів права соціального обслуговування, запропоноване у своєму дослідженні Н. О. Руновою: «Це вихідні засади, ідеї, які визначають сутність системи права соціального обслуговування і спрямовані на формування достатнього рівня правового захисту осіб, які потрапили у складні життєві обставини»¹.

З погляду названої авторки, сутність права соціального обслуговування й основні закономірності його розвитку в сучасних умовах найбільш точно виражають такі принципи: а) надання соціальних послуг безоплатно або за часткову оплату; б) індивідуальний підхід стосовно їх надання; в) позитивність соціального обслуговування; г) поєднання в останньому державних і громадських засад.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про соціальні послуги» надання соціальних послуг ґрунтується на принципах: адресності та індивідуального підходу; доступності та відкритості; добровільності вибору отримання чи відмови від надання соціальних послуг; гуманності; комплексності; максимальної ефективності використання бюджетних та позабюджетних коштів суб'єктами, що надають соціальні послуги; законності; соціальної справедливості; забезпечення конфіденційності суб'єктами, які надають послуги, дотримання ними стандартів якості, відповідальності за дотримання етичних і правових норм.

Перераховані у Законі принципи є основоположними при здійсненні діяльності із соціального обслуговування населення. На жаль, зазначені принципи лише декларуються, а їх зміст законодавцем не розкривається. До того ж практична діяльність із соціального обслу-

¹ Рунова Н. О. Правове регулювання соціального обслуговування в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Н. О. Рунова. – Луганськ, 2011. – 19 с.

говування населення може засновуватися і на інших принципах залежно від виду установи і підприємства, змісту послуг, а також інтерпретації уже існуючих принципів.

Розглянемо принцип адресності та індивідуального підходу детальніше. Адресність — це надання соціального обслуговування персоніфіковано конкретній особі. Будучи принципом інституту, він одночасно є проявом галузевого принципу диференціації умов і норм соціального забезпечення.

Повністю погоджуємося з О. Чутчевою у тому, що «...об'єктивно прийшов час більш детальної і конкретнішої індивідуалізації одержувачів соціальних надань на підставі більш розгорненого каталогу «індикаторів адресності», які ще належить розробити національному законодавцеві, використовуючи міжнародні соціальні стандарти й організаційно-правові форми соціального забезпечення, що існують в Україні»¹.

Як відомо, адресність у найзагальнішому вигляді означає спрямованість на кого-небудь або на що-небудь — конкретних людей або певні соціальні одиниці. При цьому може бути прийнятий різний ступінь адресності (індивідуалізації) достатній для правового опосередкування різних видів соціально забезпечувальних відносин у межах різних організаційно-правових форм соціального забезпечення, що визначається деякими загальними характеристиками.

У соціальному обслуговуванні адресність виявляється в наданні соціальних послуг визначеним категоріям осіб, а саме:

- 1) громадянам, які перебувають у складних життєвих обставинах;
- 2) інвалідам і особам з обмеженими можливостями, які потребують стороннього догляду;
- 3) громадянам, які частково втратили здатність до самообслуговування у зв'язку з похилим віком;
- 4) дітям-сиротам, дітям, які залишилися без батьківської опіки, бездоглядним неповнолітнім;
- 5) громадянам, які постраждали від фізичного або психічного насильства, стихійних лих, терористичних актів;
- 6) іншим особам, які потребують професійної соціальної, медичної і психологічної допомоги.

¹ Чутчева О. Адресність як галузевий принцип права соціального забезпечення / О. Чутчева // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 1096–1101.

Досліджуваний принцип вимагає обліку осіб, яким надаються соціальні послуги. Такий облік і відповідно створення банку даних осіб ведуться місцевими органами соціального захисту населення (територіальним центром соціального обслуговування) за місцем проживання інвалідів, людей похилого віку, багатодітних і неповних сімей. Інформація про осіб, які потребують допомоги, надходить також з органів освіти (діти-сироти, багатодітні сім'ї), органів внутрішніх справ (безпритульні особи), міграційної служби (біженці).

Зауважимо, що для ефективного впровадження адресності у соціальному обслуговуванні необхідно забезпечити такі моменти: 1) точне визначення одержувача послуг — адресата; 2) диференціацію обсягу послуг, що надаються, з урахуванням ступеня нужденності індивіда; 3) розробку і розвиток спеціальних заходів по запобіганню соціального утримання. До того ж системою заходів, спрямованих на реалізацію адресності соціального обслуговування, охоплюється оцінка доходів і матеріального становища особи, виявлення причин складних життєвих обставин особи та підбір пакета «індивідуальних послуг», оцінка ефективності наданої допомоги на підставі зворотного зв'язку.

Адресність передбачає перевірку дійсних потреб і коштів для існування у кожному конкретному випадку, що, як свідчить практика, є достатньо складним технічно. О. Чутчева пропонує розробити і закріпити в окремому підзаконному нормативно-правовому акті на підставі «індикаторів адресності» універсальну систему моніторингу дійсних потреб і коштів для існування окремих індивідів для всіх, передбачених законом соціально-поважних випадків. Погоджуємося з авторкою у цьому, проте незрозумілим залишається поняття «індикатори адресності», що неодноразово вживається вченою у цитованій праці.

Методи забезпечення адресності — механізми адресності — передбачають наявність у соціальному обслуговуванні конкретних процедур для визначення права на участь у соціальному обслуговуванні, тобто виокремлення тих осіб, яким надаватимуться соціальні послуги. З цього положення випливає висновок про те, що отримання соціальних послуг особою залежить від методології забезпечення адресності. Отже, поінформованість населення про наявність програм соціального обслуговування, доступність місцевих органів соціального захисту та належний контроль у цій сфері — важливі фактори механізму дії принципу адресності.

Тим не менше вирішальну роль у наданні соціальних послуг відіграє саме методологія забезпечення адресності, розробка і впровадження основних елементів якої є завданням держави. Політика останньої у галузі надання соціального обслуговування громадян має відповідати вимогам плановірності, послідовності й спадковості здійснюваних заходів з метою подальшого удосконалення й упорядкування діяльності у цій сфері.

Підсумовуючи викладене, наголосимо, що втілення соціальної функції держави зумовлює її діяльність щодо соціального забезпечення населення. При цьому багаторівневість системи соціального забезпечення виражається в існуванні його в різноманітних організаційно-правових формах, однією з яких є соціальне обслуговування. Ефективність інституту соціального обслуговування залежить від ступеня правової регламентації його предмета, від змістовного наповнення принципів, за якими здійснюється упорядкування відносин із надання соціальних послуг. Завдання науки права соціального забезпечення саме і полягає в наповненні конкретним змістом положень законодавства у сфері соціального обслуговування з метою гарантування соціальних прав громадян.

Шумна Л. К проблеме принципов института социального обслуживания

Рассмотрены принципы института социального обслуживания. Раскрыто содержание и значение принципа адресности в сфере социального обслуживания. Предложено объединить основы и принципы предоставления социальных услуг.

Ключевые слова: социальное обслуживание, принципы социального обслуживания, адресность.

Shymna L. Principles of social servicing institute are considered

Principles of social servicing institute are considered. The maintenance and values of addressing principle are exposed in the field of social servicing. It is suggested to combine bases and principles of granting of the social services.

Keywords: social servicing, principles of social servicing, addressing.

УДК 347.962

В. Городовенко, кандидат юридичних наук, голова Апеляційного суду Запорізької області

Незалежність суддів і самостійність судів у контексті нового етапу судово-правової реформи

У Конституції України визначено, що державна влада в Україні здійснюється на засадах поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6); органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19)¹. Основний Закон України встановив засади організації і діяльності судової влади та взаємодії між нею, законодавчою і виконавчою владою на підставі конституційно закріпленої системи стримувань і противаг. Сучасне конституційно-правове регулювання судової влади виходить із принципу самостійності судів і незалежності суддів.

У російській науковій юридичній літературі принцип самостійності судової влади набув досить широкого обґрунтування², вітчизняні ж науковці приділяють більшу увагу незалежності суддів³. Актуальність дослідження вказаних засад не викликає сумнівів, виходячи із положень Основного Закону України і Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р.⁴, які встановлюють підвалини для становлення принципів незалежності суддів і самостійності судів. На

¹ Конституція України: від 28.06.1996 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. – М. : Юрист, 2006. – 493 с.; Анишина В. И. Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации: формирование, содержание и перспективы развития / В. И. Анишина. – М. : РАП, 2006. – 272 с.

³ Толочко О. Деякі шляхи удосконалення гарантій незалежності суддів / О. Толочко // Юрид. журнал. – 2005. – № 10. – С. 100–103; Пилипчук П. П. Ще раз про незалежність суддів / П. П. Пилипчук // Вісн. Верхов. Суду України. – 2005. – № 9 (61). – С. 2–5.

⁴ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Офіц. вісн. України. – 2010.

жаль, судова влада в Україні перебуває в умовах, коли вона постійно вимушена доводити свою самодостатність, своє право на існування. Отже, метою нашого дослідження є вивчення змісту принципів самостійності судів і незалежності суддів на основі аналізу нового законодавства про судоустрій, оцінювання нормативних новел з точки зору правозастосовної практики.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. встановлює дві взаємопов'язані засади: самостійність судів (ст. 6) і незалежність суддів (ст. 47). Зокрема, вказано, що суди здійснюють правосуддя самостійно. Здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України, забезпечуючи при цьому верховенство права. Звернення до суду громадян, організацій чи посадових осіб, які відповідно до закону не є учасниками судового процесу, з приводу розгляду конкретних справ судом не розглядаються, якщо інше не передбачено законом. Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою завдання шкоди авторитету суддів чи впливу на безсторонність суду забороняється і тягне за собою відповідальність, установлену законом. Для вирішення питань внутрішньої діяльності судів відповідно до цього Закону діє суддівське самоврядування.

Окрему увагу в аспекті нормативного регулювання самостійності судів і незалежності суддів слід приділяти правовій позиції Конституційного Суду України з цього питання. На думку Суду, «незалежність суддів є невід'ємною складовою їхнього статусу. Вона є конституційним принципом організації та функціонування судів, а також професійної діяльності суддів, які при здійсненні правосуддя підкоряються лише закону»¹. Пунктом 4 ст. 47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. гарантії незалежності суддів закріплені текстуально. Незалежність судді забезпечується: 1) особливим порядком його призначення, обрання, притягнення до відповідальності та звільнення; 2) недоторканністю та імунітетом судді; 3) незмінюваністю судді; 4) порядком здійснення судочинства, визначеним процесуальним зако-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 01.12.2004 р. № 19-рп/2004 // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 49. – Ст. 3220. – С. 62.

ном, таємницею ухвалення судового рішення; 5) заборороною втручання у здійснення правосуддя; 6) відповідальністю за неповагу до суду чи судді; 7) окремим порядком фінансування та організаційного забезпечення діяльності судів, установленим законом; 8) належним матеріальним та соціальним забезпеченням судді; 9) функціонуванням органів суддівського самоврядування; 10) визначеними законом засобами забезпечення особистої безпеки судді, членів його сім'ї, майна, а також іншими засобами їх правового захисту; 11) правом судді на відставку.

Варто проаналізувати положення нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. з точки зору забезпечення принципів незалежності суддів і самостійності судів. До новацій Закону, які спрямовані на зміцнення статутних гарантій суддям, можна віднести такі.

По-перше, у розділі IX Закону чітко прописані засади забезпечення судді. Зокрема, рівень матеріального забезпечення істотно підвищений. Так, відповідно до частин 1, 2 ст. 44 Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. заробітна плата суддів складалася з посадового окладу, премій, доплат за кваліфікаційні класи, надбавок за вислугу років та інших надбавок. Розміри посадових окладів суддів встановлювалися Кабінетом Міністрів України¹, а різноманітні надбавки становили до 40–50 % у структурі оплати праці судді².

Статтею 129 нового Закону чітко врегульований розмір посадового окладу судді, а також встановлений вичерпний перелік доплат до посадового окладу. Зокрема, вказано, що суддівська винагорода складається з посадового окладу та доплат за: 1) вислугу років; 2) перебування на адміністративній посаді в суді; 3) науковий ступінь; 4) роботу, яка передбачає доступ до державної таємниці. При цьому розмір цих доплат у відсотках до посадового окладу судді значно зменшено³. Так, Законом не передбачені надбавки до посадового окладу за

¹ Про статус суддів : Закон України № 2862–XII від 15.12.1992 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56.

² Про оплату праці судді : Постанова КМУ № 865 від 03.09.2005 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 36. – С. 39. – Ст. 2195, код акта 33591/2005; Інформаційно-аналітичні матеріали діяльності ДСА України з питань організаційного забезпечення діяльності судів. – К. : IX з'їзд суддів, 13–14 листоп., 2008 р. – 372 с.

³ Відповідно до ст. 129 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. суддям виплачується щомісячна доплата за вислугу років у розмірі: за наявності стажу роботи до 5 років – 15 відсотків, більше 5 років – 20 відсотків, більше 10 років – 30 відсотків, більше 15 років – 40 відсотків, більше 20 років – 50 відсотків, більше 25 років – 60 відсотків, більше 30 років – 70 відсотків, більше 35 років – 80 відсотків посадового окладу.

кваліфікаційний клас, за виконання особливо важливої роботи, за почесне звання «Заслужений юрист України», преміювання. Посадовий оклад судді місцевого суду встановлюється у розмірі 15 мінімальних заробітних плат, визначених законом, що запроваджується поетапно: з 1 січня 2011 р. — 6 мінімальних заробітних плат; з 1 січня 2012 р. — 8 мінімальних заробітних плат; з 1 січня 2013 р. — 10 мінімальних заробітних плат; з 1 січня 2014 р. — 12 мінімальних заробітних плат; з 1 січня 2015 р. — 15 мінімальних заробітних плат.

Указані новації матимуть безумовний позитивний ефект, оскільки збільшується розмір винагороди судді, з якої здійснюється оподаткування, а також відрахування до Пенсійного фонду України та інші соціальні платежі. З іншого боку, прив'язка розміру винагороди до «мінімальної заробітної плати» означає, що вона буде постійно зростати із збільшенням відповідного показника. Отже, регулярно буде відбуватися індексація розміру суддівської винагороди.

Важливим є також положення, відповідно до якого посадові оклади інших суддів установлюються пропорційно до посадового окладу судді місцевого суду з коефіцієнтом: 1) судді апеляційного суду — 1,1; 2) судді вищого спеціалізованого суду — 1,2; 3) судді Верховного Суду України, судді Конституційного Суду України — 1,3. Раніше застосовувався інший підхід до визначення розміру оплати праці суддів різних рівнів з урахуванням кількості розмірів мінімальної заробітної плати. При цьому встановлювалися такі співвідношення, що створювали значний розрив між оплатою праці судді Верховного Суду України (12 розмірів мінімальної заробітної плати) і місцевого загального суду (8 розмірів мінімальної заробітної плати). Тепер цей розрив значно скорочений, оскільки закладено принципово новий підхід: розмір посадового окладу судді визначається у співвідношенні із суддею місцевого суду. Це цілком справедливо, адже судді цієї судової ланки за даними судової статистики розглядають найбільшу кількість справ на місяць.

По-друге, чітко визначений обов'язок судді подавати щорічно не пізніше 1 квітня до Державної судової адміністрації України для оприлюднення на офіційному веб-порталі судової влади, ведення якого забезпечує Державна судова адміністрація України, декларацію про майновий стан (п. 7 ч. 4 ст. 54 Закону). Декларація про майновий стан повинна містити відомості про доходи, цінні папери, нерухоме, цінне рухоме майно, вклади у банках, фінансові зобов'язання судді, членів його сім'ї та осіб, з якими він спільно проживає або поєднаний спіль-

ним побутом, та про видатки судді, якщо разові видатки перевищують розмір його місячного заробітку. Форма декларації та порядок її заповнення затверджуються Міністерством фінансів України. Неподання або несвоєчасне подання для оприлюднення декларації про майновий стан, відображення в ній завідомо неправдивих відомостей є підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності (підп. 6 п. 1 ст. 83 Закону). Це положення спрямоване на попередження корупції в суддівському середовищі й повністю узгоджується із практикою країн ЄС, тому має бути оцінено позитивно.

По-третє, законодавство нарешті чітко визначило процедуру порушення кримінальної справи проти судді й відсторонення його від посади. Відповідно до п. 3 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» кримінальна справа щодо судді може бути порушена лише Генеральним прокурором України або його заступником. Порівняно з існуючим до нині загальним порядком порушення кримінальної справи будь-яким уповноваженим на це КПК України суб'єктом, вказана новація спрямована на зміцнення гарантій незалежності судді. Згідно з п. 4 ст. 48 Закону відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на підставі вмотивованої постанови Генерального прокурора України. Донедавна застосування ст. 147 КПК України про відсторонення обвинуваченого від посади також було проблематичним з огляду насамперед на конституційне положення про те, що суддя звільняється органом, що його обрав або призначив (ч. 5 ст. 126 Конституції України). Окрім того, ст. 147 КПК України закріплювала, що питання відсторонення від посади осіб, що призначаються Президентом України, вирішується головою держави на підставі мотивованої постанови Генерального прокурора України. А відтак ця норма могла бути застосована лише до суддів, які призначені Президентом України на посаду вперше в межах 5-тирічного терміну. Механізм відсторонення суддів, обраних Верховною Радою України безстроково (до досягнення ними віку 65-ти років) взагалі був відсутній.

По-четверте, значно удосконалена процедура притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Зокрема, чітко визначені підстави дисциплінарної відповідальності судді (ст. 83 Закону), більш детально врегульовано порядок дисциплінарного провадження (статті 84–89 Закону). Уніфікації дисциплінарної практики буде сприяти і той факт,

що суддів місцевих і апеляційних судів притягатиме до відповідальності єдиний орган — Вища кваліфікаційна комісія суддів України (на відміну від раніше діючої системи кваліфікаційних комісій суддів апеляційних округів).

Важливою новацією Закону, спрямованою на підвищення персональної відповідальності суддів за рішення, які ними ухвалюються, є новий порядок ініціації початку дисциплінарного провадження. Пунктом 2 ст. 84 Закону передбачено, що право на звернення зі скаргою (заявою) щодо поведінки судді, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність судді, має кожен, кому відомі такі факти. Вища кваліфікаційна комісія суддів України затверджує та розміщує на своєму офіційному веб-порталі зразок скарги (заяви) щодо неналежної поведінки судді, який може використовуватися для повідомлення Вишій кваліфікаційній комісії суддів України відомостей про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді. Відповідно до п. 1 ст. 34 раніше чинного Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. підставами для порушення дисциплінарного провадження щодо судді можуть бути: а) подання Міністерства юстиції України та його органів на місцях за наслідками перевірки заяв і повідомлень громадян; б) подання голови відповідного суду, посадових осіб державних органів, установ, організацій, органів місцевого самоврядування; в) повідомлення в засобах масової інформації. Тобто не передбачалося право громадян безпосереднього звернення до відповідної кваліфікаційної комісії суддів для подання скарги на неналежну поведінку судді, хоча така практика існувала.

Ще однією новелою, спрямованою на підвищення рівня відповідальності суддів є відсутність у новому Законі строків притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Оскільки раніше дисциплінарне стягнення до судді застосовується не пізніше шести місяців після виявлення проступку, не рахуючи часу тимчасової непрацездатності судді або перебування його у відпустці (ст. 36 Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р.), деяким суддям вдавалося уникнути притягнення до дисциплінарної відповідальності. Тепер це буде неможливо.

По-четверте, позитивним з точки зору забезпечення незалежності суддів слід оцінити і вилучення із Закону України «Про судоустрій і статус суддів» системи кваліфікаційних класів суддів, які раніше присвоювали суддям за результатами кваліфікаційної атестації раз на де-

кілька років. Це здійснювали кваліфікаційні комісії суддів апеляційних округів, однак жодного підвищення кваліфікації, навчання або тренінгу для присвоєння судді чергового класу не існувало (розділ VII Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р.). Кваліфікаційні комісії суддів оцінювали роботу суддів, виходячи із характеристики голів судів, в якому працював суддя, і результатів його роботи на посаді (що вимірювалося статистичними показниками скасування і зміни рішень цього судді вищим судовими інстанціями). Це, з одного боку, ставило суддю в залежне становище від голови суду, а з другого — розмножувало практику оцінки роботи судді відповідно до кількості постановлених ним рішень, що не скасовані й не змінені. Крім того, у судовій системі існували судді, так би мовити, «більш кваліфіковані» й «менш кваліфіковані», від чого крім того, залежала і надбавка до заробітної плати судді за кваліфікаційний клас. Для суддів, на відміну від представників інших юридичних професій, державних службовців, не існувало системи підвищення їхньої кваліфікації. Така система не узгоджувалася ані з практикою інших держав, ані з міжнародними стандартами.

Новий Закон містить принципово інший підхід до підвищення рівня кваліфікації суддів. Передбачається, що усі судді мають проходити періодичне навчання у Національній школі суддів. Суддя, призначений на посаду судді вперше, проходить щорічну двотижневу підготовку у Національній школі суддів України. Суддя, який обіймає посаду судді безстроково, проходить двотижневу підготовку у Національній школі суддів України не менше, ніж раз на три роки. Вказана новація є безперечним позитивом, адже уперше за роки незалежності судді будуть регулярно підвищувати свою кваліфікацію на базі навчального закладу, який має значний науковий, педагогічний та інформаційний потенціал. Це є вкрай важливим в умовах частої зміни законодавства, яка відбувається в усіх галузях суспільного життя.

По-п'яте, слід відзначити, що Закон України «Про судоустрій і статус суддів» уперше у вітчизняному законодавстві вводить конкурсні засади добору кандидатів на посади суддів, хоча такий підхід вже давно застосовується до державних службовців, військовослужбовців та інших категорій посадових осіб. Зокрема, статті 66–68 Закону встановлюють порядок проведення конкурсу Вищою кваліфікаційною комісією суддів при призначенні суддів вперше в межах 5-тирічного строку. Переведення суддів, призначених вперше в межах цього строку, також відбуваєть-

ся на конкурсних засадах. Конкурсний добір кандидатів на суддівські посади спрямований на забезпечення добору на ці посади осіб, які мають найкращі освітні, кваліфікаційні, морально-етичні та інші характеристики і є однією із гарантій незалежності суддів.

Однак слід відзначити, що окрім значної кількості позитивних новел, які містяться в Законі України «Про судоустрій і статус суддів», можна знайти і декілька положень, що звужують гарантії незалежності суддів.

По-перше, дещо зменшено матеріальне забезпечення судді. Так, згідно зі ст. 132 Закону після призначення на посаду суддя Конституційного Суду України, Верховного Суду України, вищого спеціалізованого суду, апеляційного, місцевого суду, який потребує поліпшення житлових умов, забезпечується службовим житлом за місцем знаходження суду. Згідно з п. 7 ст. 44 Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р. не пізніше як через шість місяців після обрання суддя, який потребує поліпшення житлових умов, забезпечувався благоустроєним житлом у вигляді окремої квартири чи будинку або службовим житлом за місцем знаходження суду. Хоча на практиці місцеві органи виконавчої влади часто відмовлялися виконувати цей обов'язок, посилаючись на відсутність відповідних ресурсів, і це дозволяло судді отримати житло у власність. Нині службовий статус відповідного житла не дозволить судді розпоряджатися ним. Не визначена Законом і доля цього житла після виходу судді у відставку.

Окрім того, починаючи із 1 січня 2011 р. усі пільги для суддів, передбачені ст. 44 Закону України «Про статус суддів» від 15.12.1992 р., втратили силу. На практиці не всі передбачені законодавством пільги діяли. І все ж таки логіка законодавця нам зрозуміла не до кінця. Так, народні депутати, державні службовці за чинним законодавством користуються значним рядом пільг, при цьому рівень заробітної плати народних депутатів значно вищий, ніж суддів місцевих судів. Тут варто говорити про певну дискримінацію щодо суддів, адже якщо пільги для державних службовців скасовуються, то вони мають скасовуватися для всіх без винятку категорій службовців. Крім того, це має супроводжуватися таким підвищенням заробітної плати, яке повною мірою компенсує суддям відповідне зменшення соціального забезпечення. На сьогодні не зрозуміло, чи відбудеться це, адже підвищення рівня суддівської винагороди до 15 мінімальних заробітних плат відтерміновано до 2015 р. Наскільки це підвищення буде адекватним, можна буде

оцінити лише у 2015 р. з урахуванням рівня інфляції й покупної спроможності відповідної суддівської винагороди. Згідно з п. 6.1. Європейської хартії про статус суддів 1998 р. рівень винагороди, що виплачується суддям за виконання їх професійних обов'язків, повинен бути таким, щоб захистити їх від тиску, що може спричинити вплив на їх рішення або взагалі поведінку суддів і таким чином вплинути на їхню незалежність та неупередженість¹.

Однак вже зараз можна спрогнозувати, що судді, призначені на посаду до набуття чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів», подаватимуть позови до судів з метою оскарження рівня свого матеріального забезпечення. І суди вимушені будуть прийняти їх сторону, оскільки Конституція України забороняє звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів (ч. 3 ст. 22).

По-друге, досить спірною виявилася норма п. 7 ст. 54 Закону, згідно з якою суддя до виходу у відставку або на пенсію може бути нагороджений державними нагородами, а також будь-якими іншими нагородами, відзнаками, грамотами органів державної влади та органів місцевого самоврядування, окрім тих державних, або будь-яких інших нагород, відзнак, грамот, пов'язаних зі здійсненням ним правосуддя. Скасувати подібні нагороди намагався ще Віктор Ющенко у 2006 р. Указом Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів². Однак, ця ідея зустріла супротив із боку суддівського корпусу, аж до посилань на ст. 24 Конституції України про рівні конституційні права громадян перед законом і судом. Питання про нагородження суддів державними нагородами полягає у тому, чи не є в цьому ознаки корупційних діянь. З першого погляду може здатися, що держава має стимулювати суддів за працю лише заробітною платою. Однак подібні обмеження мають бути встановлені не лише для суддів, а й для інших державних службовців, урядовців, народних депутатів. Цього не зроблено. Це несправедливо, оскільки судді — теж представники держави, носії державної влади, які виконують важливі державні функції. Крім того, нагородження судді званням «Заслужений юрист України»

¹ Европейская хартия о статусе судей. Постатейный комментарий // Рос. юстиция. – 1999. – № 8–9.

² Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Уряд. кур'єр (Орієнтир). – 2006. – № 95. – С. 1–8.

або іншими відзнаками, якими нагороджували суддів, не тягнуло за собою значного матеріального збагачення¹. Однак, подібні нагороди, на думку багатьох суддів, мали значення морального стимулу, надавали почуття задоволення від проведеної роботи, тим самим заохочуючи суддю до нових досягнень².

Підсумовуючи викладене, варто відзначити, що самостійність судів і незалежність суддів є важливими засадами функціонування судової влади, які забезпечують єдиний режим належного відправлення правосуддя. Самостійність судів передбачає їх зовнішню автономію з можливостями самодостатності організації й діяльності її як гілки влади, а незалежність суддів означає, що суддя відправляє правосуддя безсторонньо, будь-яким органам, посадовим особам і громадянам забороняється здійснювати вплив на суддю (і суд у цілому).

Городовенко В. Независимость судей и самостоятельность судов в контексте нового этапа судебно-правовой реформы

В статье анализируется содержание принципов самостоятельности судов и независимости судей на основе положений Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» от 07.07.2010 г., представлена авторская оценка нормативных новелл с точки зрения правоприменительной практики.

Ключевые слова: принцип самостоятельности судебной власти, независимость судей.

Gorodovenko V. Judicial and Court Independence in the New Stage of Judicial Reform

Basic elements of principles of independence of courts and independence of judges are analyzed on the basis of the Law of Ukraine «About Judiciary and Status of Judges» from 07.07.2010. The author presents his own estimation of new legislative notions through the prism of judicial practice.

Keywords: the principle of independence of the ship's power, the independence of judges.

¹ Надбавка за почесне звання «Заслужений юрист України» встановлювалася у розмірі 15 % від посадового окладу (див. п. 2.1 Постанови КМУ «Про оплату праці судді» № 865 від 03.09.2005 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 36. – С. 39. – Ст. 2195, код акта 33591/2005).

² Мамченко Н. У судей не будет ни льгот, ни наград? О вопросах коррупции и морально-материального стимулирования служителей Фемиды в свете нового законодательства [Електронний ресурс] / Н. Мамченко. – Режим доступу: <http://smi.liga.net/articles/IT106922.html>. – Заголовок з екрана.

УДК 347.962

О. Овсяннікова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Деякі аспекти відкритості процедури призначення на посаду судді вперше

Авторитет судової гілки влади передусім залежить від кадрів судів, їх уміння в досить складних умовах сьогодення — на фоні ворожості й нестриманості сторін у справі, при достатньому дефіциті правової культури населення тощо — забезпечити своєчасний і неупереджений розгляд справ і прийняти законне та справедливе рішення. Процес кадрового забезпечення судової системи, безперечно, повинен базуватися на засадах прозорості, демократичності й рівних можливостей. Під час реалізації цих принципів особливої уваги заслуговує прозорість процедури призначення суддів на посади. Адже кадрове забезпечення суддівського корпусу завжди перебуває в постійному полі зору державних органів, громадськості, законодавців і науковців. До того ж самі судді не можуть бути байдужими до питань визначення їх суддівського статусу, кадрових питань, судоустрою тощо.

Вчені-юристи Л. Епштейн і Дж. Сегал стверджують, що призначення суддів завжди були надзвичайно спірним процесом¹.

Прорахунки в доборі й підготовці кадрів на суддівські посади, недоліки в організації перепідготовки працюючих суддів свідчать про необхідність удосконалення кадрової роботи. Члени суспільства прямо зацікавлені знати, хто для них може бути арбітром на випадок виникнення конфлікту, який рівень кваліфікації має кандидат, які в нього моральні та особистісні якості, що мають бути в авторитетного судді. У зв'язку з цим питання забезпечення відкритості процедури призначення на посаду судді набуває особливого значення, адже порядок призначення судді має вирішальне значення для відповіді на питання про незалежність судової влади у будь-якій системі.

¹ Epstein L. Advice and Consen: The Politics of Iudicial Appointments/ Lee Epstein ; Jeffrey A. Segal. – Oxford, 2007. – 192 p.

Процедура добору, призначення та обрання суддів в Україні регламентується Конституцією України і Законом України «Про судоустрій і статус суддів».

До недавнього часу нормативне регулювання порядку добору суддів характеризувалося неповнотою, суперечливістю та безсистемністю. Існуюча до 2010 р. система добору суддів не забезпечувала необхідних передумов для призначення на посаду судді найбільш підготовлених юристів і водночас не створювала дієвих та ефективних запобіжників для зайняття суддівської посади особами з низьким рівнем професійних знань та моральних якостей¹.

Як зазначає голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України І. Л. Самсін, ситуація з формуванням суддівського корпусу в Україні була недосконалою і суб'єктивною. Були відсутні належні механізми перевірки знань, вмінь та навичок щодо відбору кандидатів. Відбір проводився за відсутності законодавчо закріплених критеріїв оцінки результатів, які екзаменатори ухвалювали на власний розсуд².

Увесь цей час серед науковців та практиків неодноразово висловлювалися пропозиції щодо покращення процедури призначення на посаду суддів. Так, І. Є. Марочкін у «Рекомендаціях з підбору кандидатів на посади суддів» рекомендував для вдосконалення механізму формування корпусу суддів в Україні запроваджувати в подальшому конкурсний відбір та розгляд подання претендентів на цю посаду. У разі якщо з'являється вакансія на посаду судді місцевого суду, кваліфікаційні комісії суддів повинні офіційно повідомляти про це у засобах масової інформації (газета, радіо, телебачення) через оголошення про відкриття конкурсу на цю посаду. Така інформація має бути загальнодоступною для всієї громадськості (як на місцевому, так і на загальнодержавному рівнях), а не тільки для обмеженого кола осіб. За таких умов усі бажаючі, які відповідають кандидатському цензу, повинні мати змогу звернутися із заявою про призначення їх на посаду судді.

Наголосимо, що порядок конкурентного призначення суддів на посаду запроваджений у більшості демократичних країн світу. Наприклад, в Андоррі судді призначаються на конкурсній основі Вищою радою правосуддя на шість років. У Нідерландах член суддівського корпусу може бути призначений двома шляхами. З одного боку — че-

¹ Про судоустрій України : Закон України від 07 лют. 2002 р. № 3018-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 27–28. – Ст. 180.

² Закаблук М. Вакансии будут заполнять с востока / М. Закаблук // Закон і Бізнес. – 2011. – 9–15 лип. № 28 (1015). – С. 7.

рез внутрішню систему навчання, а з другого — шляхом аутсайдерів. Кандидати, які призначаються першим шляхом, проходять шестирічний курс навчання, при їх відборі необхідна наявність вищої юридичної освіти, бездоганна поведінка, вік не старше тридцяти років. Обрані кандидати проходять психологічний тест, котрий оцінює особистість, якості характеру, інтелектуальні та аналітичні здібності, стійкість до стресу. Відповідно до другого шляху, допускаються до конкурсу кандидати, які мають вищу юридичну освіту, шестирічний стаж роботи і бездоганну поведінку. Кандидати, які успішно пройшли відбір, призначаються помічниками судді окружного суду і заступниками прокурора і на цій посаді атестуються судом. Період атестації триває, як правило, від одного до двох років. Протягом цього періоду кандидат працює відповідно до посади, яку він обіймає. Якщо атестація завершується позитивною оцінкою, суд рекомендує кандидата для призначення на посаду судді¹.

Федеральний Закон Російської Федерації «Об органах судейського сообщества в Российской Федерации» зобов'язує кваліфікаційні комісії суддів давати оголошення в засобах масової інформації про наявність вакантних посад, вказуючи при цьому час і місце прийому та розгляду документів. Відповідно до Закону Російської Федерації «Про статус суддів у Російській Федерації» (від 26 червня 1992 р. № 3132-1 із відповідними змінами), відбір кандидатів на посаду судді здійснюється на конкурсній основі. Голова суду, в якому з'явилася вакантна посада судді, повідомляє про це відповідну кваліфікаційну колегію суддів не пізніше ніж через десять днів після відкриття вакансії в засобах масової інформації із зазначенням часу і місця прийому заяв від претендентів на посаду судді, а також часу і місця розгляду отриманих заяв. За результатами розгляду всіх заяв кандидатів, які претендують на посаду судді, перевірки відомостей і документів та за результатами кваліфікаційного іспиту кваліфікаційна колегія суддів приймає рішення про рекомендацію одного з претендентів на посаду судді. У разі коли жоден з претендентів не відповідає вимогам, що висувуються до претендентів на посаду судді, кваліфікаційна колегія суддів приймає відносно кожного громадянина вмотивоване рішення про відмову в рекомендації на посаду судді і оголошує в засобах масової інформації про новий час і місце розгляду заяв від претендентів на посаду судді.

¹ Как становятся судьями: зарубежный опыт и российская действительность. Часть 1: Франция // Новая юстиция: журн. судеб. прецедентов. – 2008. – № 1. – С. 39–40.

Рішення кваліфікаційної колегії суддів про відмову в рекомендації може бути оскаржене в судовому порядку¹.

Рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 13 грудня 2007 р. № 1109/1-зп було встановлено, що здійснення добору кандидатів на посаду судді має проводитися за результатами кваліфікаційного іспиту на конкурсній основі тільки за наявності вакантної посади судді. Разом з тим для реалізації вказаного рішення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України має бути визначена процедура, яка б регламентувала конкурсний відбір кандидатів на посаду судді, а також внесені відповідні зміни до законодавчих актів. Але такої процедури визначено не було, у зв'язку з чим вказане рішення комісії фактичного втілення не набуло.

Новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 лютого 2002 р. № 3018-III (далі — Закон № 3018-III) детальніше регламентує порядок зайняття посади суддів суду загальної юрисдикції.

Регламент Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, затверджений рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 27 січня 2011 р. № 149/11-3п, визначає порядок роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, а також процедуру розгляду питань, віднесених до її компетенції.

Коротко зупинимося на основних етапах процедури призначення на посаду судді вперше.

Відповідно до Конституції України перше призначення на посаду судді здійснює Президент України, але до того кандидату треба пройти достатньо складну процедуру. Відповідно до ст. 64 Закону № 3018-III на посаду судді може бути рекомендований громадянин України, не молодший двадцяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж роботи в галузі права не менш як три роки, проживає в Україні не менш як десять років та вільно володіє державною мовою. Зазначимо, що вперше на законодавчому рівні даються дефініції понять «вища юридична освіта» та «стаж роботи у галузі права». Так, вищою юридичною освітою вважається вища юридична освіта, здобута в Україні за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра, а також вища юридична освіта за відповідним освітньо-кваліфікаційним рівнем, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку, а стажем роботи у галузі права — стаж роботи особи

¹ Федеральний Закон Російської Федерації «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации».

за спеціальністю після здобуття нею вищої юридичної освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем не нижче спеціаліста.

Призначення на посаду судді вперше включає такі стадії.

По-перше, Вища кваліфікаційна комісія суддів України на своєму веб-порталі розміщує оголошення про проведення добору кандидатів на посаду судді з урахуванням прогнозованої кількості вакантних посад суддів та опублікування такого оголошення в газетах «Голос України» або «Урядовий кур'єр».

Зазначимо, що раніше законодавство не передбачало публікацій у засобах масової інформації кваліфікаційними комісіями суддів або Державною судовою адміністрацією України інформації щодо відкриття вакантних посад суддів із зазначенням часу й місця прийому і розгляду документів.

На думку С. В. Прилуцького, закритість інформації про відкриття вакансій у судах створювала простір для адміністративного маніпулювання та нездорової конкуренції.

Таким чином, схваливши зазначені новації, законодавець зробив процедуру першого етапу відбору кандидатів у судді більш прозорою і демократичною. Розміщення вказаних повідомлень у засобах масової інформації дає змогу дізнатися, в яких регіонах потрібні судді, які посади суддів є вільними.

Після оголошення про добір кандидатів у судді, особа, яка виявила бажання стати суддею, подає до Вищої кваліфікаційної комісії заяву встановленого зразку та інші документи.

Відповідно до п. 7.3 Регламенту Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, форма і зміст заяви про участь у доборі кандидатів на посаду судді затверджується Комісією і розміщується на офіційному веб-порталі Комісії.

Уперше в законодавчому порядку був визначений перелік документів, що подаються особами, які претендують на зайняття вакантної посади судді.

Згідно з ч. 1 ст. 67 Закону № 3018-III до таких документів належать: письмова заява про участь у доборі кандидатів на посаду судді; копія паспорта громадянина України; анкета кандидата на посаду судді, що містить інформацію про нього; копії дипломів про освіту, науковий ступінь або вчене звання; виписка з трудової книжки про стаж роботи в галузі права; висновок медичної установи про стан здоров'я кандидата; письмова згода на збирання, зберігання та використання інфор-

мації про кандидата з метою оцінки його готовності до роботи на посаді судді та проведення щодо нього спеціальної перевірки.

Законом забороняється вимагати від кандидатів інші документи, що не передбачені приведеною нормою.

Приймання документів завершується за два дні до установленого строку проведення добору кандидатів. Заяви, що надійшли після зазначеного строку, не розглядаються.

На третьому етапі Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на основі поданих кандидатами на посаду судді документів перевіряється відповідність осіб вимогам, установленим до кандидата на посаду судді та організується проведення стосовно них спеціальної перевірки в порядку, визначеному законом.

Для проведення такої перевірки Вища кваліфікаційна комісія суддів України має право збирати інформацію про кандидата, звертатися із запитом для отримання інформації про кандидата на посаду судді до підприємств, установ, організацій усіх форм власності.

За результатами розгляду таких запитів відповідна інформація подається у десятиденний строк до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Ненадання такої інформації або надання її з порушенням установленого строку тягне за собою відповідальність, передбачену законом.

Організаціям та громадянам надано право подавати до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України інформацію про кандидатів на посаду судді.

Відповідно до висновку Венеціанської комісії рекомендується уточнення критеріїв, за якими проводиться спеціальна перевірка кандидатів на посади суддів та визначення переліку відомостей, які підлягають обов'язковій перевірці, й необхідність передбачення можливості оскарження кандидатом цієї інформації¹.

Такі рекомендації, на нашу думку, заслуговують уваги, оскільки законодавцем повинні бути чітко визначені критерії та обсяг відомостей, що перевіряються стосовно кандидата на посаду судді, що, в свою чергу, буде відповідати Європейським стандартам, положенням ст. 32 Конституції України.

¹ Європейська комісія «За демократію через право». Спільний висновок щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ухвалений Венеціанською комісією та Дирекцією з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи.

Якщо за даними перевірки не встановлено обставин, які унеможливають призначення кандидата на посаду судді, то він складає іспит. Такий іспит ще не є кваліфікаційним і складається перед Вищою кваліфікаційною комісією суддів України для виявлення рівня загальних теоретичних знань кандидата у галузі права.

Як проводиться такий іспит, Закон № 3018-III не регламентує.

Пункт 7.9 Регламенту Вищої кваліфікаційної комісії суддів України передбачає, що порядок складання цього іспиту здійснюється відповідно до Положення про порядок складання кваліфікаційного іспиту кандидатом на посаду судді та методики його оцінювання.

Законом України № 2982-VI від 03 лютого 2011 р. внесені зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді, які дозволили Вищій кваліфікаційній комісії суддів України провести добір кандидатів на посади суддів, які призначаються вперше за новим законом у травні-червні 2011 р.

Анонімне тестування кандидатів проводилося за рівних умов для всіх кандидатів. Воно проходило у чотирьох регіонах України у визначений день. Усі претенденти отримали однакові тести. Перевірка тестів проводилася автоматизовано, з використанням відповідного технічного обладнання. Практична можливість стороннього впливу в оцінювання тестування була відсутня. Зазначено, що результати тестування оскаржені бути не можуть.

Після прийняття Вищою кваліфікаційною комісією суддів України рішення про перший добір кандидатів на посаду судді для проходження ними спеціальної підготовки, кандидати, які успішно склали іспит та пройшли необхідні перевірки, для проходження спеціальної підготовки направляються Вищою кваліфікаційною комісією суддів України до вищого навчального закладу IV рівня акредитації та Національної школи суддів України для проходження спеціальної підготовки.

Згідно із внесеними змінами до частин 1 і 2 ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» спеціальна підготовка кандидата на посаду судді включає теоретичне та практичне навчання за денною (очною) чи заочною формою. Організація спеціальної підготовки, а також перелік юридичних вищих навчальних закладів, які здійснюватимуть підготовку кандидатів на посаду судді, затверджується Вищою кваліфікаційною комісією суддів України.

При внесенні вказаних змін до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» був частково врахований висновок Венеціанської комі-

сії стосовно того, що підготовка суддів — як спеціальна, так і теоретична, має проводитись судовою гілкою влади.

Разом з тим проблеми в організації системи навчання кандидатів в судді існують і для їх вирішення може бути врахована практика інших країн.

Цікавим є вирішення питання про проходження спеціальної підготовки на посаду судді у Республіці Білорусь. Постановою Мін'юсту Республіки Білорусь «Про спеціальну підготовку на посаду судді загального суду Республіки Білорусь» від 11 травня 2007 р. затверджено Інструкцію про умови і порядок проходження спеціальної підготовки на посаду судді загального суду Республіки Білорусь¹.

При проходженні рекомендації кваліфікаційної колегії суддів Міністерство юстиції включає до штату районного (міського) суду, де є вакантна посада судді, штатну одиницю стажиста судді. Міністерством юстиції Республіки Білорусь зі стажистом судді укладається строкова трудова угода на період проходження спеціальної підготовки. На період дії строкової трудової угоди йому сплачується заробітна плата в розмірі 75 % посадового окладу судді районних (міських) судів за рахунок затвердженого фонду оплати праці за кошторисом відповідних районних (міських) судів. Стажист судді проходить спеціальну підготовку строком до одного року. Спеціальна підготовка містить: теоретичний курс навчання в Інституті перепідготовки і підвищення кваліфікації суддів, працівників прокуратури у Білоруському державному університеті від одного до двох місяців, стажування в місцевому суді, де є вакантна посада судді, строком від одного до восьми місяців, підсумковий курс навчання в Інституті. За результатами спеціальної підготовки стажисту судді Інститутом надається посвідчення про проходження спеціальної підготовки, що є підставою для представлення його на засідання Комісії з розгляду кадрових питань у системі загальних і господарських судів Республіки Білорусь. При незадовільних результатах проходження спеціальної підготовки висновок надсилається до Міністерства юстиції Республіки Білорусь, Верховного Суду Республіки Білорусь і до Кваліфікаційної комісії суддів для вирішення питання про виключення такої особи зі складу кандидатів у судді.

¹ Постановление Министерства юстиции Республики Беларусь от 11 мая 2007 г. № 32 «О специальной подготовке на должность судьи общего суда Республики Беларусь») [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravovy.info/docuv09/part10/akt10256htm>.

Отже, деякі аспекти існуючої в Білорусі системи стажування претендентів перед призначенням їх на посаду, на наш погляд, можуть бути враховані й Україною¹.

На нашу думку, навчання в межах спеціальної підготовки суддів повинно бути набагато більшим, ніж просто накопиченням теоретичних знань. Освітні методики мають передбачати такі форми, які дозволять оволодіти практичними навичками, сприятимуть обміну професійним досвідом та опрацюванню моделей поведінки в нестандартних робочих ситуаціях².

Російська вчена А. Изваріна звертає увагу на те, що при розгляді кандидатур на посаду судді кваліфікаційні колегиї Російської Федерації, як правило, перевіряють крім професійних, також і суб'єктивні якості й особливості кандидатів: урівноваженість, порядність, коректність, чутливість, вміння викладати свою думку, рішучість при відстоюванні своєї позиції³. Ще відомий російський адвокат А. Коні вважав, що в судовій діяльності важливе значення має поведінка судді стосовно осіб, з якими він стикається у своїй діяльності⁴.

Голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України І. Самсін вказував, що до критеріїв добору суддів, які будуть використовуватися Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, слід відносити: чесність, порядність, моральність, принциповість, повагу до людини та її прав, розуміння проблем, з якими стикаються громадяни в повсякденному житті, усвідомлення історичних реалій, в яких розвиваються держава і соціум, а також вміння інтерпретувати, тлумачити закон, здатність логічно мислити, критично аналізувати, співвідносити норму права з обставинами спору, викладати свою думку в рішенні так, щоб її могла зрозуміти кожна особа.

На наш погляд, з'ясування цих якостей кандидатів на посаду судді має відбуватися на початковому етапі при проведенні добору суддів.

¹ Див.: Скомороха Л. В. Питання запровадження стажування кандидатів на посади суддів в Україні та міжнародний досвід / Л. В. Скомороха // Право України. – 2011. – № 3. – С. 272–273.

² Див.: Самсін І. Інтелектуальна незалежність суддів – передумова реалізації судової реформи / І. Самсін // Юрид. вісн. України. – 2010. – 18–24 груд. (№ 51 (807)).

³ Див.: Изварина А. Ф. Судебная власть в Российской Федерации: содержание, организация, формы / А. Ф. Изварина. – Ростов н/Д, 2005. – 350 с.

⁴ Тарасова Ю. М. Профессиональный психологический отбор кандидатов на должности федеральных судей / Ю. М. Тарасова. – М., 2005. – 229 с.

Шляхи і методи з'ясування цих здібностей можуть бути різними, головне, щоб мета була досягнута і посаду судді обійняла гідна високоосвічена особа.

Що стосується направлення кандидатів на посаду судді після успішного проходження ними підготовки у спеціалізованому юридичному вищому навчальному закладі четвертого рівня акредитації для проходження спеціальної підготовки у Національній школі суддів України, то, як на наш погляд, законодавець повинен враховувати потенціал помічників суддів, консультантів, прокурорів, адвокатів, які мають великий досвід роботи. Важливо, щоб такі особи мали певні переваги в доступі до професії судді, у зв'язку з чим доцільно їх звільнити від проходження спеціальної підготовки.

Відзначимо, що спеціальна підготовка провадиться за рахунок коштів Державного бюджету України і на її період за кандидатом зберігається основне місце роботи, виплачується стипендія в розмірі не меншому ніж дві третини від посадового окладу судді місцевого суду загальної юрисдикції.

Таким чином, якщо кандидат буде відрхований, він повинен відшкодувати кошти, витрачені на його підготовку.

Про завершення підготовки буде свідчити виданий кандидатові документ установленого зразка, а документи тих кандидатів, які успішно пройшли спеціальну підготовку, повинні бути направлені до Вищої кваліфікаційної комісії суддів для складання кваліфікаційного іспиту.

Оскільки перший добір кандидатів на посади суддів, які призначаються вперше, відбувається, як зазначалося вище, без проходження кандидатами в судді спеціальної підготовки, то після анонімного тестування кандидати, які набрали відповідний бал «75», були допущені до кваліфікаційного іспиту.

Відповідно до 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 і моральних якостей кандидата.

При проведенні кваліфікаційного іспиту завдання складалося з двох частин: тести із виявлення знань з норм матеріального і процесуального права, а також з практичного завдання.

Оцінка виконання практичного завдання проводилася екзаменаційними комісіями, створеними Вищою кваліфікаційною комісією, у складі трьох осіб. Однак вказані комісії не були колегіальним органом. Кожен з її членів ставив свою оцінку за роботу кандидата, на якій був позначений штрих-код, фамілії кандидатів не зазначалися.

Результати кваліфікаційного іспиту підраховували за допомогою автоматизованої системи.

За висновками складання кваліфікаційного іспиту за рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України був визначений бал, який є достатнім для занесення кандидата до резерву (66 балів).

На наш погляд, потребує обговорення питання доцільності визначення прохідного балу кандидатів за результатами кваліфікаційного іспиту після кожного відбору кандидата, або доцільно, щоб прохідний бал був встановлений рішенням комісії на визначений період часу. Виявляється, що найбільш правильним є визначення прохідного бала за кожний відбір, оскільки при цьому повинні враховуватися кількість вакантних посад у судах, кількість кандидатів, які брали участь у конкурсі.

Наступним етапом відбору кандидатів у судді є конкурс на зайняття вакантних посад.

За результатами складання кваліфікаційного іспиту Вища кваліфікаційна комісія суддів України визначає рейтинг кандидатів та зараховує їх до резерву на заміщення вакантних посад.

Особа, що претендує на посаду судді, має оцінюватися за такими напрямками: юридична (загальна і спеціальна) компетенція; ділові якості, соціальна свідомість; здатність до адміністрування. Кожен із зазначених напрямів складається із ряду критеріїв, зміст яких чітко описується й визначається за допомогою встановлених засобів, наприклад, тестування, співбесіди тощо¹.

Дані рейтингу є відкритими і розміщуються на офіційному веб-порталі Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Результати кваліфікаційного іспиту дійсні протягом трьох років і таким чином у резерві кандидат може перебувати не довше за цей строк, у зв'язку з чим у законодавчому порядку має бути вирішене питання щодо того, яким є правове становище кандидата в судді, якщо він не працевлаштований протягом трьох років.

¹ Самсін І. Інтелектуальна незалежність суддів – передумова реалізації судової реформи / І. Самсін // Юрид. вісн. України. – 2010. – 18–24 груд. (№ 51 (807)).

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 91 Закону № 3018-III, Вища кваліфікаційна комісія суддів України веде облік даних про кількість посад судді у судах загальної юрисдикції, у тому числі й вакантних.

При відкритті вакантних посад Вища кваліфікаційна комісія суддів України оголошує та проводить конкурс на заміщення таких посад серед кандидатів, які перебувають у резерві.

Оголошення повинне бути розміщено на офіційному веб-порталі Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, в газетах «Голос України» або «Урядовий кур'єр» не пізніше ніж за місяць до проведення конкурсу і містити: найменування судів, де є вакантні посади судді, кількість таких посад, умови проведення конкурсу, дату, час і місце його проведення.

У конкурсі беруть участь кандидати на посаду судді, які перебувають у резерві та виявили бажання взяти участь у ньому шляхом подання у встановлений строк письмової заяви.

Конкурс проводиться відповідно до рейтингу кандидата.

Якщо кандидати набрали рівну кількість балів, то перевага надається кандидатам, які мають більший стаж роботи у галузі права.

Однак можливі ситуації, коли кандидати, які претендують на ту саму вакантну посаду в суді, будуть знаходитися на одному ступені в рейтингу та мати однаковий стаж роботи в галузі права. На такий випадок, на нашу думку, в законодавчому порядку повинні бути визначені критерії, які враховуються при доборі кандидатів на посаду судді.

Голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України І. Л. Самсін в інтерв'ю журналісту М. Закаблук вказував, що в даному випадку будуть враховуватися особисті якості претендента, з'ясовуватися, чи адаптується він у тому чи іншому суді¹.

Після проходження відбору кандидатів у судді Вища кваліфікаційна комісія суддів України надсилає рекомендації про призначення суддями до Вищої ради юстиції, яка на своєму засіданні розглядає питання про призначення кандидата на посаду судді.

У законодавчому порядку не визначені ті питання, що вирішуються Вищою радою юстиції на засіданні при розгляді рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про призначення на посаду судді.

¹ Див.: Закаблук М. Вакансии будут заполнять с востока / М. Закаблук // Закон і Бізнес. – 2011. – 9–15 лип. (№ 28 (1015)). – С. 7.

Раніше, як правило, це зводилося до оцінювання професійних знань кандидата. На цей час після проходження кандидатом досить складної процедури відбору вказані функції Вищої ради юстиції є недоцільними, у зв'язку з чим законодавчо необхідно визначити, чи реалізуються повноваження даного органу лише внесенням подання Президенту України про призначення кандидата на посаду судді, або до її компетенції належать й інші дії.

З огляду на вказане слід зауважити, що функції Вищої ради юстиції, які недостатньо чітко прописані, певною мірою ставлять цей орган у невизначене становище.

Президент протягом 30 днів повинен прийняти рішення про призначення кандидата на посаду судді.

Таким чином, рішення Президента про призначення судді відведені до рангу актів церемоніального характеру.

Норми нового закону не передбачають навіть права глави держави відхилити внесені йому в установленому законом порядку подання Вищої ради юстиції про призначення кандидата на посаду судді.¹

Узагальнюючи викладене, зазначимо, що прогресивними є положення Закону, що визначають вичерпний перелік документів, які вимагаються від кандидата на посаду судді, його право знайомитися з інформацією про результати кваліфікаційного іспиту та місцем кандидата на посаду судді за рейтингом.

Разом з тим слід зазначити, що процедура добору кандидатів на посаду судді надто ускладнена, перевірка рівня кваліфікації на посаду судді фактично не закінчується в тому органі, який для цього створений — у Вищій кваліфікаційній комісії суддів України.

На наш погляд, у законодавчому порядку повинні бути чітко виписані повноваження Вищої ради юстиції щодо процедури призначення кандидата на посаду судді.

Потребує уточнення ряд критеріїв, за якими буде проводитися спеціальна перевірка кандидатів на посаду судді та визначення переліку відомостей, що підлягають обов'язковій перевірці.

Законодавець повинен надати певні преференції в доступі до професії особам, які мають великий досвід практичної роботи в галузі права, пов'язаний з відправленням правосуддя, — помічникам суддів та консультантам суду, прокурорам, адвокатам.

¹ Див.: Фесенко Л. Здобутки Європейського виміру / Л. Фесенко // Закон і Бізнес. – 2011. – 2–8 квіт. (№ 4). – С. 8.

Сьогодні ми можемо констатувати, що у процедурі призначення кандидатів на посади суддів існують певні питання, які ще потребують свого обговорення та вирішення, але незважаючи на вказані недоліки, зауважимо, що з прийняттям нового Закону «Про судоустрій і статус суддів» процедура добору суддів стала більш прозорою, демократичною та справедливою.

Овсянникова О. Некоторые аспекты открытости процедуры назначения на должность судьи впервые

В статье автор раскрывает основные стадии процедуры назначения на должность судьи впервые, анализирует нововведения Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» по этому вопросу. Особое внимание уделяется проблемам обеспечения открытости проведения подбора судебных кадров, высказываются предложения по повышению уровня прозрачности указанной процедуры.

Ключевые слова: открытость, судья, процедура назначения на должность, Высшая квалификационная комиссия судей Украины.

Ovsyannikova O. Some aspects of the first appointment of a judge procedure transparency

This article outlines the major stages of first judge's appointment procedure, analyzes the changes brought by the law «The judicial system and judge's status of Ukraine» concerning the aforementioned matter. Special attention is given to the problems of transparency of judges recruiting, improvements to the level of transparency of this procedure are proposed.

Keywords: transparency, judge, judge's appointment procedure, the High Qualification Commission of Judges of Ukraine.

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

УДК 342.9

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

А. Мухатаєв, кандидат юридичних наук

Антикорупційне законодавство України 2011 року: перспективи розвитку та застосування

Прийняті у квітні 2011 р. Закони України «Про засади запобігання і протидії корупції»¹ та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»² є певним кроком у справі боротьби з корупцією в Україні. Цими актами посилена адміністративна та кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення, встановлена вартісна межа між кримінально та адміністративно караною корупцією, окреслені кордони адміністративно караної корупції. З переліку суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення доречно виключено юридичних осіб³, фізичних осіб-підприємців, а до суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання і протидії корупції, правильно, на наш погляд, додано органи прокуратури. Текст Закону став більш зваженим, послідовним⁴. Але так само, як і нині не чинний Закон України 2009 р. «Про засади

¹ Офіц. вісн. України. – 2011. – № 44. – Ст. 1764.

² Там само. – Ст. 1765.

³ Автори вважають такий крок правильним, адже юридична особа – це умовна одиниця, фікція (див. теорію фікції). Умовна ж особа нічого протиправного в об'єктивному світі вчинити не може. Де шукати об'єктивну та суб'єктивну сторони в її діях? Намагання «сховатися» за керівника такої юридичної особи, її засновника, учасника чи іншу уповноважену особу не є логічним. Воно порушує принцип персональної відповідальності за вчинене правопорушення, оскільки за протиправні дії однієї людини фактично наказують весь трудовий колектив.

⁴ Наприклад, Закон позбувся термінів на кшталт «...реальні або такі, що видаються реальними, протиріччя...». (Конструкція використовувалась при визначенні «конфлікту інтересів» у ст. 1 Закону України 2009 р. «Про засади запобігання та протидії корупції» (Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 45. – Ст. 691.)

запобігання та протидії корупції»¹, новий акт містить низку істотних недоліків, суперечностей, що ускладнить його застосування. Так само, як і в законі 2009 р., у новому Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» визначення корупції, деяких інших термінів не є вдалим. Із старого новий Закон запозичує значну кількість розпливчатих та оціночних понять, таких, як: «...прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб...» (ст. 1 Закону — визначення «корупції»); «посадові та службові особи інших органів державної влади» (п. «ж» ст. 4 «Суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення»); «особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» (п. 2 ст. 4 Закону); «особи... можуть приймати дарунки, які відповідають загальновизначим уявленням про гостинність...» (ч. 2 ст. 8 Закону)²; «посадові особи юридичних осіб публічного права...» (підп. «а» п. 2 ст. 4 Закону), «юридичні особи приватного права» (п. 3 ст. 4 Закону). Що це за «особи публічного... приватного права»? Належного визначення у законодавстві ці терміни не мають. Є визначення публічної служби (теж не дуже вдале) у п. 15 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України³, але не «публічного права», під яким у теорії права розуміють блок галузей права, що регулюють публічні правовідносини (відповідно й блок галузей права, що регулюють приватні правовідносини)⁴; «близькі особи» (п. 2 ст. 1).

¹ Автори, аналізуючи новий Закон, періодично будуть звертатися до змісту Закону 2009 р., який став основою Закону 2011 р., істотно не відрізнявся від нового і навіть мав тотожну назву (відмінність лише у союзі «і». У попередньому використовувався союз «та»). Так само, як і Закон 2009 р., новий складається з восьми розділів (7+1 розділ – «Прикінцеві та перехідні положення»), має 33 статті (на дві більше, ніж закон 2009 р.) Правда, ці статті не мають жодного «прикладного» значення, а вказують лише на законодавство у сфері запобігання і протидії корупції та основні принципи запобігання і протидії корупції.

² Що це за уявлення? У кожного вони свої.

³ Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

⁴ Автори не вважають належним визначенням використання термінів «юридична особа приватного права» та «юридична особа публічного права», що їх містить Цивільний кодекс України (статті 2, 80, 81 та деякі інші), оскільки ЦК лише «натякає» на сенс цих термінів, використовуючи такі фрази, як: «Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування» (ч. 2 ст. 81), «Цим Кодексом встановлюється порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права» (ч. 3 ст. 81). Тобто що саме вважати юридичною особою публічного... приватного права, нам треба здогадуватися, аналізуючи повноваження відповідних органів, утворених державними структурами, органами місцевого самоврядування та повноваження органів, утворених відповідно до норм ЦК України.

До речі, зміст цього пункту значною мірою збігається зі змістом п. 7 цієї ж статті — «члени сім'ї» та ін.

Читачу пропонується звернути увагу і на крайній невіддаленості визначення корупції в Законі, яке фактично відсилає нас до наступного терміна — «неправомірна вигода». Під останньою ж Закон розуміє «грошові кошти або інше майно¹, переваги, пільги, послуги... що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують...». Сам же термін «корупція» протиправною дією називає «обіцянку/пропозицію неправомірної вигоди» або, відповідно, «прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди». Ці крайні небезпечні конструкції можуть викликати думку, що для кваліфікації є достатнім встановлення факту надання (прийняття) таких обіцянок, пропозицій. З формальної точки зору, так, але довести це буде практично неможливо. Залишається відмовка: «пообіцяв (або ж прийняв обіцянку), щоб тільки “відчепитися” від занадто вже наполегливого “просителя”». До речі, таке має місце. В останньому випадку дії особи як протиправні кваліфікуватися не можуть. Така конструкція утворює й небезпеку конфлікту ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем» зі ст. 368 КК України «Одержання хабара». Вони обидві передбачають відповідальність за корисливі протиправні дії, які фактично стали наслідком зловживання владою або службовим становищем.

Не є логічним, на наш погляд, і подальше розширення суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення (ст. 4 Закону), зокрема віднесення до них посадових осіб іноземних держав (осіб, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, державного органу або державного підприємства), а також іноземних третейських суддів, осіб, уповноважених вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому (підп. «в» п. 2 ст. 4 Закону). Виникає запитання, до чого тут посадові особи іноземних держав, які працюють на іноземну державу? То нехай з ними і «розбирається» іноземна держава.

Занадто завзяте намагання запобігти виникненню корупційних правовідносин приводить законодавця до того, що він замість утворення режиму сприяння власними руками ускладнює поширення спон-

¹ Те, що Кримінальний кодекс визначає як корупційний злочин, хоча такого терміна КК уникає.

сорства, забороняючи органам державної влади, органам місцевого самоврядування одержувати від фізичних, юридичних осіб безоплатно послуги та майно, крім випадків, передбачених законами або чинними міжнародними договорами (ст. 17 Закону). Щоправда, ця заборона є декларативною. Статей, які б передбачали відповідальність за одержання послуг або майна, ані КУпАП, ані КК не містять. До того ж антикорупційне законодавство 2011 р. не встановлює відповідальності юридичних осіб, а саме органам державної влади та органам місцевого самоврядування (тобто юридичним особам, а не керівникам цих структур) забороняється одержувати такі послуги або майно. Виключена й пряма заборона (у Законі 2009 р. вона була) фізичним і юридичним особам надавати фінансову допомогу органам державної влади чи місцевого самоврядування.

Багато питань викликає й вимога законодавця здійснювати спеціальну перевірку щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, організація якої покладається на керівника (заступника керівника) органу державної влади, органу місцевого самоврядування, на зайняття посади в якому претендує особа і до якої залучаються спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції, а в разі потреби — інші центральні органи виконавчої влади (ст. 11 Закону). З огляду на перелік відомостей, які підлягають перевірці, не можна не зробити висновок: така перевірка (якщо вона не формальна) забиратиме значні сили та час, що обов'язково негативно відіб'ється на якості роботи підрозділу¹.

Усупереч банківській таємниці² новий закон залишив стару вимогу до ряду осіб у разі відкриття валютного рахунка в установах банку-нерезидента в десятиденний строк письмово повідомляти про це орган державної податкової служби за місцем проживання із зазначенням номера рахунка і місцезнаходження банку-нерезидента (ст. 12 Закону).

¹ Безумовно, така перевірка потрібна. Позитивним у новому Законі є те, що така процедура (на відміну від Закону 2009 р.) є достатньо детально виписаною, що зменшити можливості відомчої «еквілібристики» в цьому питанні.

² Доводиться знову нагадувати, що відповідно до ст. 1076 Цивільного кодексу України банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта. Відомості про операції та рахунки можуть бути надані тільки самим клієнтам або їхнім представникам. Іншим особам, у тому числі органам державної влади, їхнім посадовим і службовим особам, такі відомості можуть бути надані виключно у випадках та в порядку, встановлених законом про банки і банківську діяльність (а не іншими актами). У разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

Досить широкими, але переважно декларативними залишилися повноваження громадськості в заходах щодо запобігання та протидії корупції (ст. 18 Закону). У той же час уважне ознайомлення з ними наштовхує на думку, що за допомогою умілого маніпулювання діями громадськості можна істотно ускладнювати (гальмувати) роботу державних структур та органів місцевого самоврядування.

Містить Закон і негаразди такого характеру, як покладання обов'язку на депутатів місцевих рад щорічно подавати за місцем роботи (служби) декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік (п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону). Законодавець забуває про те, що багато депутатів місцевих рад не мають місця роботи (наприклад, є пенсіонерами) або є дрібними приватними підприємцями та ін. То ж куди їм подавати декларації? Ця ж стаття (ч. 2) вимагає, щоб відповідні відомості, зазначені у декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік, оприлюднювалися протягом 30 днів із дня їх подання шляхом опублікування в офіційних друкованих виданнях відповідних органів державної влади та місцевого самоврядування. А чи багато сільських (селищних) рад мають свої друковані видання¹?

Не усунув законодавець і конфлікт термінів, що використовуються в кримінальному та адміністративному законодавстві: «службова» та «посадова» особа. У Кримінальному кодексі мова йде про службову особу, в КУпАП — про посадову особу, в Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» згадуються і службова, і посадова особи. Річ у тім, що Кримінальний кодекс 2001 р. відмовився від терміна «посадова особа», замінивши його словосполученням «службова особа», тоді як адміністративне законодавство абсолютно правильно використовує обидва терміни, розрізняючи їх. Службова особа може й не бути особою посадовою, тоді як посадова — це службовець (службова особа) з більш широкими, ніж звичайний службовець, повноваженнями. Це ті, хто державою (органами місцевого самоврядування) наділені організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, представляють відповідний орган. Дії цих осіб, здійснювані в межах їх повноважень, тягнуть юридичні наслідки. Останнє важливо для кваліфікації протиправних дій, вирішення питань про покарання.

¹ На нашу думку, проблема може бути вирішена шляхом подання відомостей до ради, депутатами якої є такі громадяни, та опублікування зазначених відомостей у ЗМІ місцевої ради вищого рівня, тобто тієї, яка має власне друковане видання.

Зміни до Кримінального кодексу¹ (доповнення до ст. 18) показують, що законодавець зробив спробу (хоча й половинчату) «відділити» посадову особу від рядового службовця. Відповідно до частин 3 та 4 ст. 18 службовими особами КК України визнає осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Службовими особами також визнаються посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства), іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних державах у порядку, альтернативному судовому, **посадові особи** міжнародних організацій... та судді і **посадові особи** міжнародних судів. Таким чином, «посадова особа» хоч і «прихована» за терміном «службова особа», все ж таки знаходить своє законодавче закріплення в КК України.

Не вирішують згадані акти й низки інших суперечностей чинного законодавства, наприклад норм КК України, Закону України «Про державну службу» та ін.²

Досить «оригінально» законодавець підійшов до формування норм матеріальної частини КУпАП, якими встановлена адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення. Законом України 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» КУпАП допов-

¹ Див.: Закон України від 07 квітня 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

² Див.: Гаращук, В. Категоріально-правова характеристика корупції: визначення понять «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин» / В. Гаращук, А. Мухатаєв // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2008. – № 3 (54). – С. 254–265.

нений главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», яка зараз складається з 8 статей. «Оригінальність» підходу законодавця полягає в тому, що він технічно переробив не чинну сьогодні главу 15-Б КУпАП, якою Кодекс був доповнений у 2009 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»¹ (глава складалася з 13 статей), змінивши назву деяких статей та залишивши тотожний (або з незначними редакційними змінами) текст (наприклад: чинна стаття 172² «Порушення обмежень щодо використання службового становища» за змістом близька до статті 212²¹ глави 15-Б «Одержання неправомірної вигоди», диспозиція статті 172³ «Пропозиція або надання неправомірної вигоди» схожа з диспозицією статті 212²² «Підкуп» глави 15-Б, диспозиція статті 172⁷ «Порушення вимог щодо повідомлення про конфлікт інтересів» наслідує статтю 212³³ «Порушення вимог щодо декларування особистих інтересів» глави 15-Б та ін.) або ж з'єднавши в одну статтю дві статті глави 15-Б, як це зроблено в статті 172⁴ «Порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності», частини якої майже тотожні диспозиціям статей 212²⁴ «Порушення обмежень щодо зайняття підприємницькою діяльністю та вимог щодо сумісництва» та 212²⁵ «Незаконне входження до складу правління чи керівних органів суб'єктів господарювання» глави 15-Б².

Слід зазначити, що поява невдалих за конструкцією норм, які ми аналізуємо, значною мірою обумовлена ратифікацією Україною низки міжнародних документів, спрямованих на боротьбу з корупцією³. Саме вони, набуваючи сили закону, привносять у наше законодавство такі терміни, як «підкуп», «особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування» та ін. Фактично завдяки цим актам до суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення законодавець знову планує (як це було зроблено у 2009 р. та від чого відмо-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 46. – Ст. 699.

² Зрозуміло чому. Закон України 2011 р. № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» є похідним від Закону України 2011 р. № 3206-VI «Про засади запобігання і протидії корупції». Останній же істотно від Закону 2009 р. не відрізняється.

³ Насамперед це – Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 49), Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією (Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266), Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 47–48) та деякі ін.

вилися в 2011 р.) віднести юридичних осіб¹. Адже ці ратифіковані Україною конвенції передбачають привнесення в національне правове поле цивільної, кримінальної та адміністративної відповідальності юридичних осіб.

Поява в нашому законодавстві норм з такими конструкціями зумовлена й неякісною роботою перекладачів, які не будучи юристами не усвідомлювали всієї небезпеки і тих проблем, які ці норми спровокують при їх практичному застосуванні. Законодавець (так само, як і в 2009 р., приймаючи пакет антикорупційних законів) ситуацію не виправив.

Зазначені недоречності заздалегідь заклали подвійне тлумачення, помилки та можливі зловживання при застосуванні цих актів. Як і в ситуації із Законом України 1995 р. «Про боротьбу з корупцією»², нам доведеться очікувати офіційні роз'яснення застосування їх норм.

Гаращук В., Мухатаєв А. Антикоррупционное законодательство Украины 2011 года: перспективы развития и применения

В статье анализируется антикоррупционное законодательство Украины 2011 г., его сильные и слабые стороны. Проводится сравнительный анализ действующих нормативных актов и актов 2009 г., которые стали основой актов сегодняшних. Обращается внимание на то, что новое законодательство во многом наследует старые ошибки и противоречия. Предлагаются пути решения имеющихся проблем.

Ключевые слова: коррупция, коррупционные правонарушения, субъекты коррупционных правонарушений, ответственность за коррупционные правонарушения.

Garashchuk V., Muhataev A. Ukrainian anti-corruption legislation in 2011: prospects for the development and application

The article analyzes Ukrainian anti-corruption legislation in 2011, its strengths and weaknesses. A comparative analysis of effective normative acts and acts of 2009, which became the basis of today's laws, is carried out. It is noted that the new laws are largely inherited the old mistakes and contradictions. The ways of solving existing problems are offered.

Keywords: corruption, corruption offenses, subjects of corruption offenses, responsibility for corruption offenses.

¹ Такі плани містяться в проекті Національної антикорупційної стратегії на 2011–2015 роки та проекті Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011–2015 роки, надісланих одному зі співавторів цієї статті Кабінетом Міністрів України та Адміністрацією Президента України на рецензування.

² Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 34. – Ст. 266.

УДК 343.14

О. Капліна, доктор юридичних наук, за-
відувач кафедри кримінального процесу
Національного університету «Юридична
академія України імені Ярослава Мудрого»,
В. Маринів, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету «Юридична
академія України імені Ярослава Мудрого»

Проблеми допустимості доказів, поданих відповідно до статті 66 КПК України особами із використанням технічних засобів отримання інформації

Останнім часом значно збільшилася кількість кримінальних справ, основним доказом у яких є матеріали, одержані до порушення кримінальної справи чи під час її розслідування приватними особами, які використовували новітні досягнення науково-технічного прогресу. Ідеться найчастіше про результати використання аудіо- та відеозаписувальних пристроїв. До речі, застосовувати подібні прилади раніше мали право тільки спеціальні державні підрозділи, які запобігали вчиненню злочинів чи здійснювали боротьбу зі злочинністю. Але науково-технічний прогрес за останні два десятиліття настільки пішов уперед, що достатньо сидючи дома тільки відкрити інтернет-сайт, на якому можна придбати «шпигунське обладнання», як відразу покупцеві пропонують різного роду «прослушки», «жучки», клавіатурні шпигуни, приховані камери, портативні прилади чи звичайні речі (годинники, ручки, гудзики, окуляри, запальнички, краватки тощо), у які вмонтовані диктофони чи відеокамери. Можна також знайти спеціальну літературу, в якій містяться інструкції з виготовлення «шпигунських приладів»¹.

Пропонуючи подібні пристрої до продажу, продавці наполягають на виключно гуманній меті їх використання. Нібито вони покликані вирішити дві актуальні на сьогоднішній день проблеми. З одного боку, своєчасне одержання необхідної інформації, з другого — забезпечення безпеки інформації особистої. Але важливого значення набуває проблема законності використання подібних гаджетів у державі взагалі,

¹ Див.: Корякин-Черняк С. Л. Как собрать шпионские штучки своими руками / С. Л. Корякин-Черняк. – М. : Наука и техника, 2010. – 224 с.

а також законності використання інформації, яка отримана за їх допомогою, у доказуванні по кримінальних справах. Отже, саме це можна визначити як мету статті, що полягає в аналізі можливості законного використання в доказуванні матеріалів, одержаних приватними особами за допомогою технічних засобів отримання інформації; визначенні відповідності чинного законодавства потребам правозастосовної практики з означених проблем; з'ясуванні рівня захищеності прав та законних інтересів громадян при отриманні та присудженні до матеріалів кримінальної справи подібного роду матеріалів.

Звернення до чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що на побутовому рівні кожний має право користуватися фотоапаратами, диктофонами, іншими технічними приладами із вмонтованими звуко-, відео-, фотофункціями, відеокамерами тощо для фіксування необхідної інформації, збереження пам'ятних моментів тощо, якщо це не порушує права та законні інтереси інших осіб¹. Під час виконання професійних обов'язків право здійснювати аудіо- та відеозаписи із застосуванням технічних засобів, за винятком випадків, передбачених законом, законодавчо надається журналістам (ч. 1 ст. 25 Закону України «Про інформацію»)². Причому відповідно до цієї ж статті журналіст має право не розкривати джерело інформації або інформацію, яка дозволяє встановити джерела інформації, крім випадків, коли його зобов'язано до цього рішенням суду на основі закону.

Кримінальний кодекс України (далі — КК) встановлює відповідальність за незаконне придбання, збут, використання спеціальних технічних засобів отримання інформації (ст. 359). Під «спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації» розуміють технічні засоби, устаткування, апаратуру, прилади, пристрої, препарати та інші вироби, спеціально створені, розроблені, запрограмовані або модернізовані для виконання завдань з негласного отримання інформації під час здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Такі засоби, як фотоапарати, відеокамери, диктофони тощо, які також можуть використовуватись для негласного отримання інформації, на думку науковців, мають інше цільове призначення і не є предметом злочину, передбаченого ст. 359 КК, а тому їх використання для

¹ Див., наприклад, ст. 14 Закону України «Про доступ до публічної інформації» (Офіц. вісн. України. – 2011. – 18 лют. (№ 10). – С. 29. – Ст. 446).

² Про інформацію : Закон України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

негласного отримання інформації за наявності підстав має кваліфікуватися за іншими статтями КК¹.

Якщо звернутися до єдиного державного реєстру судових рішень, то можна зробити висновок, що випадки фіксації технічними засобами розмов приватних осіб з іншими фізичними особами чи представниками юридичних осіб та надання слідчому чи судді матеріалів, отриманих у результаті такого фіксування, є непоодинокими. Проте в державі відсутня єдність судової практики щодо визнання таких матеріалів доказами по кримінальній справі. Деякі судді визнають їх доказами по кримінальній справі та кладуть у підґрунтя обвинувального вироку; інші категорично заперечують саму можливість приєднання до кримінальної справи матеріалів, отриманих суб'єктом, не уповноваженим законом на застосування технічних засобів негласного отримання інформації, повертають такі справи на додаткове розслідування чи постановляють виправдувальні вирoki, якщо обвинувачення будувалося переважно на використанні подібних матеріалів без належної перевірки їх слідчим шляхом².

Відомо, що у кримінальному процесі сукупність норм, які визначають поняття і види доказів, порядок їх збирання, перевірки і оцінки, іменується доказовим правом. Доказовим правом визначаються принципово важливі положення про засоби, які можуть використовуватися для вирішення завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК). Ці норми забезпечують реалізацію основного завдання кримінального судочинства — охорону прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть у ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний.

Для реалізації вказаних завдань кримінально-процесуальний закон і встановлює вичерпний перелік джерел доказів (ст. 65 КПК), процедуру їх збирання, закріплення, перевірки й оцінки доказів, процесуальні повноваження суб'єктів, які ведуть кримінальний процес.

Загальна нормативна характеристика способів збирання доказів міститься в ст. 66 КПК. До них належать: провадження слідчих і судових дій; витребування предметів і документів, які можуть установити

¹ Див.: Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Вид. 3-тє, переробл. та допов. – Х. : Одиссей, 2007. – С. 960.

² Див.: Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>.

необхідні для справи фактичні дані; вимога про проведення ревізії; вимога про надання банківської інформації щодо юридичних і фізичних осіб; дача особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором і судом у справах, які перебувають у їх провадженні, доручення підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, про проведення оперативно-розшукових заходів чи використання засобів для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

Докази також можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами і організаціями.

Слід при цьому зазначити, що формулювання закону про те, що підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, а також будь-якими особами подаються «докази», є неточним. Процес формування доказу складний. Надані особами предмети, документи, аудіо-, кіно-, відеоплівки, мікрокасети диктофонів та інших фіксуючих голос пристроїв, CD-R диски, карти пам'яті із записами розмов, фотографії тощо, які отримуються поза кримінальним провадженням, можуть бути визнані доказами постановою особи, яка веде процес, тільки після оцінки того, що подається, з точки зору їх належності, допустимості та достовірності як доказу.

Саме допустимість доказів — це властивість, яка робить їх придатними для доказування в кримінальній справі. Перевірка доказів на їх допустимість небезпідставно розглядається як найважливіша гарантія забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі, гарантія постановлення законного і справедливого рішення у справі, оскільки з'ясування допустимості доказу включає оцінку відповідності джерел фактичних даних вимогам ч. 2 ст. 65 КПК, належного суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності; законність способу отримання фактичних даних¹.

Разом з тим кримінально-процесуальний закон не містить належного правового врегулювання питань, пов'язаних із можливістю вста-

¹ Див. про це: Лазарева В. А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России : учеб. пособие / В. А. Лазарева. – Самара : Самар. ун-т, 2007. – С. 133–134; Кипнис Н. М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве / Н. М. Кипнис. – М. : Юрист, 1995. – С. 26–27; Сибилева Н. В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе : учеб. пособие / Н. В. Сибилева. – Киев : УМК ВО, 1990. – С. 24–25; Резник Г. М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств / Г. М. Резник. – М. : Юрид. лит., 1977. – С. 7.

новлення «незаконності шляху отримання доказів». Таке становище не сприяє правовій визначеності, веде до відсутності єдності правозастосовної слідчо-прокурорської та судової практики, а головне — до винесення неправосудних судових рішень.

Особливого значення питання про законність способу отримання доказу набуває саме при поданні «доказів» відповідно до ч. 2 ст. 66 КПК. Незважаючи на те, що збирання такого «доказу» здійснюється не безпосередньо особами, які законом наділені повноваженнями збирати (закріплювати), перевіряти та оцінювати докази, вимога допустимості повинна бути застосована також до фактичних даних, отриманих за допомогою використання технічних засобів негласного отримання інформації приватними особами. Інше розуміння законності способу отримання доказу є неприпустимим, оскільки процесуальна форма буде використана як ширма для масового порушення прав та законних інтересів осіб та використання в обґрунтування обвинувачення доказів, отриманих незаконним шляхом.

Органи дізнання та досудового слідства зобов'язані у своїй діяльності дотримуватися вимог закону — Конституції України, чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, КПК, Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» тощо. Практична реалізація принципу законності при проведенні оперативно-розшукової діяльності полягає в точному дотриманні законодавчо встановлених основ її проведення, порядку і форм здійснення відповідними суб'єктами окремих оперативно-розшукових заходів, документування отриманих результатів і введення їх у кримінальне судочинство. Таким чином, незважаючи на негласність, конспіративність розшукових, розвідувальних або контррозвідувальних заходів, застосування спеціальних оперативно-технічних заходів, негласну роботу та інший недоступний для громадян механізм збирання та фіксації фактичних даних, — все це має відповідати вимогам закону.

Ще більш суворі вимоги встановлені КПК при проведенні слідчих дій, під час яких обмежуються конституційні права осіб (наприклад, зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК)). Недотримання вимог закону при проведенні цих слідчих дій є порушенням закону, що веде до неможливості використання доказів, отриманих незаконним шляхом, у доказуванні.

На осіб, які в порядку ч. 2 ст. 66 подають відповідні матеріали, зібрані за допомогою технічних засобів негласного отримання інформа-

ції, вимоги дотримання закону, прав та законних інтересів громадян не поширюються. Нехтуючи законом, посягаючи на конституційні права (право на повагу до гідності (ст. 28); право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); право на недоторканність житла (ст. 30); право на забезпечення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31) та багато інших), честь і гідність, порушуючи норми моралі, але прагнучи досягти будь-якою ціною бажаного результату, такі особи можуть отримувати «докази» та подавати їх відповідно до ч. 2 ст. 66 КПК особам, які провадять дізнання, слідчому, прокурору та суду для подальшого використання при провадженні по кримінальній справі. Такі предмети, плівки тощо приєднуються до матеріалів кримінальної справи уповноваженою на те особою залежно від їх змістовних ознак як речовий доказ (ст. 78 КПК) чи документ (ст. 83 КПК) та іноді використовуються чи не як головний доказ винуватості особи. Втім часто хибним є сам спосіб отримання такого «доказу».

У юридичній практиці розвинених країн світу існує доктрина «плодів отруєного дерева». Сутність її полягає в тому, що «отруєне дерево дає отруйні плоди». Тобто якщо доказ отриманий незаконним шляхом і внаслідок цього викликає сумнів його достовірність, сумнівними, а значить недопустимими стануть і інші докази, отримані в результаті дослідження та перевірки першого доказу, отриманого незаконно. Можна також пригадати скандал, що нещодавно розгорівся у світі, учасником якого був відомий англійський журнал *News of the Worlds*. У пресу потрапили отримані в ході прослуховування та застосування інших сучасних технічних приладів телефонні розмови, зміст електронних скриньок відомих політиків, кінозірок, родичів жертв терактів тощо. Уся світова громадськість засудила подібні дії, оцінивши їх як кричуще неподобство, нехтування законом, грубе посягання на конституційні права людини. Результатом цього скандалу були десятки судових позовів, закриття журналу та притягнення винуватих до кримінальної відповідальності.

Конституція України проголошує, що «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях» (ч. 3 ст. 62).

Враховуючи важливість розуміння правозастосовниками цього конституційного припису, Пленум Верховного Суду надав свої роз'яснення в постанові від 1 листопада 1996 р. № 9: «Докази повинні

визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами» (п.19)¹.

Крім того, у постанові Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 7 знову звертається увага суддів на те, що «Згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. У зв'язку з цим судам при розгляді кожної справи необхідно перевіряти, чи були докази, якими органи попереднього слідства обґрунтовують висновки про винність особи у вчиненні злочину, одержані відповідно до норм КПК України.

Якщо буде встановлено, що ті чи інші докази були одержані незаконним шляхом, суди повинні визнавати їх недопустимими і не враховувати при обґрунтуванні обвинувачення у вироку»².

По суті Пленум Верховного Суду в зазначених постановах створив норму права. Відповідних змін до кримінально-процесуального законодавства України на підставі положень ч. 3 ст. 62 Конституції України внесено не було. Прогалини галузевого законодавства правозастосовники вимушені переборювати самотійно, спираючись на доктринальні розробки.

Як уже було зазначено, на практиці матеріали, подані особами, які використовували технічні засоби отримання інформації, найчастіше долучаються до матеріалів кримінальних справ як документи відповідно до ст. 83 КПК³. Але необхідно звернутися до чинного кримінально-процесуального законодавства. 25 грудня 2008 р. ст. 83 КПК була викладена в новій редакції, яка принципово відрізняється від тієї, що діяла раніше. Зокрема, закон установлював, що «документи є джерелом доказів, якщо в них викладені або засвідчені об-

¹ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя // Постанови пленуму Верховного Суду України 1972–2002 : офіц. вид. / за заг. ред. В. Т. Маляренка. – К. : А.С.К., 2003. – С. 9–14.

² Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина // Постанови пленуму Верховного Суду України 1972–2002 : офіц. вид. / за заг. ред. В. Т. Маляренка. – К. : А.С.К., 2003. – С. 19–22.

³ Див.: Грошевий Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : наук.-практ. посіб. / Ю. М. Грошевий, С. М. Стахівський. – К. : КНТ, Вид. Фурса С. Я., 2006. – С. 236, 239–240, 244; Царева Н. П. Документ-доказательства в уголовном судопроизводстве / Н. П. Царева. – М. : Приор-издат, 2003. – С. 25.

ставини, які мають значення для справи. У тих випадках, коли документи мають ознаки, вказані в статті 78 цього Кодексу, вони є речовими доказами». У новій редакції стаття отримала дещо інший правовий зміст: «Документи є джерелом доказів, якщо в них викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи. Документами є предмети, на яких за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо зафіксована певна інформація. До документів можуть належати матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні), які містять відомості про обставини, встановлені в ході кримінального судочинства органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом у порядку, встановленому цим Кодексом» (частини 1–3 ст. 83 КПК).

Буквальне тлумачення змісту зазначеної статті дозволяє констатувати, що як документи матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні) можуть приєднуватися до кримінальної справи, тільки якщо вони встановлені в ході кримінального судочинства, в порядку КПК і тільки органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом. Попередня редакція ст. 83 КПК не містила подібного уточнення, що дозволяло вважати цю норму «гумовою», та завдяки розпливчастому формулюванню під таке джерело доказу, як «інші документи», «підгоняти» будь-які матеріали, що містили фактичні дані, які мали значення для правильного вирішення справи та не містили ознак речових доказів (ст. 78 КПК).

При необхідності використання матеріалів, отриманих за допомогою технічних засобів фіксування інформації не в рамках кримінальної справи та не уповноваженими на те особами, на перший план виступає можливість перевірки процесуальним шляхом (тобто відповідно до норм КПК) фактичних даних, які містяться на відповідних носіях: це може бути допит особи, яка здійснювала фіксування, та інших осіб, яким відомі обставини такого фіксування; допит осіб, розмови яких зафіксовані на електронних носіях; призначення фонографічної експертизи тощо. Таким чином, інформація, яка міститься на носіях інформації, представлених приватними особами, так би мовити, «опроцесуалюється», тобто з'являється доказ, указаний у ст. 65 КПК. Неможливість його перевірки веде до того, що такі матеріали можуть використовуватися як орієнтуюча інформація, підстава висунення та перевірки слідчої версії, для вирішення питання про порушення кримінальної справи чи проведення невідкладних слідчих дій.

Увагу необхідно також звернути на спосіб отримання інформації приватними особами, оскільки її фіксація може здійснюватися із порушенням прав та законних інтересів громадян. Проте відповідно до ч. 1 ст. 68 Конституції України «кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей». Відомо, що перелік прав, свобод і обов'язків людини і громадянина встановлює розділ II Конституції України, серед них право на повагу до гідності (ст. 28); право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); право на недоторканність житла (ст. 30); право на забезпечення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31) та багато інших.

Конституцією України чітко визначені орієнтири стосовно конкуренції конституційних цінностей: відповідно до ч. 1 ст. 3 Конституції України саме права і свободи людини поряд із такими цінностями, як людина, її життя та здоров'я, честь та гідність, є найвищими соціальними цінностями.

Природні права людини є непорушними, за винятком випадків, визначених самою Конституцією. Це також впливає із приписів ч. 1 ст. 64 Основного Закону. Що стосується вищеназваних прав, то чинний конституційний лад передбачає можливість обмеження їх реалізації лише у випадках, визначених законом. Особливим чином вирішується це питання щодо порушення права на недоторканність житла, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Обмеження реалізації цих прав можливе лише в порядку та за підстав, визначених законом, а в окремих випадках – тільки за наявності відповідного рішення суду.

Отже, встановивши, що подані будь-якою особою відповідно до ч. 2 ст. 66 КПК «докази» не відповідають вимогам допустимості, тобто отримані з порушеннями, які мають злочинний характер, коли збирання такого матеріалу пов'язане з порушеннями основоположних прав і свобод людини, закріплених у Конституції України, із порушеннями закону, уповноважені на це органи і посадові особи не повинні виносити постанову про приєднання такого матеріалу як доказу по кримінальній справі.

Такий підхід до розуміння поняття «доказу, отриманого незаконним шляхом» знаходить своє підтвердження і в іншій нормі Конституції України, а саме в ч. 1 ст. 62 Конституції України, від-

повідно до якої «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду». Буквальне тлумачення конституційного припису дозволяє зробити висновок, що шлях до доведеності вини особи повинен бути законним, а докази, отримані з порушенням закону, тобто незаконні, не можуть бути покладені в основу обвинувачення чи вироку суду.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), яка ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. і є частиною національного законодавства, містить по суті аналогічне Конституції України положення, відповідно до якого «кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку» (п. 2 ст. 6)

У своєму рішенні судді Європейського суду з прав людини зазначали, що жодний суд не може, не завдаючи шкоди належному відправленню правосуддя, спиратися на докази, які не лише отримані нечесним шляхом, а й передусім протизаконно. Якщо суд так діє, то він не може вважатися справедливим у розумінні Конвенції¹. Отже, використання в кримінальному провадженні доказів, отриманих незаконним шляхом, розглядається Європейським судом з прав людини як порушення закріпленого статтею 6 Конвенції права на справедливий суд.

Розуміння того, що законність способу отримання доказів є складовою права на справедливий суд, набуло свого розвитку в декількох рішеннях Європейського суду з прав людини. Зокрема у справі *Van Mechelen v. Netherlands* було зазначено: «Завдання Суду... полягає не в тому, щоб оцінювати показання свідків, а в тому, щоб упевнитися, чи був судовий розгляд у цілому справедливим, включаючи й те, як були отримані докази»².

Суд неодноразово підкреслював, що правило допустимості доказів повинне відповідати певним стандартам, відповідно до яких суд має враховувати три основних критерії: інтенсивність порушення консти-

¹ Совместное особое мнение судей Петтити, Шпильмана, Де Мейера и Карло Салседо по делу Шенк против Швейцарии // Европейский суд по правам человека. Избранные решения : в 2 т. / председатель редкол. В. А. Туманов. – М. : Норма, 2000. – Т. 1. – С. 607–608.

² Див.: Европейский суд по правам человека. Избранные решения : в 2 т. / председатель редкол. В. А. Туманов. – М. : Норма, 2000. – Т. 2. – С. 443.

туційних прав при отриманні доказів; роль доказу у стратегії обвинувачення (чим важливіша роль, тим більш недопустимим є такий доказ); чи підтверджуються висновки, зроблені стороною обвинувачення на підставі доказу, іншими матеріалами справи.

Європейський суд з прав людини надав також тлумачення словосполучення, яке використовується в п. 2 ст. 6 Конвенції, — «в законному порядку». У рішенні по справі *Kruslin v. France* було зазначено, що «...мається на увазі і якість конкретного закону... вона вимагає, щоб закон був доступний для зацікавленої особи... а також щоб закон не суперечив принципу верховенства права». Таким чином, процедура збирання доказів, передбачена національним правом, повинна відповідати основним правам, які визнаються Конвенцією: праву на свободу та особисту недоторканність (ст. 5); праву на справедливий судовий розгляд (ст. 6); праву на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8) тощо¹.

Отже, підсумовуючи проведене дослідження, можна зробити висновки, що інститут допустимості доказів необхідно розгляди як міжгалузевий, оскільки він містить не лише норми кримінально-процесуального, а й конституційного права. Із цього випливає, що оцінювати матеріали, подані в порядку ст. 66 КПК, на предмет їх допустимості необхідно із урахуванням норм права, які в тому числі містять гарантії дотримання прав та законних інтересів осіб при здійсненні правосуддя. Визнавши, що такі матеріали отримані із порушенням основоположних прав осіб, органи, які ведуть процес, не можуть покласти їх у підґрунтя обвинувачення, а тим більше обвинувального вироку суду.

В умовах проведення судово-правової реформи та обговорення проекту Кримінального процесуального кодексу України важливого значення набуває реформування всього доказового права, яке не можна визнати досконалим та таким, що відповідає сучасним потребам правозастосовної практики. Законодавчі перетворення необхідно проводити на тлі оптимального поєднання публічних та приватних інтересів. КПК має бути доповнений нормами, які містили б визначення властивостей доказів та вимоги визнання предметів, речей, матеріалів тощо, отриманих у ході кримінального провадження із порушенням закону, недопустимими як докази.

¹ Див.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения : в 2 т. / председатель редкол. В. А. Туманов. – М. : Норма, 2000. – Т. 1. – С. 669.

Каплина О., Марынив В. Проблемы допустимости доказательств, поданных в соответствии со статьей 66 УПК Украины лицами с использованием технических средств получения информации

В статье рассматриваются проблемы использования в доказывании материалов, поданных в соответствии с ч. 2 ст. 66 УПК Украины; поднимаются вопросы о признании недопустимыми доказательств, полученных с нарушением конституционного права гражданина на личную неприкосновенность.

Ключевые слова: доказательства; допустимость доказательств; личная неприкосновенность; использование технических средств получения информации.

Kaplina O., Maryniv V. Problems to admission of evidence, given in accordance with the article 66 UPK of Ukraine by persons with the use of hardware's of receipt of information

In the article problems are examined of the use in proving of materials, given in accordance with item 66 UPK of Ukraine; questions rise about confession impermissible evidence, got with violation of constitutional right for a citizen on bodily security.

Keywords: evidence; admission evidence; bodily security; use of hardware's of receipt of information.

Надійшла до редакції у серпні 2011 року

УДК 343.9:343.851

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

Критерії оцінки ефективності виконання регіональних планів запобігання злочинності

Як зазначається у літературі, термін «ефективність» у юриспруденції належить до числа ключових. У сучасній науці поняття ефективності набуло дуже широкого використання. Ним оперують, говорячи про науку в цілому, про її самостійні напрями, а також в окремих категоріях, включаючи й правові¹.

Взагалі слово «ефективність» (від лат. *effectivus*, від *effecte*) означає творчий, дієвий, спішно зроблений з хорошим результатом. Ефективність передбачає досягнення найкращого результату оптимальним способом для обраного моменту реальності².

Аналіз та узагальнення регіонального планування запобігання злочинності в Україні так чи інакше зводиться до питання щодо ефективності цієї діяльності, тобто заходів, які виконуються суб'єктами планування. З цього приводу слушно відзначається деякими науковцями, що саме з розробки критеріїв оцінки діяльності й слід починати будь-яке реформування³. Іншими словами, встановлення ефективності ви-

¹ Москвич Л. М. Ефективність судової системи: концептуальний аналіз : монографія / Л. М. Москвич. – Х. : Фінн, 2011. – С. 61.

² Див. : Соціологічна енциклопедія / укладач В. Г. Городяненко. – К. : Академвидав, 2008. – С. 135. (456 с.)

³ Див. : Степанюк А. Х. Ефективність діяльності державної кримінально-виконавчої служби України : науково-практ. посіб. / А. Х. Степанюк, О. С. Четверикова, І. С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. – Х. : Кроссруд, 2009. – С. 7–26; Степанюк А. Загальнонотеретичні підходи до визначення поняття «ефективність діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України» / А. Степанюк, І. Яковець // Щорічник українського права. – 2010. – № 2. – С. 208–224.

конаних заходів комплексних регіональних планів запобігання злочинності виступає «наріжним каменем» роботи десятків суб'єктів, якими є різні державні та правоохоронні органи країни.

Уникаючи складної термінології й заплутаних формулювань у зазначеній царині, відзначимо, що наявність невдач регіонального планування, певних прорахунків відповідних суб'єктів цієї діяльності із запобігання окремим видам злочинності, тобто часткової чи неповної корисності, не заважає у цілому визнати здійснення комплексного планування ефективним.

Взагалі ефективність є дуже важливою вимогою, яка, напевно, не дотримана у жодному регіональному плані, строк якого закінчився. Не дарма на це особливо звертається увага у нормативно-правових актах у сфері планування та програмування запобігання злочинності. Так, Закон України «Про державні цільові програми» передбачає, що:

- проект концепції державної цільової програми (у тому числі правоохоронної спрямованості) повинен містити оцінку очікуваних результатів та визначення її ефективності (ст. 6);

- державний замовник (у регіональному плануванні це облдержадміністрація) готує щорічний звіт про результати виконання програми з метою визначення ефективності її виконання (ст. 8);

- проект державної цільової програми повинен містити, окрім іншого, розрахунок очікуваних результатів виконання програми та її ефективності (ст. 9)¹.

Більше того, у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку розроблення та виконання державних цільових програм» зазначається, що:

- проект концепції програми має включати окремий розділ «Очікувані результати виконання програми, визначення її ефективності» (ст. 12);

- проект самої програми повинен розміщувати розділ «Очікувані результати, ефективність програми» (ст. 24);

- державний замовник не пізніше ніж у тримісячний строк складає заключний звіт про результати виконання програми, у тому числі щодо оцінки її ефективності (ст. 48)².

¹ Про державні цільові програми : Закон України від 18.03.2004 р. № 1621-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 25. – Ст. 352.

² Про затвердження Порядку розроблення та виконання державних цільових програм : постанова Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 р. № 106 // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 8. – Ст. 313.

Як бачимо, нормативно закріплено низку приписів і положень, що стосуються як обов'язкового відображення у регіональних планах запобігання злочинності розділів, присвячених як оцінці ефективності цих документів, так і здійснення самої оцінки результативності плану.

Аналіз змісту обласних програм протидії злочинності показує, що ця законодавча вимога ігнорується деякими розробниками регіональних планів, у зв'язку з чим такий розділ просто відсутній. Тобто складається враження, що розробники та ініціатори свідомо не включають це положення до програми, щоб не було необхідності здійснювати оцінку ефективності виконаних завдань та заходів.

На нашу думку, основним (не єдиним) показником ефективності планування повинно бути досягнення його універсальної мети — скорочення, приборкання злочинності в певній області чи конкретній адміністративно-територіальній одиниці України, що виражається у конкретних кількісно-якісних реальних і об'єктивних показниках, а саме: рівень злочинності у конкретній області протягом дії регіонального плану; структура злочинності; її динаміка; рівень латентності та віктимізації населення області; поширеність різних видів злочинності по конкретних районах регіону; збитки для держави в цілому та місцевої громади зокрема від злочинних проявів тощо.

Дійсно, наочним відображенням результативності проведених заходів щодо протидії окремим видам злочинності та її проявам на місцях може бути, окрім іншого, факт виконання завдань конкретного плану, розрахованого на відповідний проміжок часу у конкретній області України. Ці завдання чітко формулюються у паспорті до кожного регіонального плану, однак оцінити їх реалізацію уявляється не завжди можливим. Це пов'язано із тим, що самі завдання сформульовано нечітко, неконкретно та розпливчато, що взагалі неприпустимо.

Прикладом може служити чинна Комплексна програма профілактики правопорушень у Харківській області на 2011–2015 роки, затверджена рішенням обласної ради від 17 лютого 2011 р. № 82-VI. Так, у розділі «Цілі та завдання програми» виокремлено низку завдань, що стоять перед суб'єктами планування запобіжною діяльністю на Харківщині протягом найближчих п'яти років. Серед них можна виділити: удосконалення системи заходів профілактичної та виховної роботи з різними категоріями населення, насамперед із не-

повнолітніми та молоддю; удосконалення системи лікування та реабілітації осіб, що допускають немедичне вживання наркотиків; удосконалення організації системи правоохоронних органів у частині вирішення профілактичних завдань та реалізації функцій протидії злочинності; сприяння участі громадян та їх об'єднань у боротьбі зі злочинністю; формування системи правового виховання населення; започаткування системи віктимологічної профілактики окремих груп та видів злочинів тощо.

Отже, таке формулювання завдань цієї, як і багатьох інших, програми викликає низку запитань. Нами вже давно наголошувалось на тому, що розробникам регіональних планів слід уникати аморфних виразів на кшталт «удосконалити», «покращити», «сприяти» тощо¹. Вони не дозволяють оцінити результат виконаної суб'єктами роботи із запобігання тому чи іншому виду злочинності. У таких випадках будь-яка робота щодо «удосконалення» чи «покращення», навіть прямо і не спрямована на досягнення конкретного завдання, буде вважатися виконаною. Існують й інші недоліки змістовного характеру.

Однак ця критика висловлюється виключно з метою підвищення якості форми та змісту регіональних планів України, має, так би мовити, раціональне зерно і пов'язана виключно із виробленням критеріїв, за якими б оцінювалась ефективність планів запобігання злочинності.

Як зазначалось вище та підкреслюється у літературі, офіційні показники злочинності у державі та конкретному регіоні чи місті, що наводяться у відомостях кримінально-правової статистики МВС України та його управліннями в областях, Державною судовою адміністрацією України та її територіальними підрозділами неповно висвітлюють рівень криміногенності та кримінальної активності на місцях. Це пов'язано із багатьма причинами: зловживання працівників органів статистичного обліку, свідома відмова у реєстрації злочинів та правопорушень співробітниками органів внутрішніх справ у районних відділах міліції, перекручування у так званому ручному режимі регіональних показників злочинності у центральному апараті МВС України, відмова потерпілих від подання заяв та повідомлень про вчинені щодо них кримінальні посягання тощо.

¹ Голіна В. В. Регіональні (міські) програми запобігання злочинності: досвід емпіричного дослідження / В. В. Голіна, С. Ю. Лукашевич, М. Г. Колодяжний та ін. // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х. : Право, 2010. – Вип. 18. – С. 66–79.

На усунення цих недоліків статистичного обліку злочинів було спрямовано низку нормативно-правових актів. Одним із них є Указ Президента України «Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією» від 6 лютого 2003 р. № 84/2003¹, яким майже вперше на найвищому офіційному рівні визнано зловживання у сфері державної кримінальної статистики. У пункті 7 цього Указу звертається увага на використання практики оцінки роботи підпорядкованих підрозділів за кількісними показниками. Також у документі йдеться про необхідність покласти край гонитві за нарощуванням результатів роботи шляхом викриття дріб'язкових правопорушень, недопущення приховування злочинів від обліку; завершення розробки та запровадження нових критеріїв оцінки діяльності правоохоронних органів, які б відображали реальні результати службової діяльності та спиралися на об'єктивні статистичні показники, в основу яких було б покладено судові рішення. На жаль, за вісім років після видання цього нормативно-правового акта небагато змінилось у принципах та підходах обліково-статистичної діяльності МВС України.

Як відомо, більш-менш реальний рівень криміногенності визначається за допомогою встановлення рівня віктимізації, в нашому випадку, у відповідному регіоні. До речі, такий підхід вже давно апробовано в США та країнах ЄС, де офіційні звіти МВС та Міністерства юстиції існують не відокремлено, як в нашій державі, а паралельно із показниками рівня віктимізації населення. І загальний висновок керівництва певної країни та громадськості про стан злочинності здійснюється шляхом аналізу та узагальнення як загальної офіційної інформації про злочинність та злочинців, так і результатів щодо рівня віктимізації.

Усе це здійснюється шляхом незалежних і незаангажованих опитувань населення в конкретній адміністративно-територіальній одиниці на основі спеціально розробленої анкети за участю як правоохоронних органів, так і наукової спільноти та громадськості.

В Україні проведення спеціальних опитувань громадян щодо встановлення рівня віктимізації населення, визначення найбільш поширених та суспільно небезпечних кримінальних посягань, оцінка роботи правоохоронних та судових органів тощо має фрагментарний, незла-

¹ Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією : Указ Президента України від 06.02.2003 р. № 84/2003 // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 6. – Ст. 228.

годжений характер та здійснюється не на постійній основі. У державі в цілому, а тим більше в регіонах, не запроваджуються спеціальні соціологічні та кримінологічні дослідження, на підставі яких можна було б не лише встановлювати поширеність певних видів злочинності в областях, але й прогнозувати, хоча б у короткостроковій перспективі, динаміку злочинності та її проявів, на основі чого і проводиться регіональне планування.

Більше того, такі опитування населення можна здійснювати з метою оцінки населенням ефективності виконання заходів конкретної регіональної програми запобігання злочинності, частина якого, напевно, взагалі не знає про їх існування.

Одним із показників ефективності діяльності щодо протидії злочинності, у тому числі в межах виконання заходів комплексних регіональних планів запобігання злочинності, є кількість заяв та повідомлень громадян про вчинені злочини та правопорушення. Як зазначалось, на практиці існує з цього приводу багато зловживань з боку правоохоронців, однак врахування цих відомостей разом з іншими показниками роботи суб'єктів запобігання злочинності допоможе зробити правильні висновки щодо результативності виконаних завдань регіональних планів.

Взагалі, з нашого огляду, оцінювати ефективність та результативність будь-якої діяльності не варто лише за кількісними показниками, тим більше у сфері протидії злочинності. Слід враховувати якісний бік розглядуваного питання. Недарма одним із недоліків так званого статичного методу пізнання ефективності певного державно-правового явища розглядають розуміння його виключно як кількісної величини¹. З цього приводу, наприклад, В. В. Лунсєв при дослідженні кримінально-правових норм справедливо зазначає, що аналіз такої складної діяльності, як запобігання злочинності, може мати низку підходів. В одному випадку під ефективною протидією злочинності розуміється обґрунтованість і доцільність норм права й правоохоронної діяльності, в іншому — максимальне досягнення мети при мінімальних витратах людської енергії, часу й матеріальних засобів, у третьому — відношення фактично досягнутого результату у запобіганні злочинності до мети, для досягнення якої були прийняті ті чи інші заходи тощо. Крім того, існують різні підходи щодо того, що

¹ Москвич Л. М. Ефективність судової системи: концептуальний аналіз : монографія / Л. М. Москвич. – Х. : Фінн, 2011. – С. 68.

обрати за вихідну ціль: усунення причин злочинності, її викорінення чи зниження рівня, підвищення розкриття злочинів, захист прав громадян та ін.¹

Так, здійснення висновків щодо ефективності регіональних планів на підставі кількості отриманих заяв про злочини слід проводити паралельно із врахуванням обсягу цих повідомлень, які реально розглянуто та за якими прийнято конкретні рішення, спрямовані на захист прав і законних інтересів громадянина. Також необхідно звертати увагу й на швидкість реагування на отримані заяви про ті злочини, що вчинено або які готуються.

Індикатором ефективності регіонального планування може виступати дотримання судовими органами принципу невідворотності кримінальної відповідальності. Наведемо лише кілька цифр. За даними Державної судової адміністрації України та Верховного Суду України, наприклад, у 2009 р.:

1) судами першої інстанції закінчено провадження у 183,4 тис. кримінальних справ, а вирок (0,2 % випадків виправдувальний) постановлено в 142,9 тис. із них (77,9 %). Решта 22,1 % — це постанови: 6,3 тис. — про повернення справи на додаткове розслідування, 3,8 тис. — про направлення за підсудністю, 29,5 тис. — про закриття провадження;

2) у 3,5 разу збільшилась кількість розглянутих судами постанов слідчих про закриття справ у зв'язку із закінченням строків давності у справах щодо невстановлених осіб, які вчинили злочини (усього 113,7 тис.);

3) суди звільнили від кримінальної відповідальності за постановами слідчих 10,2 тис. осіб (на 41,8 % більше, ніж у 2008 р.), за власною ініціативою — 31,1 тис. осіб, а також звільнили від покарання 72,2 тис. засуджених (49,3 %), у т.ч. засуджених за тяжкі злочини — 26,7 тис., за особливо тяжкі — 1,3 тис. При цьому суди призначили більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, 11,6 тис. особам (7,9 %)².

¹ Див. : Лунеев В. В. Эффективность борьбы с преступностью и ее отдельными видами в современной России / В. В. Лунеев // Государство и право. – 2003. – № 7. – С. 106.

² Хавронюк М. І. Реформа судової та правоохоронної систем: ключові проблеми / М. І. Хавронюк // Реформування судових і правоохоронних органів України: проблеми та перспективи : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 14 трав. 2010 р.) ; редкол. : В. В. Сташис (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 183–187.

Отже, ми бачимо, що ефективність виконання регіональних комплексних планів запобігання злочинності залежить ще й від результативності, неупередженості та професіоналізму районних судів, від роботи яких залежить, окрім іншого, рівень довіри місцевої громади до усіх органів державної влади.

Показником ефективності регіонального планування виступає також кількість громадських формувань правоохоронної спрямованості, що безпосередньо на добровільних та інших засадах здійснюють профілактику злочинності на місцях, беруть участь у охороні громадського порядку, допомагають органам внутрішніх справ щодо відвернення або припинення злочинів тощо. Більше того, слід враховувати і кількість злочинів та правопорушень, яких вдалося запобігти силами громадських формувань; активність їх роботи; злагодженість із місцевою владою та ін.

Звичайно, що поряд із вказаними показниками ефективності регіональних планів запобігання злочинності можуть бути й супутні дані та характеристики, за якими можна здійснити певні висновки:

- рівень злагодженості роботи і координації дій регіональних правоохоронних органів, органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- показник залучення кількості суб'єктів планування, відображених у цих документах;
- активність внесення змін та доповнень до плану залежно від зміни кількісних і якісних показників злочинності в регіоні;
- ефективність витрачання коштів, виділених на виконання плану тощо.

Слід наголосити на тому, що розробники та державні замовники регіональних планів запобігання злочинності поступово змінюють своє ставлення до цієї діяльності та до критеріїв її оцінки, звертаючи увагу не лише на кількісні показники, а й на якісні характеристики, за якими можна зробити загальний висновок про результативність планування.

Так, у деяких чинних програмах запобігання злочинності, прийнятих до 2015 р., одним із структурних елементів цього документа є показники його «продукту». Він виглядає у формі окремого розділу програми або додатку до неї і оформлюється у вигляді таблиці із зазначенням різних показників на момент розробки програми і за кожним роком її дії. Тобто цей продукт регіонального плану має вигляд короткострокового прогнозу рівня злочинності в області на найближчі роки.

Наприклад, Комплексна програма профілактики правопорушень у Чернівецькій області на 2010–2012 роки серед показників продукту програми виділяє: загальну кількість зареєстрованих злочинів в області; кількість зареєстрованих злочинів у сфері економіки; кількість вилученої вогнепальної зброї та середньодобову кількість порушень, за якими складено адміністративні протоколи.

Окрім цього ця програма має розділ під назвою «Показники ефективності програми», в якому розміщено відомості щодо: рівня злочинності на 10 тис. населення; зріст зареєстрованих злочинів у сфері обігу наркотиків; кількість виявлених злочинів загальнокримінальної спрямованості. У розділі «Показники якості програми» звертається увага на дотримання законності у діяльності органів внутрішніх справ.

Аналогічним чином поступили розробники Комплексної програми профілактики злочинності у Житомирській області на 2011–2015 роки, які серед показників продукту програми вказали: встановлення у громадських місцях засобів відеоспостереження із виведенням зображення на монітори чергових частин органів внутрішніх справ; встановлення у громадських місцях засобів екстреного зв'язку «громадянин-міліція»; встановлення у громадських місцях засобів екстреного виклику міліції; забезпечення службовими приміщеннями дільничних інспекторів міліції та членів громадських формувань для здійснення прийому громадян.

Серед показників ефективності програми Житомирської області виділено: зменшення кількості вчинених злочинів; зменшення кількості осіб, які потерпіли від злочинів; збільшення кількості подань, внесених слідчими, щодо усунення причин і умов вчинення злочинів.

Показники якості означеної програми передбачають: скорочення рівня злочинності у розрахунку на 10 тис. населення; зниження або стабілізацію питомої ваги злочинів, що вчиняються у громадських місцях, дітьми, особами, які раніше вчиняли злочини, особами у стані алкогольного сп'яніння; зростання частки відшкодованих збитків, завданих внаслідок вчинення злочинів.

Третьою чинною програмою, що надійшла на наше звернення з облдержадміністрації, і вирізняється з-поміж інших наявністю її продукту, є Комплексна програма організації допомоги правоохоронним органам у забезпеченні охорони громадського порядку та профілактики злочинності в Херсонській області на 2011–2015 роки.

Звичайно, що формулювання показників продукту цих регіональних програм запобігання злочинності не є ідеальним, як і визначення критеріїв оцінки ефективності даних документів. Однак, незважаючи на можливу скептичність до структури вказаних додатків до регіональних планів, важливо інше: ініціатори, розробники та державні замовники комплексних планів запобігання злочинності намагаються врахувати вже анонсовані вимоги законодавства, пов'язані із обов'язковою оцінкою ефективності цільових програм та результатів здійсненої роботи суб'єктами протидії злочинності.

Взагалі навіть за умови відповідального ставлення виконавцями заходів регіональних планів до своїх обов'язків не слід очікувати несподіваних позитивних результатів, розраховувати на обвал кількісних і якісних вимірів злочинності в області та ін. Навіть так звані загальносоціальні заходи запобігання злочинності, що полягають в удосконаленні соціально-економічної, політичної, організаційно-управлінської, моральної, правової та інших сфер життя, мають дещо відстрочений характер. Протидія злочинності є наполегливою і довготривалою роботою різних суб'єктів. Найголовніше, щоб плани виконувались відповідально і скоординовано різними органами згідно із вимогами законодавства, базуючись на теорії запобігання злочинності, а результат — є всі передумови так вважати — не змусить довго чекати.

Отже, критерії ефективності виконання регіональних планів запобігання злочинності в Україні можна представити, окрім іншого, двома групами показників, за якими можна оцінити діяльність різноманітних суб'єктів, а саме:

– *кількісні показники* (рівень злочинності, латентності та віктимізації населення у конкретній області України; кількість розглянутих органами внутрішніх справ заяв та повідомлень про вчинені злочини та правопорушення; кількість порушених, закритих кримінальних справ та тих, що було розглянуто судами й за якими винесено вирок; обсяг збитків від окремих видів злочинності у певному регіоні за відповідний проміжок часу; кількість громадських формувань та злочинів, що ними припинено тощо);

– *якісні показники* (зміна структури та характеру злочинності в області із зменшенням питомої ваги найбільш суспільно небезпечних її проявів; швидкість реагування правоохоронних органів на заяви про вчинені злочини; обсяг кримінальних справ, спрямованих судами на

додаткове розслідування; кількість осіб, звільнених судами від кримінальної відповідальності, а також від покарання, у тому числі за тяжкі та особливо тяжкі злочини; частота призначення судами більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; ефективність витрачання бюджетних коштів, що виділяються на комплексні плани запобігання злочинності тощо).

Голина В., Колодяжный М. Критерии оценки эффективности выполнения региональных планов предупреждения преступности

На основе эмпирического изучения практики выполнения региональных комплексных планов предупреждения преступности в Украине выделяются количественные и качественные критерии оценки эффективности этих документов.

Ключевые слова: критерии эффективности, предупреждение преступности, региональное планирование.

Golina V., Kolodyazhny M. Criteria of estimation of efficiency of fulfilling the regional plans of prevention of crime

On the basis of empiric study of practice of fulfilling the regional complex plans of prevention of crime the quantitative and high-quality criteria of estimation of efficiency of these documents are selected in Ukraine.

Keywords: criteria of efficiency, prevention of crime, regional planning.

УДК 343.985

О. Фунікова, асистент кафедри криміналістики Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук

Технології в криміналістиці: поняття та особливості використання

Процес розслідування злочину вважається одним із найбільш складних видів соціальної діяльності. Специфіка цього виду діяльності визначається перш за все тим, що до орбіти судочинства залучаються особи, інтереси яких є абсолютно протилежними, а сама процесуальна взаємодія має на меті встановлення істини за допомогою всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи, з відповідними змінами суб'єктивних прав та юридичних обов'язків визначеного кола осіб.

Встановлення істини завжди є метою будь-якого процесу пізнання. В. О. Коновалова зазначає, що своєрідність процесу пізнання при розслідуванні злочину полягає, передусім, у тому, що тут предметом пізнання виступають суспільно небезпечні та протиправні дії. Відповідно діяльність щодо розкриття злочину завжди пов'язана із необхідністю виявлення знищених та замаскованих слідів, подоланням інших засобів протидії розслідуванню. Саме тому змістом пізнання при розслідуванні злочинів є розумова діяльність, яка підпорядкована загальним законам мислення; щодо форми, в якій проходить пізнання у зазначеній сфері, то вона є досить специфічною, такою, що встановлюється кримінально-процесуальним законом та регулює процес збирання доказів¹.

Структура діяльності, пов'язаної із розкриттям злочину, охоплює багато напрямів: від суто пізнавальних аспектів до організаційних заходів, пов'язаних із плануванням розслідування та провадження окремих процесуальних дій. Відповідно процедура розслідування злочину може бути визначена як певний інформаційний процес судово-слідчого пізнання, що включає в себе одержання, накопичення, зберігання, переробку, передавання та використання інформації з метою встановлення об'єктивної істини². Водночас інтенсивний розвиток

¹ Коновалова В. Е. Версия: концепция и функции в судопроизводстве / В. Е. Коновалова. – Харьков : Консум, 2000. – С. 6–7.

² Лукашевич В. Г. Моделирование у криминалистике та пізнавальній діяльності слідчого : монографія / В. Г. Лукашевич, О. В. Юнацький. – К. : КНТ, 2008. – С. 27.

новітніх технологій у сфері комунікацій, глобальні інтеграційні процеси викликають потребу правозастосовних органів в якісній інформаційній підтримці та високій швидкості одержання інформації, оскільки основні їх зусилля в розслідуванні, розкритті і запобіганні злочинам пов'язані з пошуком, накопиченням та зберіганням значного обсягу необхідної інформації, її оцінкою, побудовою версій та розробленням планів розслідування, складанням процесуальних та інших документів, організацією всього процесу розслідування та ін.¹ Проте, процес розвитку інтеграції, що є об'єктивним за своєю природою, все ж таки вимагає для своєї реалізації певних зусиль, оскільки виникає чимало труднощів навіть психологічного порядку, пов'язаних із незвичайністю, нетрадиційністю «стикових» напрямів пошуку наукових спеціалізацій². Наприклад, серед науковців поширеним є судження, суть якого полягає в тому, що, запозичуючи будь-яке положення з природних або технічних наук, криміналістика трансформує, перетворює його, внаслідок чого воно набуває криміналістичного забарвлення³. Інші вчені схилиються до думки, що, розробляючи свої прийоми і засоби, криміналістика не механічно використовує положення різних наук, а творчо пристосовує їх для цілей розслідування злочинів. Методика роботи з криміналістичними об'єктами в таких випадках формується з урахуванням специфічних умов, опосередкованих характером вчиненого злочину, цілями і межами пізнання в рамках процесуальної діяльності слідчого. При цьому дані спеціальних наук, оскільки вони пристосовані до завдань криміналістики, покладені в основу її рекомендацій, широко використовуються в слідчій практиці, тобто стають криміналістичними⁴. На нашу думку, більш доцільною вважається друга точка зору. Безумовно, не можна безапеляційно стверджувати, що перероблення, трансформування запозичених положень криміналістичною наукою взагалі неможливе, особливо коли йдеться про деякі положення криміналістичної техніки, але, все ж таки, у більшості випадків

¹ Шепітько В. Ю. Інформаційні технології в криміналістиці та слідчій діяльності / В. Ю. Шепітько // Вибрані твори. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2010. – С. 106.

² Готт В. С. Категории современной науки (становление и развитие) / В. С. Готт, Э. П. Семенюк, А. Д. Урсул. – М. : Мысль, 1984 – С. 32–33.

³ Див.: Колмаков В. П. Введение в курс науки советской криминалистики / В. П. Колмаков. – Одесса : Одес. гос. ун-т им. И. И. Мечникова, 1973 – С. 17; Матусовский Г. А. Криминалистика в системе научных знаний / Г. А. Матусовский. – Харьков : Вища школа, 1976. – С. 16.

⁴ Див. Комиссаров В. И. Криминалистическая тактика: история, современное состояние и перспективы развития / В. И. Комиссаров. – М. : Юрлитинформ, 2009. – С. 11.

криміналістика досить вдало «використовує» або «застосовує» знання інших спеціальних наук.

Зазначені тенденції обумовлюють широке застосування комп'ютерних, цифрових, комунікативних та інших інноваційних технологій у правозастосовній діяльності. Отже, етимологія цього терміна потребує дослідження з метою визначення всіх можливих напрямів його застосування у криміналістичній науці. Особливістю поняття «технологія» є те, що сфера його використання поширюється від вузького суто виробничого контексту до вивчення технології як самостійної науки зі своїми методами, прийомами та ін. В етимологічному сенсі технологія (нім. *technologie* < грец. *techne* мистецтво, майстерність + *logos* наука, вчення) — сукупність методів і процесів, що застосовуються в якій-небудь справі, у виробництві чого-небудь, а також наукове описання таких методів¹.

З філософської точки зору технологія є одним із багатозначних понять, які характеризують сферу діяння чого-небудь і рефлексії з цього приводу. Під технологією розуміється: 1) техніка; 2) опис послідовності трудових операцій, необхідних для перетворення предмета праці в продукт, і самий процес, що відповідає описаній методиці; 3) сфера діяльності людини разом із сукупністю знань, що її забезпечують; 4) загальна характеристика діяльності, типової для того чи іншого соціуму; 5) особливий тип світовідношення, властивий індустріальній та постіндустріальній епохам².

Технології зазвичай розглядають у зв'язку з конкретною галуззю виробництва або залежності від способів отримання або обробки певних матеріалів, тобто типовим є ототожнення понять техніки й технології. Ми погоджуємося із тим, що до техніки більш доцільно відносити будь-які матеріально-речові засоби діяльності, в той час як технологія пов'язана перш за все із прагненням до ефективності того чи іншого процесу, що можливо досягнути саме за допомогою істинного наукового знання. Такий підхід до досліджуваного поняття в літературі має назву «комплексний», відповідно до якого технологія розглядається як обумовлені станом знань та громадською ефективністю способи досягнення цілей, поставлених суспільством. Згідно з таким підходом технологія, тобто розвиток і застосування наукових або

¹ Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов / Л. П. Крысин. – М. : Эксмо, 2010. – С. 774.

² Что такое технология? Значение и толкование слова *technologija*, определение термина [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.onlinedics.ru/slovar/fil/t/technologija.html>.

систематизованих знань до практичних завдань, є центральною характеристикою сучасного економічного розвитку¹.

Загальновідомим є те, що порушення технології в галузі виробництва матеріальної продукції зазвичай призводить до помітного зниження її якості, але майже не проводиться аналогії із іншими, «нематеріальними» сферами людської діяльності, пов'язаними із розслідуванням, розкриттям та запобіганням злочинній діяльності, в яких проблема підвищення ефективності є не менш актуальною, а порушення саме технології зазначених процесів призводить до негативних наслідків у роботі державного механізму в цілому.

Наукові дослідження, пов'язані із проблемами вживання поняття «технології» та застосування останніх у криміналістиці проводилися досить повільно та виокремлено, з певним відставанням від загальних процесів глобалізації та соціальної інформатизації суспільства. У криміналістичній науці використання зазначеного терміна тривалий час було пов'язане перш за все з експертно-криміналістичними дослідженнями². Термін «експертні технології» було запропоновано вченими давно, він застосовувався у декількох значеннях: а) як сукупність правил, прийомів та засобів найбільш раціональної та ефективної організації провадження судових експертиз у державних судово-експертних установах; б) опис технологічних схем, процесів, карток; в) розроблення загальних та окремих положень щодо подальшого вдосконалення вказаних правил, прийомів, засобів, технологічних схем, процесів, карток³. На сучасному етапі розвиток експертних технологій пов'язаний із упровадженням в експертну практику методів математи-

¹ Гэлбрейт Дж. Экономические теории и цели общества / Дж. Гэлбрейт. – М. : Прогресс, 1979 – С. 67.

² Див.: Винберг А. И. Криминалистическая экспертиза в советском уголовном процессе / А. И. Винберг – М. : Госюриздат, – 1956. – С. 70–71; Колдин В. Я. Судебно-экспертные науки и технологии / В. Я. Колдин, О. А. Крестовников // Теория и практика судебной экспертизы. – М. : МЮ РФ, 2006. – № 1. – С. 12–19. Моїсєєв О. М. Експертні технології: теорія формування і практика застосування : монографія / О.М. Моїсєєв. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2011. – 424 с; Репешко П. І. Технологічні системи методологічного забезпечення судово-експертної діяльності / П. І. Репешко, В. В. Гузенко // Криміналістика ХХІ століття : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 25-26 листоп. 2010 р. – Х. : Право, 2010. – С. 717 – 721; Сегай М. Я. Актуальные проблемы экспертной технологии в условиях НТР / М. Я. Сегай, В. К. Стринжа // Криминалистика и судебная экспертиза. – Вып. 29. – Киев, 1984. – С. 3–6; Щербаковский М. Г. Принципы создания судебно-экспертных технологий / М. Г. Щербаковский // Актуальні проблеми криміналістики : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 25–26 верес. 2003 р.) – Х. : Одиссей, 2010. – С. 354–357.

³ Сегай М. Я. Актуальные проблемы экспертной технологии в условиях НТР / М. Я. Сегай, В. К. Стринжа // Криминалистика и судебная экспертиза / Вып. 29. – Киев : Вища школа, 1984. – С. 3–6.

ки та кібернетики, застосуванням інформаційних мереж, спрямованим на вдосконалення діяльності судово-експертних установ, за рахунок створення умов до роботи комісії експертів у формі телекомунікаційної конференції або дистанційної участі експерта в судовому засіданні. Отже, О. М. Моїсєєв визначає експертну технологію як систему робочих операцій, які складають раціональні дії з оптимального використання судовим експертом наявних ресурсів (матеріальних, технічних та фінансових, трудових, інтелектуальних, нормативно-правових) для забезпечення результативного проведення судових експертиз¹.

Багато вчених застосування певних технологій у криміналістиці пов'язують із впровадженням процесів алгоритмізації та програмування у всіх ланках діяльності з розслідування, розкриття та профілактики злочинів. Йдеться про проблеми впровадження інформаційних технологій у криміналістичну діяльність². Так, В. Ю. Шепітько із цього приводу зазначає, що підвищення якості діяльності з розслідування злочинів може бути досягнуто за рахунок впровадження в слідчу діяльність інновацій за такими напрямками: 1) розробка і використання нових науково-технічних засобів для виявлення, збирання і попереднього дослідження доказів; 2) пропонування новітніх інформаційних технологій та їх використання в роботі слідчого; 3) створення (розробка) і пропонування до застосування нових прийомів, методів, методик проведення окремих слідчих дій і розслідування злочинів у цілому³.

¹ Моїсєєв О. М. Експертні технології: теорія формування і практика застосування : монографія / О. М. Моїсєєв. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2011. – С. 10, 18.

² Див.: Бирюков В. В. Научные и практические основы использования компьютерных технологий для фиксации криминалистически значимой информации : монография / В. В. Бирюков. – МВД Украины, Луган. акад. внутр. дел МВД им. 10-летия независимости Украины ; [науч. ред. И. В. Попов]. – Луганск : РИО ЛАВД, 2002. – 264 с.; Журавель В. А. Проблемы формализации следчої діяльності / В. А. Журавель // Реформування судових і правоохоронних органів України: проблеми та перспективи : матеріали наук.- практ. конф., 14 травня 2010 / [редкол. В. В. Сташис, В. І. Борисов та ін.] – Х. : Одиссей, 2010. – С. 354 – 357; Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів : монографія / Є. Д. Лук'янчиков. – К. : Нац. акад. внутр. справ України, 2005. – 360 с.; Шепітько В. Ю. Роль інформаційних технологій у підвищенні якості слідчої діяльності (у співат. з В. В. Білоусом, Л. І. Керик) / В. Ю. Шепітько // Вибрані твори. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2010. – С. 94-106; Шепітько В. Ю. Інформаційні технології в криміналістиці та слідчій діяльності (у спіавт. з Г. К. Авдєєвою) / В. Ю. Шепітько // Вибрані твори. – Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2010. – С. 106-113.

³ Шепітько В. Ю. Проблемы разработки, внедрения и использования инноваций в следственной деятельности / В. Ю. Шепітько // Использование современных информационных технологий в правоохранительной деятельности и региональные проблемы информационной безопасности : сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. – Калининград : Калининград. юрид. ин-т МВД России, 2006. – Вып. VII, ч. 1. – С. 126.

Т. В. Михальчуком запропоновано поняття телекомунікаційних технологій як сукупності різних технологічних інструментів і ресурсів, які використовуються для забезпечення процесу комунікацій, створення, поширення, збереження та «управління» інформацією, що застосовує особа, яка проводить слідчу дію, для захисту прав та законних інтересів учасників кримінального процесу, повного, швидкого та об'єктивного розслідування злочинів. У розслідуванні злочинів зазначений автор вирізняє такі види телекомунікаційних систем: а) телеграф; б) телефон; в) радіо і радіотелеграф; г) телебачення; ґ) телекс; д) супутниковий зв'язок; е) електронні мережі¹.

У юридичній літературі поняття технології розглянуто і в іншому аспекті — щодо рівнів процесу розслідування злочину. Л. Д. Самигін звертає увагу на те, що організація конкретного акту розслідування складається з окремих елементів або підрівнів: верхній — стратегічний, середній — тактичний (у межах організації та провадження окремих слідчих дій і тактичних комбінацій) та базовий — технологічний, що складається з окремих технологічних операцій (маніпуляцій) з тими чи іншими об'єктами, за допомогою тих чи інших технічних методів, прийомів, способів і засобів. Ці операції є елементами, з яких складається кожна слідча дія².

Важливо зазначити особливість використання терміна «технологія» вченим-криміналістом В. А. Образцовим, який навіть запропонував визначати науку криміналістику як «технологію розслідування»³. Р. С. Белкін з цього приводу зазначив, що схожу з технологією роль у криміналістиці у відомому сенсі відіграють тактика і методика: як засіб організації, здійснення якого-небудь процесу з найбільшим ефектом вони також націлені на перетворення об'єкта впливу. У цьому сенсі, за думкою вченого, можна сказати, що криміналістична методика — своєрідна технологія процесу розслідування⁴.

У літературі навіть існує думка, що технологія розслідування злочину є однією з форм прояву діяльності з розкриття, розслідування та

¹ Михальчук Т. В. Використання інформації, отриманої телекомунікаційним шляхом, у розслідуванні злочинів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Т. В. Михальчук. – К., 2009. – С. 7.

² Самыгин Л. Д. Расследование как система деятельности / Л. Д. Самыгин. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1989. – С. 23–24.

³ Криминалистика / под ред. докт. юрид. наук, проф. В. А. Образцова. – М. : Юринкон, 1994. – С. 10.

⁴ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р. С. Белкин. – М. : Инфра-М-НОРМА, 2001. – С. 84.

попередження злочинів, що включає не тільки криміналістичну методiku (приватні криміналістичні методики), а й інші елементи. Технологічний аспект діяльності з розкриття, розслідування і попередження злочинів виявляється спочатку на рівні усвідомлення у вигляді знання про технологію розслідування (його структури, взаємозв'язку елементів структури, що виявляється в організації розслідування), потім у процесі такої діяльності (практична реалізація технології розслідування) і нарешті в її результаті, що фіксується у формально-юридичному (процесуальному) акті. Згідно з такою позицією криміналістика має технологію і сама є технологією. Під технологією розслідування злочину слід розуміти функціонально зумовлену впорядковану сукупність дій (діяльність), що забезпечується необхідними ресурсами, та реалізується відповідним суб'єктом у процесі розслідування злочинів¹.

Отже, глобальна «технологізація» криміналістики заслуговує на окрему увагу. Сфера застосування технологій в криміналістичній науці охоплює дедалі більше напрямків, а етимологія зазначеного терміна потребує подальшого докладного дослідження з метою визначення та вдосконалення нових напрямів розвитку криміналістики.

Фуникова Е. Технологии в криминалистике: понятие и особенности использования

Рассмотрено понятие и место технологий в процессе расследования и раскрытия преступлений, выделены различные подходы к определению исследуемого понятия. Проанализировано соотношение терминов «криминалистическая методика» и «технология расследования». Исследованы особенности использования технологий в криминалистике.

Ключевые слова: технология, экспертные технологии, информационные технологии, технологии расследования.

Funikova O. Technologies in criminalistics: the concept and characteristics of

The term «technology» and the place of this term in the process of investigation is reviewed, identified various approaches to the definition of the concept term. Analyzed the ratio of the terms «forensic procedure» and «technology of investigations». The features of the use of technologies in criminalistics.

Keywords: technology, expert technologies, information technologies, technologies of investigation.

¹ Шмонин А. В Методология криминалистической методики : монография / А. В. Шмонин. – М. : Юрлитинформ, 2010. – С. 365.

УДК 349.3

О. Москаленко, докторант кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права Харківського національного педагогічного університету ім. Г. С. Сковороди

Принципи загальнообов'язкового медичного страхування

Незважаючи на активну роботу науковців-правників щодо загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування, а також широке коло досліджень у сфері державного управління стосовно реформування галузі охорони здоров'я, більшість питань так і залишаються невирішеними: не розроблено єдиного законопроекту, що відображав би мету реформ, їх процес і безпосередньо визначав інститути (суб'єктів загальнообов'язкового медичного соціального страхування, принципи запровадження та функціонування цього виду соціального страхування, організаційні структури, системи управління), які б регулювали процес поетапного впровадження обов'язкового медичного страхування та гарантували б населенню України його конституційне право на охорону здоров'я.

Дослідження, присвячені окремим проблемам медичного забезпечення, висвітлені в роботах таких вітчизняних учених, як Н. Болотіна, О. Василик, С. Кондратюк, В. Загородній, Н. Солоненко, Л. Жаліло, С. Осадець, С. Прилипко, Я. Радиш, Г. Чанишева, О. Ярошенко та ін. Разом з тим слід зазначити, що мало уваги науковцями приділялось принципам загальнообов'язкового державного медичного соціального страхування. Саме останні є орієнтиром розвитку законодавства у сфері охорони здоров'я.

Ця стаття присвячена проблемі розроблення основоположних принципів у сфері законодавчого забезпечення загальнообов'язкового державного медичного соціального страхування.

На сучасному етапі розвитку демократичного суспільства та побудови соціально орієнтованої правової держави постало нагальне питання ре-

формування вітчизняної системи медичного обслуговування, де вагомою складовою є загальнообов'язкове державне медичне соціальне страхування. Сучасний її стан не задовольняє ані потреби, ані завдання, які ставить перед власною медичною системою держава. Однією з її складових, яка покликана вирішити питання фінансування та перерозподілу ресурсів усередині галузі, є система цього виду соціального страхування.

Метою обов'язкового медичного соціального страхування є забезпечення громадян страховим захистом на випадок непередбачуваних медичних витрат. Але незважаючи на це, залишаються і досі невирішеними частини загальної проблеми: не розроблено єдиного законопроекту, що відображав би мету реформ, їх процес і безпосередньо визначав інститути, які б регулювали процес поетапного впровадження обов'язкового медичного страхування.

Система охорони здоров'я, яка має вирішувати питання поліпшення здоров'я населення України, втрачає державні функції та перебуває у занедбаному стані. Однак кардинальних змін можна досягти тільки через системну реформу та комплексний, законодавчо врегульований перехід системи охорони здоров'я на модель бюджетно-страхової медицини.

В Україні на сьогоднішній день існує 12 зареєстрованих проектів законів про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування, але жоден з них не був прийнятий Верховною Радою.

Концепцією соціального забезпечення населення України, схваленою Верховною Радою України, та Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування медичне страхування віднесено саме до соціального страхування. Відповідно до статті 25 цих Основ загальнообов'язкове державне соціальне страхування є одним із п'яти видів загальнообов'язкового державного соціального страхування¹.

Метою реформи системи соціального захисту в Україні є відокремлення коштів соціального страхування від державного бюджету та управління коштами соціального страхування тими суб'єктами, які сплачують та на користь яких сплачуються страхові внески, що дозволяє забезпечити принцип рівності для всіх застрахованих осіб та фінансову стабільність системи соціального страхування.

Створення централізованої системи обов'язкового медичного страхування, коли страховиком виступає єдиний цільовий фонд соціально-

¹ Постанова ВРУ «Про проект Концепції соціального забезпечення населення України» від 21.12.1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

го медичного страхування з регіональними філіями, мінімізує можливі ризики та адміністративні витрати, дає змогу підвищити передбачуваність відшкодування витрат на медичну допомогу, створити в масштабах держави добре керовану структуру.

Щодо практики застосування обов'язкового медичного страхування, то цей принцип діє у Франції, Канаді, ФРН, Нідерландах, Швеції, Бельгії та інших країнах.

В Ізраїлі й Швейцарії переважає добровільне страхування здоров'я, а обов'язкове державне страхування існує лише для військовослужбовців і поліцейських¹.

Обов'язкова форма використовується, як правило, у тих країнах, де переважне значення має суспільна охорона здоров'я, а добровільна — у тих країнах, де поширені приватні страхові програми.

Медичне страхування, яке провадиться в обов'язковій формі, набуває рис соціального страхування, оскільки порядок його проведення визначається державним законодавством. Обов'язкова форма страхування координується державними структурами. Страхові платежі, сплачувані фізичними та юридичними особами, мають форму податку. Обов'язкове медичне страхування перебуває під жорстким контролем держави і характеризується безприбутковістю. Ця форма організації страхового фонду дає змогу планувати медичну допомогу завдяки тому, що надходження коштів до страхового фонду характеризується стабільністю.

Стаття 49 Конституції України гарантує кожній людині право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Держава сприяє розвитку лікувальних закладів усіх форм власності².

Слід зазначити, що норма про безоплатність медичної допомоги в діючій Конституції України повністю відтворює Конституцію колишнього Радянського Союзу 1977 р, яка у ст. 42 закріплювала право громадян СРСР на охорону здоров'я. Це право — проголошувала Конституція СРСР — забезпечується безплатною кваліфікованою медичною допо-

¹ Страхование от А до Я / под ред. Л. Й. Корчевской, К. Е. Турбиной. – М. : ИНФРА, 1996. – С. 540–541.

² Конституція України // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

могою, що подається державними закладами охорони здоров'я. Разом з тим ст. 49 Конституції України закріплює не тільки право на охорону здоров'я, а й право на медичну допомогу і медичне страхування. При цьому згідно зі ст. 46 Конституції України медичне страхування є організаційно-правовою формою соціального захисту громадян України, а тому перехід до новітніх форм у галузі охорони здоров'я та медичного обслуговування, визначення різноманітних джерел фінансування у зазначеній сфері ставить на порядок денний питання щодо принципів загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування, які відповідали б сучасним реаліям.

Закріплення в законі принципів сприяє не тільки встановленню загальної спрямованості регулювання, збереженню наступності регулювання в подальшому, а й правильному тлумаченню правових норм, особливо у випадках виявлення прогалин і суперечностей.

Характеризуючи принципи медичного забезпечення, слід зазначити, що на сьогодні існує безліч класифікацій галузевих принципів — і тих, які були розроблені за радянських часів, і тих, які тією чи іншою мірою зорієнтовані на специфіку сьогодення.

Розглянувши зареєстровані проекти законів про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування, спробуємо виявити загальні принципи організації діяльності системи охорони здоров'я.

Говорячи про принципи медичного страхування, необхідно зазначити, що попри їхнє передовсім теоретичне спрямування вони мають неабияке практичне значення. Адже принципи державного управління в будь-якій сфері суспільного життя — це основні засади, закономірності, відповідно до яких здійснюється регулювальний вплив держави на ту чи іншу сферу. Від якісно сформульованих принципів багато в чому залежить подальша реалізація державного управління в такій важливій галузі, якою є медичне страхування.

Значущість принципів саме для реалізації на практиці обов'язкового медичного страхування зумовлюється багатьма чинниками, зокрема такими:

- відсутність законодавчої регламентації медичного страхування, що значною мірою уповільнює процес безпосереднього впровадження хоча б окремих елементів обов'язкового медичного страхування, тому велике значення надається саме принципам як визначальним засадам цієї діяльності;

- принципи здатні зосередити увагу на проблемних місцях організації та безпосереднього запровадження обов'язкового медичного страхування;

— сама медична система стане соціально-економічною категорією, оскільки в центрі правовідносин буде саме пацієнт, але водночас медична установа отримуватиме кошти після надання необхідної медичної допомоги.

До принципів як важливих для розвитку медичного страхування відправних положень можна віднести: загальності (солідарності та субсидування); державності; принцип законодавчого визначення умов і порядку здійснення медичного страхування (програма обов'язкового медичного обслуговування); обов'язковості страхування осіб, зазначених у Законі, та обов'язковості сплати страхувальниками страхових внесків на обов'язкове медичне страхування; принцип чіткого визначення обсягу та забезпечення реалізації державних гарантій застрахованими особами їх прав на отримання безоплатної медичної допомоги і соціальних послуг та матеріального забезпечення за Законом; принцип цільового використання коштів медичного страхування; принцип забезпечення достатності необхідної медичної допомоги і соціальних послуг, що надаються в разі настання страхового випадку та їх відповідності чинним стандартам якості; принцип невідворотності юридичної відповідальності суб'єктів медичного страхування, постачальників медичної допомоги за правопорушення у сфері медичного страхування та страхування професійної відповідальності медичних працівників; право на добровільну участь у системі медичного страхування осіб, які не підлягають медичному страхуванню; загальнодоступність до якісних медичних послуг, обсяг яких визначається державною програмою медичного забезпечення.

Перераховані принципи поєднують у собі основи як законодавства про охорону здоров'я громадян, так і законодавства про страхування. Зупинимось докладніше на деяких із них.

Принцип загальності (або солідарності і субсидування) полягає в тому, що кожен громадянин незалежно від статі, віку, стану здоров'я, місця проживання, рівня особистого доходу має право на одержання медичних послуг, внесених у програми обов'язкового медичного страхування.

Принцип державності означає, що кошти обов'язкового медичного страхування — це державна власність. Держава забезпечує сталість системи обов'язкового медичного страхування і є безпосереднім страхувальником для непрацюючої частини населення (наприклад пенсіонерів). Некомерційний характер обов'язкового медичного страхування базується на тому, що його здійснення і прибуток — це несумісні речі. Прибуток від проведення обов'язкового медичного страхування

не може бути засобом збагачення, а є джерелом поповнення фінансових резервів системи такого страхування.

Принцип обов'язковості страхування осіб, зазначених у Законі, та обов'язковості сплати страхувальниками страхових внесків на обов'язкове медичне страхування.

Загальнообов'язковому державному соціальному медичному страхуванню підлягають громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які працюють на підприємствах, в установах, організаціях, створених відповідно до законодавства України, незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання, в їхніх філіях, представництвах та інших відокремлених підрозділах, в об'єднаннях громадян, у громадян-підприємців чи фізичних осіб, які на договірних засадах або інших умовах відповідно до законодавства за винагороду використовують працю найманих працівників, у тому числі тих, хто виконує роботу на умовах трудового договору (контракту), за договорами цивільно-правового характеру чи на інших умовах, передбачених законодавством, та інші особи.

У працях С. С. Осадця зауважується, що система обов'язкового медичного страхування зобов'язує страхувальників укладати відповідні договори із страховиками, згідно з якими застраховані мають право на одержання медичних послуг, перелік і обсяг яких установлюється програмами обов'язкового медичного страхування, у медичних установах, включених до системи обов'язкового медичного страхування. При укладенні договору страховик видає страхувальникові страховий договір, а застрахованому — страховий поліс, який має силу договору. У договорі обов'язкового медичного страхування визначається, що страхова організація бере на себе зобов'язання з оплати медичних та інших послуг, що їх буде надано застрахованому згідно з програмою обов'язкового медичного страхування. У свою чергу, страхувальник зобов'язується сплачувати внески страховій організації. Страховий поліс обов'язкового медичного страхування підтверджує право громадянина на одержання медичної допомоги за програмою обов'язкового медичного страхування¹.

Для обов'язкового медичного страхування характерним є те, що сплата страхувальниками внесків здійснюється у встановлених розмірах і у встановлений час, а рівень страхового забезпечення є однаковим для всіх застрахованих.

¹ Страхування : підручник / кер. авт. кол. і наук. ред. С. С. Осадець. – вид. 2-ге, переробл. і допов. – К. : КНЕУ, 2002. – 599 с.

Обов'язкове медичне страхування передбачає, що сплата страхових внесків може бути покладена як на підприємців, так і на працівників. Частка кожної зі сторін залежить від конкретних економічних умов проведення такого страхування та вартості медичного обслуговування.

За умовами обов'язкового медичного страхування роботодавці мають відраховувати від своїх доходів страхові внески. Ці кошти формують страховий фонд, яким керує держава. Частка цього фонду може створюватись і за рахунок внесків, які відраховуються із заробітної плати працюючих. Із коштів створеного страхового фонду здійснюється відшкодування необхідного мінімального рівня витрат на лікування застрахованих працівників у разі їхньої непрацездатності через втрату здоров'я.

Принцип забезпечення достатності необхідної медичної допомоги і соціальних послуг, що надаються в разі настання страхового випадку та їх відповідності чинним стандартам якості.

В основу проведення обов'язкового медичного страхування закладається програма обов'язкового медичного обслуговування. Ця програма визначає обсяги й умови надання медичної та лікувальної допомоги населенню. Програма охоплює мінімально необхідний перелік медичних послуг, гарантованих кожному громадянину, який має право ними користуватися.

Обов'язкове медичне страхування охоплює практично все населення і задовольняє основні першочергові потреби, але воно не може охопити весь обсяг ризиків, тому незадоволений страховий інтерес реалізується організацією добровільного медичного страхування.

Вибір форми медичного страхування в кожній країні залежить від конкретних економічних і культурно-історичних умов, від особливостей демографічних і соціальних показників, рівня захворюваності та інших факторів, які характеризують загальний стан здоров'я і рівень медичного обслуговування.

Принцип чіткого визначення обсягу та забезпечення реалізації державних гарантій реалізації застрахованими особами їх прав на отримання безоплатної медичної допомоги і соціальних послуг та матеріального забезпечення за законом.

Основною метою загальнообов'язкового державного соціально-медичного страхування є посилення відповідальності та заінтересованості органів державної влади, підприємств, організацій і населення в охороні здоров'я й забезпечення гарантованого рівня медичної допомоги та профілактичних заходів. Медичне страхування базується на встановленні

гарантій громадянам при виникненні страхового випадку в отриманні гарантованого рівня медичної допомоги за рахунок накопичених коштів і фінансування профілактичних закладів. Додамо, що в Основах законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування визначена стратегія розвитку охорони здоров'я держави, яка полягає саме у впровадженні загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування, яке при його раціональній організації дозволить поєднати кращі риси державної охорони здоров'я (загальнодоступність) та приватної медицини (висока технологічність), а також гарантувати пацієнту надання медичної допомоги на сучасному рівні.

Принцип обов'язковості фінансування фондом витрат, пов'язаних із наданням медичної допомоги і соціальних послуг та матеріального забезпечення в обсягах, передбачених законом.

Страховиком згідно із законопроектом 2002 р., розробленим Урядом, пропонувалось створити Фонд загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування України (Фонд медичного страхування України). Цей Фонд визначається у проекті як «державна самоврядна неприбуткова організація, створена для акумуляції фінансових ресурсів на загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування, яка не має на меті одержання прибутку і виконує окремі функції державного управління загальнообов'язковим державним соціальним медичним страхуванням». Положення про Фонд затверджується Кабінетом Міністрів України; до складу правління Фонду передбачалося обрання на шість років по 13 представників від держави, застрахованих осіб і надавачів медичної допомоги, які виконували б свої обов'язки на громадських засадах¹.

Принцип законодавчого визначення умов і порядку здійснення медичного страхування (програма обов'язкового медичного обслуговування).

Обов'язкове соціальне страхування є частиною державної системи соціального захисту населення та має публічно-правовий характер. А тому діяльність у сфері обов'язкового медичного страхування має базуватися перш за все на Конституції України та законах.

Заслуговує на увагу визначення базової програми обов'язкового медичного страхування, яке подає В. В. Рудень². Він, зокрема, зазначає,

¹ Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування [Електронний ресурс] : проект Закону України 2002 р. : Офіц. сайт Уряду України. – Режим доступу: <http://www.kmu.gov.ua>.

² Рудень В. Страхова медицина і страхування / В. Рудень. – Л. : Обл. книж. друк., 1999. – С. 35–37.

що програма «опрацьовується Міністерством охорони здоров'я і затверджується на рівні держави урядом, являє собою науково обґрунтовані пропорції обсягів амбулаторно-поліклінічної стаціонарної допомоги за певними медичними спеціальностями і потребує для їх забезпечення матеріальних, кадрових і фінансових ресурсів».

Базова програма обов'язкового медичного страхування має відіграти позитивну роль насамперед у забезпеченні переходу до сучасної ринкової соціально орієнтованої системи охорони здоров'я на засадах обов'язкового медичного страхування. Цим і пояснюється значущість керування принципом запровадження обов'язкового медичного страхування в Україні.

Принцип невідворотності юридичної відповідальності суб'єктів медичного страхування, постачальників медичної допомоги за правопорушення у сфері медичного страхування. Важливе значення має також принцип відповідальності суб'єктів медичного страхування та постачальників, оскільки він є однією з гарантій належного виконання своїх обов'язків.

Страховики, їх посадові та службові особи за порушення закону про обов'язкове медичне страхування, інших нормативно-правових актів у сфері загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування несуть відповідальність згідно із законом.

Підбиваючи підсумки, можна стверджувати, що перспектива впровадження загальнообов'язкового медичного страхування в Україні сьогодні знаходиться на перетині важливих тенденцій існування та реформування охорони здоров'я.

Москаленко А. Принципы обязательного медицинского страхования

В статье рассматриваются основополагающие принципы общеобязательного медицинского страхования, которые должны лечь в основу законодательства в сфере медицинского страхования. Охарактеризованы основные принципы.

Ключевые слова: медицинское страхование, принципы, общеобязательное страхование.

Moskalenko A. Principles of compulsory medical insurance

The article discusses the basic principles of compulsory medical insurance, which should form the basis of legislation on health insurance. Characterizes the basic principles.

Keywords: health insurance, principles, mandatory insurance.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

УДК 347.464

В. Балюк, асистент кафедри цивільного права № 1 Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Правовий механізм регламентації договору ренти

При проведенні останньої кодифікації в основу формування системи цивільно-правових договорів України був покладений принцип «відкритого переліку», за яким як системна розглядається будь-яка ознака, що впливає на правове регулювання суспільних відносин¹. Такий підхід виявився досить плідним, оскільки його результатом стало врегулювання на рівні Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) нових типів договорів, серед яких був і договір ренти, до того часу непомічений.

У доктрині сучасного цивільного права усталеним є підхід, за яким непомічений договір може бути визнаний або новим типом у системі цивільно-правових договорів, або віднесений до нового виду вже відомого типу договору залежно від такого: якщо договір має невідому для системи цивільно-правових договорів спрямованість, то його правова основа повинна обмежуватися виключно загальними положеннями про зобов'язання і договір; якщо ж договір має визначену в ЦК України спрямованість, то до нього повинні застосовуватися уніфіковані норми, що її відбивають².

Відповідно до ст. 731 ЦК України за договором ренти одна сторона (одержувач ренти) передає другій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов'язується періодично виплачувати одержувачеві ренту у формі певної грошової суми або в

¹ Див.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романец. – М. : Юристъ, 2001. – С. 32–33.

² Див.: Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве / М. В. Гордон // Учен. зап. Харьк. юрид. ин-та. – Вып. 5. – Х., 1954. – С. 71–72.

іншій формі. Таким чином, договір ренти належить до договорів, спрямованих на відчуження майна іншій особі. Одержувач ренти відмовляється від капіталізації грошей в майні і прагне одержувати гроші (натуральні виплати) для забезпечення своїх повсякденних матеріальних потреб.

Між тим договір ренти окрім родової ознаки — передача майна у власність, яка об'єднує його з договором купівлі-продажу та даруванням, характеризується тими ознаками, які становлять основу його особливого правового режиму.

По-перше, рента — це віддача того, що вже було передано, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 731 ЦК України одержувач ренти *передає* платникові ренти у власність майно, а звідси одержанню рентних платежів завжди передують передача певного майна або за плату або безоплатно (ч. 1 ст. 734 ЦК України).

По-друге, форма оплати, яка може бути як грошовою, так і натуральною (виконання певної роботи, надання послуг, передання речей тощо) (ч. 1 ст. 731; ст. 737 ЦК України).

По-третє, рентні відносини, як правило, характеризуються безстроковістю, хоча, звісно, вони можуть існувати і в межах строку, визначеного сторонами. Саме з цим і пов'язується обов'язок платника ренти виплачувати ренту або безстроково, або протягом певного строку (ч. 2 ст. 731 ЦК України).

По-четверте, рентні відносини характеризуються ризикованістю, тому договір ренти відносять до алеаторних договорів, тобто оплатних договорів, які конструюються таким чином, що обсяг (розмір) зустрічного задоволення, яке повинна буде одержати одна зі сторін, залишається невідомим, доки не настане та обставина, що призначена це визначити. У договорі ренти розмір рентних платежів може виявитися більшим або, навпаки, меншим за вартість майна, що було передано одержувачем ренти платникові ренти.

Вважаємо, що саме алеаторність змусила законодавця розробити таку конструкцію договору ренти, яка підкреслила його специфіку як самотійного типу цивільно-правового договору, спрямованого на передачу майна у власність, врегулювавши, зокрема, норми щодо забезпечення виплати ренти; відносно розподілу ризиків між сторонами при випадковому знищенні або пошкодженні майна; щодо права платника безстрокової ренти на відмову від договору, відносно права одержувача безстрокової ренти на розірвання договору тощо.

По-п'яте, рента взагалі не пов'язана з підприємницькою діяльністю, а звідси, не вважається прибутком¹, хоча окремі автори, зокрема М. П. Апанасюк, відстоюють думку, що рента — це різновид прибутку. Прибутковий характер ренти вчений пов'язує з тим, що встановлення розмірів виплат ренти не прив'язується до вартості майна відчуженого під її виплату, а тому вона може бути як більшою, так і меншою за ціну майна². Навряд чи з цим можна погодитися, оскільки неможливість визначитися із розміром виплат, які дійсно можуть бути більшими або меншими за вартість майна, переданого під виплату ренти, свідчить не про прибутковість цього договору, а про його ризиковість (алеаторність).

Відповідно до ч. 2 ст. 734 ЦК України, якщо договором ренти встановлено, що одержувач ренти передає оплатно майно у власність платника ренти, до відносин сторін щодо передання такого майна застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, а якщо майно передається безоплатно — положення про договір дарування при умові, якщо це не суперечить суті договору ренти. У першому випадку майно відчужується у власність іншій особі з умовою надання в обмін на нього не тільки періодичних рентних платежів, а й оплати його вартості. У другому — відчуження майна здійснюється безкоштовно, але з одержанням замість переданого майна періодичних рентних платежів.

Запровадження на рівні закону зазначеного механізму пояснюється тим, що договір купівлі-продажу обраний законодавцем як базовий для регулювання договірних зобов'язань, спрямованих на оплатну передачу майна у власність, а договір дарування — зобов'язань, спрямованих на безоплатну передачу майна. Указаний прийом на сьогодні є характерним для ЦК України, оскільки він застосовується не тільки для характеристики правового режиму зазначеного договору, а й для характеристики правового режиму інших договірних форм. Зокрема, характеризуючи правовий режим договорів поставки, контракції сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними

¹ Див.: Брагинский М. И. Договорное право. Книга вторая : Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статус, 2000. — С. 620; Золотко Н. В. Договоры ренты в гражданском праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Наталия Васильевна Золотко ; Кубан. гос. аграр. ун-т. — Краснодар, 2002. — 26 с.

² Апанасюк М. П. Договор ренти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Микола Петрович Апанасюк ; Нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2004. — С. 8.

та іншими ресурсами через приєднану мережу, міну, ЦК України передбачає, що до зазначених договорів застосовуються загальні положення інших типів (видів) договорів того ж спрямування, якщо інше не встановлено договором, законом, або не впливає з характеру відносин сторін, тобто не суперечить суті зобов'язання (ч. 2 ст. 712, ч. 2 ст. 713, ч. 2 ст. 714, ст. 716). Проте застосування положень інших договорів (ренти, поставки тощо) здійснюється тільки за наявності певної умови, а це свідчить, що бланкетна норма враховує можливість виникнення ситуації, за якої дія норм, що є адресатом відсилання, може суперечити тій моделі договору, до якого й повинна застосовуватися бланкетна норма. Слід зазначити, що і для ЦК Російської Федерації цей прийом є характерним.

У доктрині існують декілька поглядів щодо правового механізму регламентації договору ренти. Негативну позицію з приводу субсидіарного застосування до відносин сторін договору ренти правил купівлі-продажу і дарування займає Н. В. Золотько, яка пропонує виключити п. 2 зі ст. 582 ЦК РФ¹ (аналогічна конструкція ч. 2 ст. 734 ЦК України. — В. Б.) щодо цього².

Інші автори уточнюють, що застосування до рентних відносин правил про купівлю-продаж і дарування слід здійснювати, але, поперше, ні до договору ренти в цілому, а лише до тих відносин, які виникають на стадії передання майна і його оплати (або несплати), з чим слід погодитися. По-друге, не всі правила зазначених договірних інститутів відповідають сутності рентних відносин, а тому їх слід застосовувати помірковано³. Так, з норм договору купівлі-продажу пропонуються для застосування в договорі ренти такі: щодо моменту переходу ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження товару; щодо обов'язку передати річ вільною від прав на неї третьої особи; щодо обов'язку сторін у разі пред'явлення третьою особою позову про витребування речі, а з норм договору дарування — щодо

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации: от 26.01.96 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.

² Золотько Н. В. Договоры ренты в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Наталия Васильевна Золотько ; Кубан. гос. аграр. ун-т. – Краснодар, 2002. – С. 7.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 3 т. Т. 2 : Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина ; Ин-т государства и права РАН. – М. : Юрайт-Издат, 2004. – С. 220.

наслідків відшкодування шкоди, завданої невеликими подарованою речі. Заперечується можливість використання тих норм, які належать до консенсуального договору дарування, тобто такого, який передбачає обов'язок передати дарунок у майбутньому, що обґрунтовується це реальним характером договору ренти¹.

Інші правники не погоджуються з конструкцією ч. 2 ст. 734 ЦК України саме у частині застосування до досліджуваного договору положень про дарування, оскільки цей договір — класичний приклад безоплатного договору, а договір ренти незалежно від того, чи передає одержувач ренти майно у власність платника ренти за плату чи безоплатно, завжди оплатний, оскільки він передає майно для отримання зустрічного надання для забезпечення своїх потреб. А тому нелогічним було б застосування положень договору дарування до оплатного зобов'язання². Так, Ю. В. Романець підкреслює, що договір ренти і договір дарування знаходяться у різних нормативних площинах: договір дарування — у площині безоплатних договорів, договір ренти — у площині оплатних договорів, а тому до договорів ренти норми про дарування не можуть бути застосовані. Ігнорування цього, на думку вченого, приводить до необґрунтованого поширення на ренту не властивих їй правових норм, наприклад, досить складно довести можливість застосування таких правил інституту дарування, як відмова одарованого прийняти подарунок³.

Цей підхід поділяє і М. П. Апанасюк, який пропонує викласти ст. 734 ЦК України у новій редакції, при цьому в самій статті вже буде йтися ні про передання майна під виплату ренти, а про набуття права на ренту, яке може здійснюватися або за плату, або безоплатно. Так, якщо договором ренти встановлюється, що право на ренту набувається за плату, до відносин сторін щодо передання майна і його оплати застосовуються загальні положення про договір купівлі-продажу, а

¹ Див.: Брагинский М. И. Договорное право. Книга вторая : Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статус, 2000. – С. 637, 633.

² У літературі зустрічається протилежний погляд на договір ренти, з яким важко погодитись. Так, В. М. Коссак вважає, що договір ренти може мати платний і безоплатний характер, пов'язуючи це з тим, чи покладається на платника ренти обов'язок сплачувати зустрічний еквівалент одержувачу ренти // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. Розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина. 2004.

³ Романець Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романець. – М. : Юрист, 2001. – С. 325.

якщо право на ренту набувається безоплатно — положення про договір дарування, якщо це не суперечить суті договору ренти¹.

Вважаємо, що зміна назви статті і перефразування вислову «передання майна під виплату ренти» на «набуття права на ренту» не може змінити механізм регламентації досліджуваного договору. До того ж автор не враховує того, що право на ренту не є статичним, воно може модифікуватися відносно платника ренти, який отримує майно, обтяжене рентним боргом, і може за згодою одержувача ренти відчужувати його іншій особі, до якої й перейдуть обов'язки платника ренти (ч. 2 ст. 735 ЦК України). Втім найголовніше, що викликає заперечення, це те, як правник пояснює свою пропозицію щодо зміни редакції зазначеної статті. Він вказує, що *правила про дарування можуть застосовуватися тоді, коли сторони домовляються про виплату ренти без зустрічного відчуження майна*². Проте, як правильно зазначає К. І. Скловський, передача речі (майна. — В. Б.) набуває особливого значення не тільки для встановлення моменту виникнення права власності, вона має значення і для самого способу його переходу, оскільки зв'язаність моменту переходу права щодо процедури передачі речі дозволяє вважати, що сама передача і є переходом права власності³. Втім, якщо проаналізувати запропоновані М. П. Апанасюком зміни у контексті всієї його роботи, а правник вважає, що підставою виникнення договору ренти є юридичний склад: волевиявлення сторін договору й *передача майна* в підтвердження досягнутої домовленості, однією з істотних умов цього договору є *предмет*, тобто будь-яке індивідуально визначене майно, не вилучене з цивільного обороту, якому властиві як родові, так і індивідуально визначені ознаки; що договір ренти вважається взаємним договором через те, що до змісту домовленості про виплату ренти входить *умова про передачу майна* і таке інше, то слід констатувати, що пропозиція до зміни редакції ст. 734 ЦК України не узгоджена з іншими висновками, яких доходить автор у результаті проведеного дослідження. До того ж виникає питання, чи взагалі можна вести мову про виникнення рентних відносин,

¹ Апанасюк М. П. Договір ренти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Микола Петрович Апанасюк ; Нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2004. — С. 8.

² Там само.

³ Див.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве / К. И. Скловский. — М. : ДЕЛО, 2000. — С. 205.

якщо сторони домовляються про виплату ренти без зустрічного відчуження майна? Вважаємо, що треба дати заперечливу відповідь, оскільки дієвість тієї чи іншої договірної конструкції, а договір ренти не є винятком, полягає у формуванні системи, яка забезпечувала б передусім виконання узятих сторонами на себе за договором зобов'язань. Сутність рентних відносин полягає в тому, що одержувач рентних платежів відчужує майно, а платник ренти сплачує рентні платежі саме за отримання ним у власність майна. Не отримавши майно, навряд чи платник ренти обтяжить себе обов'язком по сплаті ренти. До того ж практично втрачає своє значення і ч. 1 ст. 742 ЦК України, яка призначена врегулювати відносини сторін у разі випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, *переданого безоплатно* під виплату безстрокової ренти.

Безумовно, дієвість договірної конструкції полягає також і в закріпленні на рівні закону певних гарантій прав контрагентів. У договорі ренти слабкою стороною виступає одержувач рентних платежів, але навіть якщо пропозицію М. П. Апанасюка розглядати як спробу у такий спосіб захистити інтереси одержувача ренти, то треба визнати її невдалою, оскільки вона руйнує сутність самих рентних відносин.

Дійсно, сутнісною ознакою договору дарування як окремого договірної виду, що спрямований на перехід майна у власність, виступає безоплатність. Причому саме за цією ознакою він відрізняється від інших договорів, які мають таку ж спрямованість, Безоплатністю, як правильно зазначається в літературі, обумовлена можливість обдарованого до моменту прийняття дарунку в односторонньому порядку відмовитися від договору дарування¹.

Проте, на наш погляд, незважаючи на те що закріплений у законодавстві механізм і викликає заперечення, на позицію законодавця не можна не зважати. Потреба передання майна під виплату ренти може бути викликана різними причинами і в одержувача ренти має бути вибір на шляху до досягнення своєї мети, тобто в момент передачі майна або запропонувати платникові ренти оплатити вартість майна, або передати йому майно у власність безоплатно. Причому в обох варіантах платник ренти — новий власник майна, бере на себе зобов'язання

¹ Див.: Ісаєв А. М. Договір дарування за Цивільним кодексом України : монографія / А. М. Ісаєв. – Х. : Дьяконенко, 2010. – С. 21.

по сплаті рентних платежів одержувачу ренти. Таким чином, на відміну від договору дарування, договір ренти, в основі якого лежить безоплатна передача майна, все одно породжує у платника ренти обов'язок перед одержувачем ренти. Тому вважаємо, що для запровадження другого варіанта немає іншого механізму, ніж той, що обрав законодавець, — застосувати в частині передання майна положення договору дарування.

Балук В. Правовой механизм регламентации договора ренты

В статье прослеживается правовой механизм регламентации договора ренты по действующему законодательству Украины; даются его специфические признаки; осуществляется его отграничение от таких договоров, как купля-продажа, дарение. Безусловно, действительность договорной конструкции заключается также и в закреплении на уровне закона определенных гарантий прав контрагентов, в связи с чем в статье анализируются права и обязанности сторон и был сделан вывод, что в договоре ренты слабой стороной выступает получатель рентных платежей.

Ключевые слова: обязательство, договор ренты, рентные отношения, получатель ренты.

Baluk V. Legal mechanism for the regulation of rent contract

The article traces the legal mechanism for the regulation of the contract rent under the current legislation of Ukraine; given its specific characteristics, carried out by its delimitation of such contracts as sale, donation. Of course, the validity of contractual construction is also in the consolidation at the level of law guarantees certain rights of contractors. In this connection, the article examines the rights and obligations of the parties and concluded that the contract rents weak side act as the recipient of rent payments.

Keywords: commitment, rent contract, rent relations, the recipient of rent.

УДК 349.22

А. Цапенко, аспірант Харківського державного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

Проблеми припинення трудового договору за обставинами, що не залежать від волі його сторін

Завданням дослідження є з'ясування особливостей незалежних від волі сторін трудового договору обставин, що припиняють трудові відносини, а також формування на цій основі пропозицій щодо вдосконалення як трудового законодавства України, так і проекту Трудового кодексу.

У сучасному світі, де стрімко прогресують такі важливі його аспекти, як економіка, політика та наука, практично без змін залишається трудове законодавство, яке безумовно переплітається та пов'язане з ними. Складність чинного трудового законодавства, багаточисельність та непогодженість його норм, термінологічні й змістовні недоліки правових понять, а іноді невміння сторонами трудового договору правильно застосувати ці норми, спричиняють неоднозначність їх сприйняття та тлумачення, виникнення спорів та непорозумінь. Таку ситуацію необхідно віднести до особливих проблем держави, оскільки трудове законодавство безпосередньо пов'язане з людиною, яка визначається у ст. 3 Конституції України найвищою соціальною цінністю. Світова криза додатково загострює означену проблему, тому що в умовах масових звільнень та скорочень на базі недосконалого трудового законодавства люди почуваються особливо незахищеними. Одним з основних завдань трудового законодавства є створення необхідних умов для досягнення оптимального погодження інтересів сторін трудових відносин та інтересів держави. Важливу думку з цього питання висловив О. І. Процевський, який, зокрема, зазначив: «Трудове право не може виступати інструментом забезпечення ефективності економіки. Його завдання — узгодження цілей економічного процвітання та захист особистості, її прав і свобод»¹.

Реформування інститутів трудового права України відповідно до вимог сучасного стану розвитку суспільних відносин потребує перегляду насамперед ключових засад, покладених в основу правового регулювання трудових відносин. С. М. Прилипко та О. М. Ярошенко слушно зауважили з приводу того, що «значною мірою неефективність правового регулю-

¹ Процевський О. І. Про предмет трудового права / О. І. Процевський // Право України. – 2001. – № 12. – С. 82.

вання трудових відносин пояснюється відсутністю у законодавстві чіткого механізму реалізації закладених у ньому принципів»¹.

У науці трудового права основна увага приділяється дослідженню підстав виникнення трудових правовідносин і значно менше — аналізу юридичних фактів, що їх припиняють. Це пояснюється зазвичай тим, що як в основі виникнення, так і в основі припинення трудових правовідносин лежать ті самі юридичні факти. З цим не можна погодитись, оскільки, встановлюючи підстави припинення трудового договору, законодавство регулює трудове правовідношення, що вже склалося. Більше того, Л. Я. Гінцбург вважав, що основна маса таких, що виходять від держави, юридичних норм спрямована саме на регулювання юридичних відносин. Це норми, мета яких, за задумом законодавця, полягає виключно (або частково) у зміні або припиненні вже існуючих правовідносин. Ця обставина накладає відомий відбиток на форму і порядок волевиявлення, що породжують припинення трудових правовідносин².

Кожний трудовий договір, що був одного разу укладений, рано чи пізно припиняється. Сторони трудових відносин не є абсолютно вільними у виборі підстав його припинення. «Волі працівника на припинення трудових відносин надається вирішальне значення»³, тоді як взагалі трудове законодавство України виходить із принципу жорсткого та вичерпного переліку можливих підстав припинення трудового договору.

Таким чином, справедливим буде зосередитись саме на проблемі несистематизування підстав припинення трудових відносин, що не залежать від волі сторін трудового договору, та розглянути їх окремо.

Договірне регулювання праці передбачає постійний пошук компромісів та активний захист прав сторін індивідуально-договірних і колективно-договірних відносин⁴. Працівники у більшості добровільно виконують покладені на них трудові обов'язки, самостійно здійснюють надані їм суб'єктивні права. Але не завжди реалізація правових норм та існування трудових відносин залежать від волі працівників та

¹ Прилипко С. Проект Трудового кодексу України – важливий етап реформування трудового законодавства / С. Прилипко, О. Ярошенко // Право України. – 2009. – № 3. – С. 15.

² Гинцбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение / Л. Я. Гинцбург ; отв. ред. Р. З. Лившиц. – М. : Наука, 1977. – С. 20–24.

³ Процевский А. И. Метод правового регулирования трудовых отношений / А. И. Процевский. – М. : Юрид. лит., 1972. – С. 181, 185.

⁴ Попов С. В. Захист зайнятості іноземців профспілковими організаціями / С. В. Попов // Форум права. – 2010. – № 1. – С. 307–311.

роботодавців. Законодавство передбачає можливість припинення трудових відносин без урахування волі сторін трудового договору.

Характерною об'єднуючою рисою, що відрізняє розглядувані підстави від інших, є те, що при припиненні трудового договору відсутня воля його сторін. Утім така риса не виключає у деяких випадках наявності волі третіх осіб — це можуть бути суди, військкомати, комісії у справах альтернативної (невійськової) служби, батьки неповнолітнього, профспілкові організації тощо. Роботодавець зобов'язаний виконати вимоги вказаних органів або осіб, оскільки вони ґрунтуються на законі. Тому слід розділяти підстави, незалежні від волі сторін трудового договору, за ознакою наявності або відсутності волі третіх осіб на припинення трудових відносин.

Уповноважуючи третіх осіб вимагати припинення трудового договору, законодавець має різні цілі. Як зазначає О. Яковлев, це, по-перше, додатковий захист соціально-економічних прав та інтересів працюючих, охорона їхньої праці; по-друге, врахування інтересів і прав трудових колективів і держави¹. Інакше кажучи, треті особи, вимагаючи припинення трудового договору, не переслідують власних інтересів, а забезпечують державний чи суспільний інтерес. Відтак можна стверджувати, що треті особи за трудовим правом — це визначені законом фізичні та юридичні особи, які мають право вимагати припинення трудового договору з метою захисту державного чи суспільного інтересу.

Слід зазначити, що підстави, які не залежать від волі сторін трудового договору та які припиняють його дію, «розкидані» у широкій зоні чинного законодавства України, а деякі взагалі ним не передбачені. Виходячи з цього, можна систематизувати вказані підстави таким чином:

- ті, що передбачені КЗпП України;
- ті, що недосконало передбачені КЗпП України та потребують внесення змін та/або доповнень до такої норми;
- ті, що не зафіксовані КЗпП України, але передбачені іншими нормативно-правовими актами України;
- ті, що не передбачені будь-яким нормативно-правовим актом України, але роблять продовження трудових відносин неможливим.

Проаналізувавши законодавство України та врахувавши практику інших країн СНД (Росії, Білорусі, Молдови, Казахстану тощо), можна виділити такі обставини, що припиняють трудові відносини та не залежать від волі сторін трудового договору:

¹ Яковлев О. Роль третіх осіб у припиненні трудових відносин / О. Яковлев // Право України. – 2001. – № 12. – С. 102–105.

1. Звільнення внаслідок скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на працівника обов'язків вимагає доступу до державної таємниці (п. 2 ст. 40 КЗпП України).

У даному випадку третьою особою, яка уповноважена ініціювати припинення трудових відносин, є орган СБУ, який приймає рішення про переоформлення чи скасування допуску до державної таємниці та направляє відповідне повідомлення до державного органу, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, де громадянин проводить діяльність, пов'язану з державною таємницею. Громадянин, у свою чергу, має право оскаржити скасування йому допуску до державної таємниці в порядку, встановленому законом.

2. *Привов або вступ працівника на військову службу, направлення на альтернативну (невійськову) службу* (п. 3 ст. 36 КЗпП України).

Ця підстава припинення трудового договору є недостатньо врегульованою в трудовому законодавстві, адже чинний КЗпП України не передбачає процедури припинення трудового договору в даному випадку.

Окрему увагу слід звернути на перспективу збереження підстави припинення трудових правовідносин у зв'язку з призовом на військову службу, скеруванням на альтернативну невійськову службу з огляду на реформування Збройних Сил України. Указом Президента України від 17 квітня 2002 р. № 348/2002 затверджено Державну програму переходу Збройних Сил України до комплектування військовослужбовцями, які проходять військову службу за контрактом. Програма розрахована на період до 2015 р. Заплановано завершити переведення Збройних Сил на стовідсоткове їх комплектування військовослужбовцями контрактної служби. Яскравим свідченням виконання цієї програми є прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України “Про загальний військовий обов'язок і військову службу”» від 4 квітня 2006 р. № 3597-IV, яким Закон України «Про загальний військовий обов'язок і військову службу» від 25 березня 1992 р. № 2232-XII викладено у новій редакції. Унаслідок цього змінилася назва закону, і на сьогодні він називається Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу».

Таким чином, доцільним буде передбачити можливість припинення трудових правовідносин у зв'язку з призовом працівника на військову службу, скеруванням на альтернативну (невійськову) службу до завершення переходу Збройних Сил України до комплектування військовослужбовцями, які проходять військову службу за контрактом, у Прикінцевих та перехідних положеннях Трудового кодексу. А вступ працівника на військову службу за контрактом передбачити у ч. 2 ст. 96 Трудового кодексу як одну з поважних причин, що дають пра-

цівникові право на визначення дня звільнення з роботи у разі розірвання трудового договору за власною ініціативою.

3. *Звільнення у зв'язку з поновленням на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу (п. 6 ст. 40 КЗпП України).*

У проекті Трудового кодексу передбачено можливість поновлення працівника на роботі винятково за рішенням суду. У такому викладі припинення трудового договору з працівником, якого було прийнято замість звільненого, у разі поновлення на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу, належить до підстав припинення трудового договору за ініціативою осіб, що не є стороною цього договору.

У цьому випадку справді складно говорити про припинення трудового договору за ініціативою роботодавця хоча б з огляду на те, що ініціатива роботодавця є виявом його власного волевиявлення. Натомість у випадку припинення трудового договору з працівником, якого було прийнято замість звільненого, у разі поновлення на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу, роботодавець може не хотіти такого поновлення, але змушений виконувати рішення суду. Припинення такого договору фактично не залежить від волі сторін трудового договору, оскільки, навіть якщо роботодавець не виконує рішення суду про поновлення працівника на роботі, у законодавстві є процедура примусового виконання цього рішення, яке здійснюють органи державної виконавчої служби в порядку, передбаченому Законом України «Про виконавче провадження».

4. *Набрання законної сили вироком суду, яким працівника засуджено до позбавлення волі або до іншого покарання, яке виключає можливість продовження даної роботи (п. 7 ст. 36 КЗпП України), або позбавлення особи судом права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.*

До інших покарань належать виправні роботи не за місцем роботи; позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк, установлений вироком суду, або інші покарання, які виключають можливість продовження роботи. Особливістю звільнення за п. 7 ст. 36 КЗпП України є те, що при призначенні одного із зазначених заходів покарання власник або уповноважений ним орган зобов'язаний розірвати трудовий договір із працівником. Саме тому на таке звільнення не потрібна згода профспілкового комітету. За вказаною підставою не може бути звільнено працівника, якому було призначено вироком суду захід покарання, який не виключає можливості продовження ним його роботи (наприклад, штраф). Засудження працівника може бути підставою для припинення з ним трудового договору, якщо наявні такі умови: працівник засуджений до покарання, що виключає

можливість продовження роботи, та вирок суду, яким працівника засуджено до покарання, набрав законної сили.

5. *Розірвання трудового договору з неповнолітнім на вимогу його батьків або інших уповноважених осіб та органів (ст. 199 КЗпП України).*

Коло осіб, які можуть вимагати розірвання трудового договору з неповнолітнім, обмежене законодавством, яке наділяє таким правом лише батьків, усиновлювачів і піклувальників неповнолітнього та органи, на які покладено нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю. Відповідно до ст. 198 КЗпП України, звільнення неповнолітніх працівників з ініціативи роботодавця допускається, крім додержання загального порядку звільнення, тільки за згодою відповідного органу у справах неповнолітніх (комітети і служби у справах неповнолітніх створюються відповідно до Закону України «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх»¹).

Деякі вчені, зокрема О. Реус, взагалі вважають, що ст. 199 КЗпП України слід вилучити із глави XIII «Праця молоді» і доповнити ст. 36 КЗпП України дев'ятим пунктом, присвяченим розірванню трудового договору з неповнолітнім на вимогу його батьків або осіб, які їх замінюють. Оскільки це положення є однією з підстав припинення трудового договору, то воно повинно міститися у статті, яка регулює загальні підстави припинення трудового договору для всіх громадян України, включаючи неповнолітніх².

6. *Розірвання трудового договору з керівником на вимогу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) (ст. 45 КЗпП України).*

Вимога профспілкових органів про розірвання трудового договору (контракту) є обов'язковою для розгляду і виконання. Якщо власник, або уповноважений ним орган, або керівник, стосовно якого пред'явлено вимогу про розірвання трудового договору, не згоден із цією вимогою, він може оскаржити рішення виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) до суду у двотижневий строк із дня отримання рішення.

7. *Смерть працівника або роботодавця — фізичної особи, а також оголошення судом працівника або роботодавця — фізичної особи померлим або визнання безвісно відсутнім.*

У разі смерті працівника або роботодавця — фізичної особи припинення трудового договору повинно проводитися за наявності копії свідо-

¹ Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 6. – Ст. 35.

² Реус О. Особливості припинення трудових правовідносин з неповнолітніми / О. Реус // Право України. – 2001. – № 8. – С. 79.

цтва про смерть, виданого в установленому порядку органами реєстрації актів громадянського стану. У разі оголошення вказаних осіб померлими або визнання безвісно відсутніми припинення трудового договору повинно проводитися за наявності рішення суду, що набуло чинності.

8. *Настання надзвичайних ситуацій, що перешкоджають продовженню трудових відносин.*

Слід зазначити, що повноваження з кваліфікації певної ситуації як надзвичайної не належать сторонам трудового договору, а віднесені до виключної компетенції відповідних уповноважених органів (Міністерства надзвичайних ситуацій України, територіальних органів з питань цивільного захисту), які проводять ідентифікацію причин її виникнення, визначення масштабів її наслідків та економічних збитків, та у випадках, коли така ситуація досягає загальнодержавного рівня, втручаються Президент України, який видає наказ про введення відповідного режиму, та Верховна Рада України, яка його затверджує. Такі вимоги роблять припинення трудового договору у зв'язку з настанням надзвичайної ситуації незалежним від волі сторін трудових відносин.

Таким чином, припинення трудового договору за обставинами, що не залежать від волі його сторін, є наслідком зовнішніх факторів. Тому охорона прав роботодавців та працівників під час впливу таких зовнішніх факторів, що роблять неможливими подальші трудові відносини, спричиняє необхідність їх більш чіткої правової регламентації. Зокрема, виділення до окремої групи таких підстав припинення трудового договору та розробка механізму застосування цієї групи норм.

Гармонійне поєднання волі та інтересів суб'єктів трудового договору — працівника та роботодавця — має певну складність та свою специфіку. Для їх забезпечення недостатньо тільки юридичних механізмів і процедур запобігання порушенням трудових прав, необхідна творча діяльність держави, спрямована на здійснення вираженої соціальної політики на основі розвитку економіки, підвищення матеріального рівня життя населення.

Поява у Трудовому кодексі України статті, що регламентує групу підстав припинення трудового договору, які не залежать від волі його сторін, вказуватиме на те, що в нових умовах стало можливим говорити не тільки про інститути та субінститути, а й про елементи таких субінститутів, оскільки система трудового права структурно і змістовно (якісно) повинна змінюватися у зв'язку зі змінами соціально-економічного розвитку держави.

Характерна особливість запропонованої норми — припинення трудового договору за обставинами, що не залежать від волі його сто-

рін, полягає у спеціальному правовому регулюванні, передуванні звільненню за вказаними підставами, а отже, в їх тісному зв'язку з іншими галузями права. Для припинення трудового договору, незалежних від волі сторін обставин достатньо наявності правоприсяжної підстави, підтвердженої відповідним документом. По суті, тут відбувається злиття двох ознак: підстави звільнення і відсутність волевиявлення сторін. Ця особливість звільнення відрізняє його від всіх інших підстав, передбачених чинним законодавством.

Щоб уникнути колізій у новому Трудовому кодексі України, доцільно у ньому закріпити загальне правило щодо неприпустимості включення норм, які регулюють трудові відносини, до інших законів, крім випадків, коли це безпосередньо передбачено у самому кодексі.

Цапенко А. Проблемы прекращения трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли его сторон

В статье раскрыты проблемы прекращения трудовых отношений по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон трудового договора. Проанализировано действующее трудовое законодательство Украины, выявлены его недостатки, создающие проблемы при расторжении трудового договора. Установлено, что основания, которые прекращают трудовые отношения по указанным обстоятельствам, хаотично расположены в законодательстве Украины, а некоторые вообще им не предусмотрены. В результате предложены соответствующие изменения и дополнения в трудовое законодательство Украины, которые систематизируют указанные основания и исключают ряд проблем, усложняющих процесс расторжения трудовых отношений и документального оформления увольнения работника без нарушения его законных прав и интересов.

Ключевые слова: независимые от воли сторон обстоятельства; прекращение трудовых отношений; трудовой договор.

Tsapenko A. Problems of termination of employment contract due to circumstances that do not depend on the will of the parties

In the Article disclosed the problems of termination employment for reasons that are independent of the will of the parties to the employment contract.

Presented a detailed analysis of existing labor legislation of Ukraine. Identified weaknesses of legislation that contribute to problems in the termination of the employment contract, which makes such legislation with flawed.

As a conclusion, the reasons that were considered randomly located in the Ukrainian legislation, and some are not represented.

As a result, proposed appropriate changes in labor legislation of Ukraine. These changes will systematize these circumstances, and excludes a number of issues that complicate the process of termination of employment.

Keywords: independent of the will of the parties circumstances; termination of employment; an employment contract

УДК 343.23:502

Н. Нетеса, здобувач Інституту вивчення проблем злочинності НАПрН України

Кримінально-правова характеристика суб'єкта порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК України)

Одним з обов'язкових елементів складу злочину, без якого неможлива кримінальна відповідальність, є суб'єкт злочину. Це твердження сьогодні є усталеним у вітчизняній науці кримінального права, що, однак, не означає відсутності проблем у даному питанні. Пов'язано це перш за все з тим, що, незважаючи на приділення достатньої уваги науковців дослідженню суб'єкта злочину (значний внесок у розробку загальнотеоретичних положень про нього зробили В. І. Борисов, С. Б. Гавриш, О. І. Коробєєв, Р. І. Міхєєв, В. С. Орлов, В. Г. Павлов, В. Я. Тацій, В. В. Устименко та ін.), його і дотепер не можна визнати досконало вивченим, що зумовлено не лише наявністю у Кримінальному кодексі України 2001 р. (далі — КК) певних новел, що стосуються суб'єкта злочину, а й тим, що чимало питань, пов'язаних із ним, як і раніше, залишаються дискусійними. Це стосується, зокрема, визначення змісту ознак суб'єкта злочину, його місця у складі злочину, визнання суб'єктом злочину юридичних осіб тощо. Не менш складними є й окремі аспекти практичного застосування положень про суб'єкта злочину стосовно конкретних кримінально караних діянь, у даному разі — стосовно порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК), що підкреслює актуальність розглядуваного питання та необхідність його подальшої наукової розробки і вдосконалення.

Метою цієї статті є поглиблена характеристика ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 240 КК, дослідження питання про доцільність встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення цього злочину та застосування поняття «спеціальна осудність», а також надання пропозицій щодо подальшого вдосконалення кримінально-правових приписів, які стосуються суб'єкта порушення правил охорони або використання надр.

У теорії кримінального права та в чинному законодавстві (ч. 1 ст. 18 КК) суб'єкт злочину визначається як фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК може наставати кримінальна від-

повідальність. Аналіз наведеного визначення дозволяє виокремити ті загальні ознаки, яким має відповідати суб'єкт будь-якого злочину, в тому числі і злочину, передбаченого ст. 240 КК. Розглянемо їх більш докладно.

Перша ознака суб'єкта злочину полягає в тому, що ним може бути визнана лише фізична особа, тобто людина. Кримінальна відповідальність юридичних осіб на сьогоднішній день чинним законодавством України не передбачена, хоча певні спроби її запровадити все ж таки здійснювалися. Про це свідчить, зокрема, Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р., який, будучи введеним у дію 1 січня 2011 р., вже 5 січня цього року втратив свою чинність на підставі Закону України «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції» від 21 грудня 2010 р. Цей нормативно-правовий акт, формально продіявши чотири дні, передбачав види порушень, за які юридичні особи могли притягатися до юридичної відповідальності, і види стягнень, які до них могли застосовуватися. Але ще раз наголосимо, що і в цьому законі не було вказівки саме на кримінальну відповідальність юридичних осіб, що навіть за таких умов дозволяло тлумачити його положення на користь відбитої у низці статей чинного КК позиції про те, що суб'єктом злочину може бути лише фізична особа (громадяни України, іноземці та особи без громадянства). Юридичні ж особи можуть бути суб'єктами інших видів юридичної відповідальності, передусім цивільної, господарсько-правової та адміністративної.

Принциповість законодавчої позиції у даному питанні тим не менш не знімає актуальності цієї проблеми у наукових колах. Сьогодні у спеціальній літературі все частіше висловлюються думки з приводу позитивного вирішення питання про доцільність введення кримінальної відповідальності юридичних осіб, зокрема за злочини проти довкілля. Одним з основних аргументів на користь останньої виступає посилання на досвід зарубіжних країн (зокрема, Великої Британії, США, Франції, Нідерландів та ін.), які, за твердженням прихильників цієї позиції (Е. М. Жевлаков, В. К. Матвійчук, А. В. Наумов¹), випе-

¹ Див.: Жевлаков Э. К вопросу об ответственности юридических лиц за совершение экологических преступлений / Э. Жевлаков // Уголовное право. – 2002. – № 1. – С. 10–13; Матвійчук В. К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : монографія / В. К. Матвійчук. – К. : Азимут-Україна, 2005. – С. 270; Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций : в 3 т. Т. 1 : Общая часть / А. В. Наумов. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 346.

реджають нас як у розумінні екологічної проблеми в цілому, так і у способах реагування на неї. При цьому основний акцент робиться на те, що шкода, яка спричиняється довікллю діяльністю юридичної особи, значно перевищує шкоду, яка може бути заподіяна окремою фізичною особою, а тому і кримінально-правові санкції, які застосовуються до юридичних осіб за злочини проти довілля, є більш ефективними, оскільки вони, на відміну від покарань, що застосовуються до фізичних осіб, здатні зробити економічно не вигідним зайняття екологічно шкідливою діяльністю для всіх працівників відповідного підприємства, а не лише для його власника і керівного персоналу¹.

Не заперечуючи проти судження про масштаби тієї шкоди, яка завдається навколишньому природному середовищу саме діяльністю юридичних осіб, у той же час не вважаємо за доцільне підтримати висловлену тезу про те, що санкції, які застосовуються до юридичних осіб у межах адміністративного, цивільного та господарського законодавства, є неадекватними розміру спричиненої ними шкоди. Так, наприклад, Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» та постановою Верховної Ради України від 29 жовтня 1992 р. передбачений порядок обмеження, тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій і об'єктів у разі порушення ними законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Крім того, законодавством встановлена також можливість накладення штрафів на юридичних осіб за відповідні порушення. З цього випливає, що більшість із тих видів санкцій, які передбачені для юридичних осіб кримінальними кодексами зарубіжних країн, законодавством України накладаються у цивільному чи адміністративному порядку, що робить сумнівною доцільність їх дублювання у КК України.

Не можна не зупинитися у даному контексті й на питанні співвідношення кримінальної відповідальності юридичних осіб із класичними принципами кримінального права — індивідуальної та винної відповідальності. Непорушність і пріоритет цих принципів навряд чи може зберігатися при кримінальній відповідальності юридичних осіб, адже вони тісно пов'язані з іншими принципами і різними інститутами кримінального права (наприклад, інститутом кримінальної відповідальності, покарання, співучасті, необхідної оборони, крайньої необ-

¹ Див.: Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций : в 3 т. Т. 1 : Общая часть / А. В. Наумов. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 346.

хідності та ін.), які традиційно розроблялися і вдосконалювалися відповідно до положень, що суб'єктом злочину може бути тільки фізична осудна особа¹.

З огляду на це вважаємо, що на сьогоднішній день пропозиція встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення злочинів проти навколишнього природного середовища не має достатніх підстав. Це пояснюється тим, що, по-перше, заборона діяльності того чи іншого підприємства, конфіскація майна або накладення штрафів не є перешкодою для вчинення злочинів проти довкілля, оскільки замість одного може бути створене інше таке саме підприємство, а по-друге, прийняття рішень, що призводять до суспільно небезпечних діянь, переважно виходить від конкретних осіб, а тому інші особи, наприклад, пересічні працівники, які не мають відношення до таких рішень, але руками яких саме і вчиняються такі злочини, не повинні зазнавати негативних наслідків діяльності окремих осіб. До того ж притягнення до відповідальності юридичної особи, а не конкретних порушників, з одного боку, може призвести до уникнення ними кримінальної відповідальності, а з другого боку — якщо вони все ж таки будуть притягнуті до кримінальної відповідальності, призведе до порушення одного з фундаментальних конституційних принципів про те, що особа не може бути двічі притягнута до відповідальності одного виду за те саме порушення. Не можна не відмітити і той факт, що законодавством України передбачена можливість притягнення юридичних осіб до інших видів юридичної відповідальності, які є не менш ефективними та суворими, ніж кримінально-правові санкції. Це дозволяє дійти висновку, що суб'єктом злочинного порушення правил охорони або використання надр може бути лише фізична особа. Що стосується юридичних осіб, від імені або в інтересах яких вчиняється їх службовими особами даний злочин, то вони можуть бути визнані суб'єктами юридичної відповідальності інших видів — цивільної, господарсько-правової, адміністративної. Це однак не повинно

¹ Див.: Павлов В. Г. Суб'єкт преступления / В. Г. Павлов. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 265, 267–268; Таций В. Я. Научное обеспечение путей противодействия коррупции в Украине / В. Я. Таций, В. И. Борисов // Громадська експертиза. Актуальні проблеми боротьби з корупцією в Україні. – К., 2004. – Вип. 4. – С. 47; Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 5 : Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. – Х. : Право, 2008. – С. 236–237.

стати причиною зупинення подальшого вивчення цього питання на доктринальному рівні.

Другою обов'язковою ознакою суб'єкта злочину є осудність, тобто здатність особи діяти винно і регулювати свою поведінку, обираючи той чи інший варіант соціально значущої поведінки. Відповідно до ч. 1 ст. 19 КК осудною визнається особа, яка під час вчинення діяння, передбаченого КК, могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. Таке визначення дозволяє виокремити два критерії осудності: 1) юридичний — здатність особи усвідомлювати фактичні ознаки свого діяння та його суспільну небезпечність, а також керувати ним та 2) медичний — психічне здоров'я особи на час вчинення злочину. Особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК, не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки, визнається неосудною і не підлягає кримінальній відповідальності.

Аналізуючи осудність як ознаку суб'єкта злочину, не можна оминути увагою і проблему так званої «спеціальної осудності», яка традиційно розглядається у тих випадках, коли злочини пов'язані з порушенням певних правил — охорони праці, транспортних тощо. Уперше це питання поставив М. С. Грінберг стосовно тих ситуацій, що виникають у результаті взаємодії людини і техніки, коли осудна у традиційному розумінні цього слова особа не здатна прийняти правильне рішення у складній виробничій ситуації¹. Сьогодні судження науковців з приводу необхідності виокремлення спеціальної осудності розділилися: одні вчені підтримують цю пропозицію (М. Г. Іванов²), інші ж, зокрема В. І. Борисов, І. І. Карпець, О. І. Коробєєв, Р. І. Міхєєв, вважають її недоцільною, посиляючись на те, що самі по собі можливі негативні якості особи (професійна непридатність чи невідповідність до роботи) або тимчасові психічні стани (розгубленість суб'єкта, який опинився в екстремальній ситуації, або нервово-психічні перевантаження), які зумовили прийняття особою помилкового рішення,

¹ Грінберг М. С. Преступления против общественной безопасности : учеб. пособие / М. С. Гринберг. – Свердловск : Свердловск. юрид. ин-т, 1974. – С. 129.

² Иванов Н. Г. Аномальный субъект преступления. Проблемы уголовной ответственности : учеб. пособие / Н. Г. Иванов. – М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – С. 194–195.

не рівноцінні за змістом та соціально-юридичною сутністю правовим категоріям «осудності» та «неосудності», їх функціональному призначенню у кримінальному праві¹.

Питання спеціальної осудності зазвичай досліджується у межах спеціального суб'єкта злочину, професія або діяльність якого сполучена із необхідністю витримувати значні психоемоційні та нервові навантаження. Що стосується суб'єкта злочину, передбаченого ст. 240 КК, то, незважаючи на те, що значна кількість видів користування надрами супроводжується фізичними та нервово-психічними перевантаженнями осіб, що їх здійснюють, дефіцитом часу для пошуку правильного рішення, великою відповідальністю тощо, введення поняття «спеціальна осудність» щодо суб'єктів цього злочину уявляється недоцільним. Це зумовлюється тим, що цей злочин не пов'язаний безпосередньо зі здійсненням професійної або виробничої діяльності, а тому може бути вчинений будь-якою особою. А це означає, що немає необхідності включати до поняття осудності додаткові ознаки, які б звужували коло осіб, які можуть притягатися до кримінальної відповідальності за вчинення даного злочину. До того ж вважаємо виправданим твердження науковців, які доходять висновку, що при конструюванні «спеціальної осудності» насправді відбувається підміна понять «осудність» та «неосудність» професійною придатністю або непридатністю суб'єкта² (відсутність необхідних знань, кваліфікації, досвіду тощо), адже неосудною внаслідок психофізичних перевантажень з однаковим ступенем ймовірності може стати як непідготовлена, так і підготовлена людина³. З огляду на це ми підтримуємо точку зору, що проблемами, пов'язані з особливостями перебігу психічних процесів у осіб, на яких у ході їх діяльності істотним чином впливають різні чинники, повинні вирішуватися у рамках необережної форми вини⁴ (зокрема,

¹ Див.: Борисов В. И. Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / В. И. Борисов, Укр. юрид. акад. – Харьков, 1992. – С. 324–325; Карпец И. И. Современные проблемы уголовного права и криминологии / И. И. Карпец. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 181; Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. – Т. 1 : Преступление и наказание. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 423.

² Див.: Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. – Т. 1 : Преступление и наказание. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 426.

³ Див.: Карпец И. И. Современные проблемы уголовного права и криминологии / И. И. Карпец. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 181.

⁴ Орловська Н. А. Осудність та її види (порівняльний аналіз законодавства України та інших держав) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. А. Орловська ; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2001. – С. 14.

злочинної недбалості) або казусу (якщо навіть при напруженні всіх інтелектуальних здібностей та психофізіологічних можливостей особа не могла передбачити і запобігти настанню суспільно небезпечних наслідків¹, тобто за відсутності суб'єктивного критерію недбалості). У тих же випадках, коли особа виявляється нездатною керувати своїми діями внаслідок тимчасового розладу психічної діяльності або іншого хворобливого стану психіки, викликаного стресом, має місце не спеціальна осудність, а неосудність у її традиційному розумінні².

Отже, осудність — це позитивна властивість особистості, норма, типовий стан її психіки, характерний для переважної більшості людей³. Саме тому, за загальним правилом, цей стан презюмується. З цього випливає, що осудність притаманна і суб'єкту злочину, передбаченого ст. 240 КК.

Ще однією обов'язковою ознакою суб'єкта будь-якого злочину є досягнення особою певного передбаченого у законі віку. Ця характеристика суб'єкта злочину безпосередньо пов'язана з осудністю, оскільки виступає в ролі своєрідного ланцюга, що поєднує психічне здоров'я людини з рівнем її соціалізації, які є передумовами осудності як такої⁴. Для суб'єкта порушення правил охорони або використання надр законодавець спеціально не передбачає необхідності досягнення особою певного віку, що є доказом того, що для даного суб'єкта злочину вік є загальним — 16 років. І це має своє обґрунтування, адже даний вид злочину не поширений серед підлітків з урахуванням таких обставин. Діяльність, пов'язана з охороною та використанням надр, є доволі трудомісткою і потребує значних, перш за все фізичних зусиль, якими в силу особливостей фізіологічного розвитку особи 14-річного віку, як правило, не наділені. Крім того, більшість видів користування надрами, окрім хіба що видобування

¹ Борисов В. И. Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / В. И. Борисов. – Укр. юрид. акад. – Харьков, 1992. – С. 326.

² Див.: Карпец И. И. Современные проблемы уголовного права и криминологии / И. И. Карпец. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 180; Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. – Т. 1 : Преступление и наказание. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. – С. 429.

³ Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – С. 140.

⁴ Див.: Михеев Р. И. Проблемы вменяемости и невменяемости в советском уголовном праве / Р. И. Михеев. – Владивосток : Дальневост. ун-т, 1983. – С. 37–38.

корисних копалин поверхового залягання (наприклад, бурштин-сирець, деякі різновиди кам'яного вугілля), потребує використання спеціальної техніки, яка тим більше є недоступною для таких осіб. Значну роль у тому, що вчинення злочину, передбаченого ст. 240 КК, не є характерним для цих осіб, відіграє і та обставина, що цей вид діяльності не дає їм можливості задовольнити свої потреби, оскільки не сприяє ані самоствердженню (як, наприклад, при хуліганстві або насильницьких злочинах), ані незаконному збагаченню (як при майнових злочинах), які є найбільш поширеними серед неповнолітніх осіб. На користь зробленого припущення свідчить і аналіз матеріалів судової практики, який показав, що метою експлуатації надр є або задоволення господарських потреб осіб, що його вчиняють (наприклад, обігрів житла, ремонт), або одержання значного прибутку внаслідок реалізації продукції, одержаної в ході неправомірного надкористування. Ані те, ані інше не є властивим для осіб віком до 14 років. До того ж ці особи не мають спеціальних знань та навичок, необхідних для забезпечення рентабельності цієї справи передусім для них самих. Викладене підтверджує відсутність першого з критеріїв, покладених в основу зниження віку до 14 років за вчинення даного злочину.

Інший важливий момент, на який необхідно звернути увагу під час дослідження віку, з якого настає кримінальна відповідальність за вчинення порушення правил охорони або використання надр, це те, що навряд чи особа вже у 14 років може усвідомлювати суспільну небезпечність та протиправність цих злочинів, а саме те, що, наприклад, видобування корисних копалин потребує одержання спеціальних дозволів, гірничого відводу, погодження питання про надання земельної ділянки для цих потреб, отримання ліцензії на здійснення такого виду господарської діяльності. Разом із тим викликає обґрунтовані сумніви і можливість підлітка адекватно оцінити, що від такої діяльності може бути заподіяна шкода навколишньому природному середовищу. А тому очевидно, що рівень розумового розвитку осіб 14-річного віку не дає їм можливості усвідомити суспільну небезпечність та протиправність своїх діянь, хоча й не виключає можливості усвідомлення окремих фактичних ознак вчинюваного діяння. Це, однак, не означає, що підлітки не можуть бути залучені, наприклад, до процесу видобування корисних копалин. Цілком реальною є ситуація, коли особи, що не досягли віку, з якого настає криміналь-

на відповідальність за вчинення злочину, передбаченого ст. 240 КК, вчиняють таке діяння під безпосереднім керівництвом так званих «наставників». Від цього підлітки не набувають здатності усвідомлювати суспільно небезпечний характер свого діяння, а отже, і не стають суб'єктом даного злочину. Тут виникає вже інша проблема — посереднього заподіяння, коли суб'єктом злочину визнається та особа, яка використала для вчинення злочину іншу особу, що не досягла певного віку. Крім того, за таких умов набуває актуальності й постановка питання про притягнення посереднього виконавця до кримінальної відповідальності за експлуатацію дітей (ст. 150 КК), що дає підстави визнавати 14-річну особу, яка фактично виконувала певні види робіт, не суб'єктом злочину, а потерпілим від нього.

Важливо зазначити також, що порушення правил охорони або використання надр не належить до категорії злочинів, що мають підвищену суспільну небезпечність, оскільки діяння, передбачене ч. 1 ст. 240 КК, належить до злочинів невеликої тяжкості, частинами 2 та 3 — до злочинів середньої тяжкості і лише у випадках, коли цей злочин вчиняється шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнебезпечним способом або спричиняє загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки, він належить до категорії тяжких злочинів. Усе це свідчить про обґрунтованість встановлення віку, з якого настає кримінальна відповідальність за вчинення аналізованого злочину, з 16 років.

Узагальнюючи викладене, зазначимо, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 240 КК, повинен бути фізичною осудною особою, яка досягла 16-річного віку. Вказівки на інші додаткові ознаки суб'єкта порушення правил охорони або використання надр у диспозиції вказаної статті не міститься, що дає підстави стверджувати, що суб'єкт даного злочину — загальний, тобто будь-яка особа як пов'язана, так і не пов'язана за родом своїх професійних занять з експлуатацією та охороною надр, у тому числі й службова. З приводу останньої, на наш погляд, доречно зауважити, що незважаючи на те, що визнання діяння злочином визначається не становищем суб'єкта у системі соціальних зв'язків, а характером та ступенем порушення нормативів законодавства про надра¹, це не означає, що службове становище особи взагалі

¹ Див.: Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства / С. Б. Гавриш. – К. : Ін-т законодавства Верхов. Ради України, 2002. – С. 470.

недоречно враховувати під час кваліфікації порушення правил охорони або використання надр. Виходячи з того, що питома вага випадків вчинення даного злочину службовою особою є достатньо репрезентативною (за результатами узагальнення судової практики це 15,9 %), а можливості його організації та вчинення у цих осіб порівняно з можливостями приватних осіб є значно більшими внаслідок перебування у їх розпорядженні чисельного штату підлеглих працівників, а також відповідних матеріально-технічних та фінансових ресурсів, вважаємо за доцільне запропонувати включити до ч. 3 ст. 240 КК кваліфікуючою ознакою даного злочину таку обтяжуючу обставину, як вчинення діянь, передбачених ч. 1 або ч. 2 ст. 240 КК, «службовою особою з використанням службового становища»¹. Це, по-перше, зніме питання про необхідність додаткової кваліфікації таких випадків за відповідними статтями розділу XVII КК «Злочини у сфері службової діяльності, професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» (зокрема, статті 364, 364¹, 365, 365¹ або 367 КК), які вимагають обов'язкового встановлення передбачених КК наслідків, а саме, істотної або більш тяжкої шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. По-друге, таке розв'язання проблеми сприятиме забезпеченню одноманітності правозастосовної практики, адже за нашим дослідженням за одних і тих самих обставин у 20,6 % випадків вчинення службовою особою злочину, передбаченого ст. 240 КК, її діяння додатково кваліфікувалися як відповідні злочини у сфері службової діяльності, у 67,6 % — лише за відповідною частиною ст. 240 КК, а у 11,8 % суд визнавав недоцільною кваліфікацію за сукупністю і виключав з обвинувачення відповідні статті розділу XVII КК, посилаючись на відсутність у діянні винної особи складу злочину у сфері службової діяльності. До того ж виправдовує себе така пропозиція і тим, що санкція ч. 3 ст. 240 КК є більш суворою порівняно з відповідними санкціями статей 364, 364¹, 365, 365¹ чи 367 КК, що відповідає загальнотеоретичному положенню щодо караності спеціальних злочинів відповідно до загальних.

¹ Доцільність доповнення ч. 3 ст. 240 КК вказаною кваліфікуючою ознакою зумовлена також і тим, що подібне вирішення стосовно злочину з формальним складом вже є у КК України. Мова йде про ст. 248 КК («Незаконне полювання»), в ч. 2 якої законодавець серед інших обтяжуючих обставин передбачив ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням службового становища.

Таким чином, розгляд ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 240 КК, крізь призму основних положень теорії кримінального права та чинного законодавства дозволяє дійти висновку, що це питання й сьогодні залишається достатньо дискусійним і таким, що потребує свого подальшого ґрунтовного дослідження. Пояснюється це не лише необхідністю вдосконалення окремих теоретичних положень, що стосуються суб'єкта аналізованого злочину та інших злочинів проти довкілля, а й потребою в подальшій оптимізації чинного законодавства, що дозволить забезпечити одноманітність його застосування на практиці та сприятиме втіленню у життя фундаментальних принципів кримінального права.

Нетеса Н. Уголовно-правовая характеристика субъекта нарушения правил охраны или использования недр (ст. 240 УК Украины)

Статья посвящена исследованию субъекта нарушения правил охраны или использования недр. В ней детально анализируются признаки субъекта преступления, предусмотренного ст. 240 УК, а также даются предложения по совершенствованию уголовно-правовых предписаний, касающихся субъекта данного преступления.

Ключевые слова: субъект преступления, субъект юридической ответственности, специальная вменяемость.

Netesa N. Criminal and Legal Characteristics of the Subject of Violation of the Rules for Protection or Use of Subsoil (art. 240 of the Criminal Code of Ukraine).

The article is devoted to the study of the subject of violation of the rules of protection or use of subsoil. The work analyzes in detail the signs of the subject of crime under art. 240 of the Criminal Code and gives proposals for the improvement of the criminal and legal orders, which are concerned the subject of this crime.

Keywords: subject of crime, subject of judicial responsibility, special capacity.

Гене́за державної влади та її системи в Україні

Феноменологія влади була і залишається об'єктом чисельних наукових досліджень. Пізнанню соціальної природи влади у державі, суспільстві, громаді, суспільних корпораціях, сім'ї присвячувалися і продовжують присвячуватися численні роботи філософів, соціологів, політологів, правознавців, психологів та інших науковців. Набуває свого поширення й така специфічна сфера знань, як кратологія — наука про владу. Це свідчить про споконвічний інтерес людини до природи влади та її всебічного пізнання.

Разом із тим нині є очевидним, що режими влади, її носії та їх владні повноваження, взаємовідносини між суб'єктами володарювання, а також інші питання утвердження, організації та функціонування державної влади вимагають свого належного правового врегулювання і насамперед на конституційному рівні. Відповідні ж механізми конституційно-правового регулювання, у свою чергу, потребують свого переосмислення та належного теоретичного обґрунтування.

Очевидно, що на сьогодні найбільш досліджуваною і водночас недостатньо пізнаною залишається конституційно-правова природа державної влади в Україні. Численні спроби наукового аналізу конституційних основ організації державної влади, правового статусу її суб'єктів та механізму їх взаємодії, здійснені вітчизняними правознавцями, на жаль, не убезпечили суспільство від багатьох втрат внаслідок невдалої трансформації моделі здійснення влади. Це, із-поміж іншого, зумовлюється як динамічністю суспільно-політичних процесів та численними глобалізаційними викликами, так і відсутністю цілісної концепції оптимізації державної влади в Україні.

Разом із тим сучасна наука конституційного права не стоїть на місці й проблеми розвитку державної влади стають предметом ґрунтовних монографічних досліджень. Це, зокрема, підтверджує нещодавній вихід у світ змістовної монографії В. Скрипнюк «Розвиток

системи державної влади в Україні: конституційно-правові аспекти»¹, яка швидко знайшла свого допитливого читача.

Очевидною є актуальність цього наукового доробку для сучасної правотворчої та правозастосовної діяльності у сфері реформування системи державної влади, особливо після прийняття Конституційним Судом України Рішення № 20-рп від 30 вересня 2010 р., яким було поновлено дію Конституції України у редакції від 28 червня 1996 р. Адже виклики і завдання, що постали перед українською державою на сучасному етапі її розвитку, неможливо розв'язати без з'ясування головних тенденцій розвитку та належного теоретико-методологічного обґрунтування головних напрямів реформування системи державної влади.

Масштабність наукового дослідження В. Скрипнюк саме і полягає в тому, що вченій удалося, як на наш погляд, дослідити не окремі елементи чи суб'єкти державної влади, а систему державної влади загалом. У вказаній монографії категорія «система державної влади» визначається як «структурована сукупність конституційно врегульованих й унормованих зв'язків і відносин, які уможливають цілеспрямовану й упорядковану взаємодію складових елементів цієї системи з метою реалізації основних функцій держави і збереження її конституційних характеристик як демократичної, правової, соціальної» (с. 5).

Логічним, послідовним і вельми вдалим виглядає виклад матеріалу, про що свідчить зміст монографії «Розвиток системи державної влади в Україні: конституційно-правові аспекти». Монографія складається з передмови, п'яти взаємопов'язаних розділів і післямови. Передмова вводить читача в актуальність проблематики, знайомить із останніми розробками науковців з обраної авторкою проблематики, анонсує теоретичне спрямування монографії та її практично-прикладні аспекти.

Вартим уваги є перший розділ монографії, в якому В. Скрипнюк аналізує та систематизує основні вітчизняні та зарубіжні дослідження державної влади у правовій науці, вказує на їх переваги та недоліки. Головна увага авторки спрямована на з'ясування особливостей інституційного аналізу державної влади та обґрунтування відповідного методологічного інструментарію для дослідження обраної нею проблематики.

¹ Скрипнюк В. М. Розвиток системи державної влади в Україні: конституційно-правові аспекти : монографія / В. М. Скрипнюк. – К. : Логос, 2010. – 504 с.

Заслугує на увагу підрозділ, присвячений проблемам теорії конституційно-правового забезпечення політичної участі як умови розвитку демократичної системи державної влади. Зокрема, очевидною заслугою В. Скрипнюк є обґрунтування доцільності введення в науковий обіг такої змістовної категорії, як «політична участь», що широко використовується в зарубіжній науці (С. Верба, С. Ліпсет, Х. Лінц та ін.). Разом із тим авторка не ідеалізує універсальність відповідної категорії й залучає читача до широкого наукового дискурсу щодо її сутності та змісту, призначення в конституційному праві.

Родзинкою першого розділу монографії є підрозділ, присвячений конституційним засадам системи державної влади в умовах утвердження демократії та верховенства права. В. Скрипнюк вдалося змодельовувати нові сучасні виміри дослідження розвитку системи державної влади, реалізовані в наступних розділах її роботи.

Другий розділ монографії В. Скрипнюк присвятила конституційним засадам організації та функціонування державної влади в Україні. У ньому аналізується та змістовно наповнюється так званий «конституційно-правовий режим демократизму державної влади», здійснюється спроба з'ясувати сутність державної влади у контексті конституційної моделі взаємодії політики і управління.

Увага читача у другому розділі привертається й до традиційної, але актуальної в умовах сьогодення проблематики конституційно-правового забезпечення реалізації принципу поділу влади. Положення та пропозиції відповідного підрозділу монографії мають важливе значення для сучасної конституційної практики, зумовленої поверненням до президентсько-парламентської форми республіканського державного правління в Україні.

Дискусійним і гострим є розділ третій монографії — «Розвиток законодавчої влади і конституційне утвердження традицій парламентаризму в Україні». У ньому В. Скрипнюк аналізує конституційні основи функціонування парламенту в Україні, досліджує особливості генези виборчої системи в контексті розвитку парламентаризму та ставить питання про пошук оптимальної моделі виборчої системи, спроможної поновити законотворчий потенціал Верховної Ради України та забезпечити її легітимність.

Поновленню дискурсу про раціональні моделі залучення політичних партій до організації та функціонування парламенту присвячено третій підрозділ третього розділу рецензованої монографії. Його зміст

підводить до висновку про необхідність пошуку та унормування нових форм і методів використання державотворчого потенціалу політичних партій у конституційно-правових реаліях сьогодення.

У контексті оптимізації виконавчої влади надзвичайно актуальним є четвертий розділ монографії, присвячений конституційно-правовим основам розвитку системи органів виконавчої влади в Україні.

У п'ятому розділі рецензованої монографії визначено роль судових і правоохоронних органів у процесі демократизації державної влади. У ньому, з-поміж іншого, йдеться про питання конституційного забезпечення функціонування органів судової влади в системі державної влади в Україні. Актуальність цієї проблематики для подальшого удосконалення системи судоустрою та судочинства в Україні не потребує додаткових аргументів. Важливою складовою завершального розділу є дослідження проблем удосконалення правоохоронної діяльності у контексті демократичного розвитку системи державної влади.

Разом з тим окремі положення монографії сприймаються як надто обережні, недостатньо критичні та навіть банальні з огляду на сучасну практику функціонування української системи здійснення державної влади, яка протягом останніх років доволі часто залишалася безпорадною перед численними глобалізаційними викликами та загрозами сьогодення. У цьому контексті хотілося б побажати автору більш рішуче та конкретно висловлюватися щодо подальшого удосконалення системи здійснення державної влади та поточного українського законодавства. І хоча не всі висновки, зроблені в монографії, виглядають достатньо переконливими та логічно завершеними, є достатні підстави для висновку про те, що вона становить значний науковий інтерес та заслуговує на ознайомлення з боку науковців, політиків, державних діячів, юристів-практиків та усіх небайдужих до проблем розвитку системи державної влади в Україні.

М. І. Панов, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України

В. П. Колісник, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 70 років від дня народження відомого фахівця в галузі цивільно-процесуального права, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Тертишнікова Володимира Івановича**, який народився 22 серпня 1941 р. у с. Криворіжжя Ростовської обл. (Російська Федерація). У 1967 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»), де і розпочав трудову діяльність за фахом, пройшовши шлях від асистента до професора. З 1974 р. по 1978 р. — завідувач кафедри теорії держави і права, з 1978 р. — заступник декана, з 1983 р. по 2007 р. — декан господарчо-правового факультету, з 1991 р. і дотепер — професор кафедри цивільного процесу.

У 1972 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Процесуальні засоби зміцнення сім'ї в провадженні про розірвання шлюбу» (спеціальність 12.712, нині — 12.00.03). Вчене звання професора присвоєно у 1992 р. Був обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2002 р.

Напрями наукової діяльності: цивільний процес, його принципи, цивільно-процесуальна форма, перегляд та виконання судових рішень. Опублікував понад 120 наукових праць, серед яких: «Судова експертиза» (у співавт., 2004), «Господарський процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавт., 2004), «Основы исполнительного производства» (у співавт., 2003, 2004), «Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (2007, 2010), «Цивільний процес України (лекції)» (2008), «Гражданский процесс Украины» (2009).

Заслужений юрист РРФСР (1990), нагороджений Почесною грамотою Президента Республіки Тува (1994), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003), орденом «За заслуги» III ступеня (2004).

В. І. Тертишніков є надзвичайно відповідальною, щирою, доброзичливою людиною, яка намагається допомогти кожному, хто до неї звернувся. Своїм досвідом і знаннями він щиро ділиться зі своїми колегами, учнями, тому він завжди оточений великою пошаною і любов'ю в колективі та серед широкого юридичного загалу. Як особистість його вирізняють високий професіоналізм, наукова принциповість і виваженість.

Президія Академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **Тертишнікова Володимира Івановича** зі славним ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.

Відсвяткувала свій ювілей відомий український правознавець, провідний фахівець у галузі адміністративного права, член-кореспондент Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор **Нижник Ніна Романівна**, яка народилася 27 вересня 1951 р. у м. Києві. У 1977 р. закінчила юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). З 1976 р. працювала юрисконсультом тресту «Буддеталь» Головкиївміськбуду. З 1985 р. по 1987 р. — депутат, секретар виконкому Печерської районної Ради народних депутатів м. Києва; з 1987 р. по 1990 р. — старший викладач, в. о. доцента, старший науковий співробітник Київського інституту політології та соціального управління, з 1990 р. — докторант Академії суспільних наук при ЦК КПРС (м. Москва); з 1992 р. по 1995 р. — провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; з 1995 р. по 2006 р. — працювала в Українській академії державного управління при Президенті України на посадах: завідувач кафедри державного управління і менеджменту, перший проректор (2001–2006 рр.). З 2006 р. і до сьогодні — завідувач відділу моніторингу ефективності законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України.

У 1984 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Організаційно-правові питання управління матеріально-технічним забезпеченням житлово-цивільного будівництва» (спеціальність 12.00.02, нині — 12.00.07). Вчене звання доцента присвоєно у 1991 р. У 1992 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Правове регулювання державно-управлінських відносин» (спеціальність 12.00.02).

Вчений ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1992 р., вчене звання професора присвоєно у 1996 р. У 2002 р. була обрана членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України). Підготувала 9 докторів та 17 кандидатів наук.

Напрями наукової діяльності — державне будівництво, державне управління, конституційне та адміністративне право. Опублікувала понад 300 наукових праць, серед яких: «Государственно-управленческие отношения в демократическом обществе» (1995), «Державне управління в Україні: централізація і децентралізація» (1997), «Системний підхід до організації державного управління» (1998), «Державний службовець в Україні (пошук моделі)» (1999), «Державна виконавча влада в Україні: формування і функціонування» (2000), «Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку)» (2000), «Державне управління в Україні: наукові, правові, кадрові та організаційні засади» (2002), «Ділове спілкування у сфері державного управління» (2005), «Адміністративно-територіальна реформа в Україні: оптимальна модель» (2007), «Громадські організації та органи державного управління: питання взаємовідносин» (2007), «Регіональна виконавча влада України: історія і сучасність» (2007), «Публічна влада та управління: принципи і механізми реалізації» (2008).

Заслужений юрист України (1999), нагороджена орденом Святого Рівноапостольного князя Володимира Великого III ступеня Української православної церкви Київського патріархату (2001), орденом Української православної церкви «Різдво Христове» (2003), Подякою Президента України (2001), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2004), Почесною грамотою Верховної Ради України (2005).

Президія Національної академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ніну Романівну Нижник** з ювілеєм і бажають міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.

Відзначила свій ювілей **Балюк Галина Іванівна**, член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор, провідний фахівець у галузі теорії держави і права, яка народилася 15 вересня 1951 р. у селищі Веселе Савинського (тепер Балакліївського) району Харківської області. У 1975 р. закінчила з відзнакою Київський державний університет ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський

національний університет імені Тараса Шевченка) за спеціальністю «правознавство». Протягом 1975–1980 рр. працювала завідувачем загального відділу, секретарем Подільської районної ради м. Києва. З 1985 р. по 1987 р. — викладач, старший викладач кафедри радянського права Інституту підвищення кваліфікації керівних працівників і спеціалістів комунального господарства (м Київ). З 1987 р. і дотепер працює в Київському національному університеті імені Тараса Шевченка спочатку доцентом, потім професором кафедри трудового, земельного і екологічного права.

У 1987 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему: «Взаимосвязь правовой культуры и социалистической демократии» (спеціальність 12.00.01), у 1991 р. присвоєно вчене звання доцента. У 2000 р. захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Проблеми формування та становлення ядерного права України» (спеціальності 12.00.01 та 12.00.06). Вчене звання професора присвоєно у 2002 р. Обрана членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2009 р.

Основні напрями наукової діяльності — теорія держави і права; екологічне, ядерне, цивільне та господарське право, міжнародне публічне і приватне право, арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж. Опублікувала 234 наукові праці, серед яких: монографії «Ядерне право України: стан та перспективи розвитку. Правові аспекти радіоекології» (1996 р.); «Правові аспекти забезпечення ядерної та радіаційної безпеки в Україні» (1997 р.); підручники «Екологічне право. Повний академічний курс. Особлива частина» (у співавт., 2001 р.); «Екологічне право України. Академічний курс» (у співавт., 2005); «Екологічне право України: загальна та особлива частина: курс лекцій в схемах» (2006 р.), «Екологічне право України. Академічний курс» (у співавт., 2008); «Земельне право України» (у співавт., 2008).

Як науковий консультант Комітету Верховної Ради України з питань паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики та ядерної безпеки брала участь у розробці низки законопроектів: Проект постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження положення про порядок проведення і склад експертизи матеріалів щодо зміни меж радіаційно забруднених земель» (2002), проектів Законів України: «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» (1995), «Про поведження

з радіоактивними відходами» (1995), «Про видобування та переробку уранових руд» (1997), «Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії» (1999), «Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання» (1999) «Про фізичний захист ядерних установок, об'єктів, інших джерел іонізуючого випромінювання» (2000), «Про екологічну (природно-технічну) безпеку» (2001), «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» (2001), «Про впорядкування питань, пов'язаних із забезпеченням ядерної безпеки» (2004); «Про газ (метан) вугільних родовищ» (2009) та ряд інших.

Відмінник освіти України (2003), нагороджена медаллю «За трудову доблесть», медаллю «В пам'ять 1500 річчя м. Києва»; за високі досягнення перед українським народом та Українською Православною Церквою нагороджена Знаком Ордена «Свята Анна» IV ступеня, Грамотою митрополита Київського і всієї України Предстоятеля Української Православної Церкви Блаженнішого Володимира; Нагороджена Грамотою Священного синоду Української Православної Церкви «В пам'ять святкування 1020-річчя хрещення Русі»; нагороджена пам'ятною відзнакою МВС України «20 років Чорнобильської катастрофи» та іншими відомчими відзнаками, Заслужений юрист України (2011).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули Г. І. Балюк авторитет і повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Національної академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Галину Іванівну Балюк** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі історії держави і права, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Олександра Назаровича Ярмиша**, який народився 9 серпня 1951 р. у м. Макіївці Донецької обл.

Свій ювілей О. Н. Ярмиш зустрічає в розквіті творчих сил, значними здобутками на ниві юриспруденції. Вчені-правознавці Національної академії правових наук України з приємністю відзначають

самовіддане служіння законові, невтомну законотворчу діяльність, що є прикладом високої громадянської відповідальності за демократичний розвиток нашого суспільства.

У 1972 р. закінчив юридичний факультет Ростовського державного університету. У 1972–1973 рр. — інспектор штабу УВС Ростовського облвиконкому, у 1973–1975 рр. — інженер, молодший науковий співробітник Північнокавказького наукового центру вищої школи. У 1975–1978 рр. — аспірант, а потім викладач Ростовського державного університету. У 1978–1991 рр. — старший викладач, доцент, декан факультету, старший науковий співробітник Харківського юридичного інституту. З 1992 р. по 2005 р. — проректор, перший проректор з наукової роботи, перший проректор, ректор Харківського національного університету внутрішніх справ. У 2005–2006 рр. — заступник начальника Департаменту — начальник Управління освіти і науки МВС України. У 2006–2008 рр. — начальник Державного науково-дослідного інституту МВС України, з 2009 по 2011 р. — керівник Департаменту з питань діяльності правоохоронних органів апарату Ради національної безпеки і оборони України.

У 1978 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Політична поліція Російської імперії (1880–1904 рр.)» (спеціальність 12.00.01), у 1991 р. — докторську дисертацію на тему «Каральний апарат самодержавства на Україні (1895–1917 рр.)» (спеціальність 12.00.01). Вчений ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1991 р., вчене звання професора присвоєне в 1993 р. У 2002 р. обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України).

Напрями наукових досліджень — історія держави і права; історія каральних та правоохоронних органів України та Росії; проблеми конституційного права України та зарубіжних країн; соціологія злочинності. Опублікував понад 210 наукових праць, серед яких: «История полиции дореволюционной России» (у співавт., 1976), «Судові органи царської Росії (1900–1917 рр.)» (1990), «Каральний апарат самодержавства в Україні в кінці XIX — на початку XX ст.» (2001), «Україна в добу “раннього” тоталітаризму» (у співавт., 2001), «Організовані злочинні групи в Україні: традиційне і типове» (у співавт., 2002), «Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні» (у співавт., 2003), «Реформування поліції в країнах Центральної та Східної Європи: процес і прогрес» (у співавт., 2005), «Протизаконне насильство в органах внутрішніх справ: соціологічний та історико-правовий аналіз» (у спів-

авт., 2005), «Бандитизм: соціально-правовий та кримінологічний аналіз» (наук. ред., 2009).

Брав участь у розробці проектів законів та інших нормативних актів. Очолював робочу групу з підготовки проектів рішення РНБО України «Про стан злочинності в Україні та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції». Заступник голови Комісії з підготовки Концепції та Програми реформування системи охорони державних осіб.

Член спеціальної експертної ради ВАК України з проблем національної безпеки, радник Національної комісії зі зміцнення демократії та верховенства права в Україні, член науково-консультативної ради Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, член наукових рад МВС України. Стояв біля витоків Міжнародної асоціації істориків права, був її президентом, Асоціації керівників вищих навчальних закладів МВС держав — учасниць СНД. Член редколегій багатьох журналів, а саме: «Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ», «Наука і правоохорона», «Проблеми національної безпеки» та ін.

Заслужений юрист України (1996). Нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (2004), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2004), Грамотою Верховної Ради України (2009); відомчими відзнаками МВС України «Почесний знак» (1995) та «Хрест Слави» (2000), премією МВС України «За розвиток науки, техніки та освіти» I та II ступенів (2002, 2003).

Президія Національної академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» сердечно вітають з ювілеєм і щиро бажають **Олександру Назаровичу Ярмишу** доброго здоров'я, невичерпних сил, енергії, оптимізму, здійснення всіх задумів та подальших успіхів у справі утвердження в Україні ідеалів правової держави.



Виповнилося 50 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі кримінального права, кримінології, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **В'ячеслава Олексійовича Тулякова**, який народився 28 липня 1961 р. у м. Одесі.

В. О. Туляков — успішний організатор науки, талановитий педагог з високим творчим потенціалом. Вагомим є його внесок у розвиток юридичної науки.

У 1983 р. він закінчив юридичний факультет Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова, де залишився працювати і пройшов шлях від аспіранта до завідувача кафедри кримінального права, з 1998 р. і дотепер працює в Одеській державній юридичній академії (нині — Національний університет «Одеська юридична академія») на посаді проректора з міжнародних зв'язків.

У 2001 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Вчення про жертву злочину: соціально-правові основи» за спеціальністю 12.00.08. Вчене звання професора присвоєне в 2003 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2010 р.

Напрями наукових досліджень — загальні засади кримінально-правової доктрини, потерпілий у кримінальному праві, міжнародна кримінальна юстиція.

Автор понад 110 наукових праць, серед яких: «Виктимология (социальные и криминологические проблемы)» (2000), «Правничий довідник для професійних суддів» (у співавт., 2007), «Криминологія» (у співавт., 2003), «Кваліфікація злочинів» (у співавт., 2008), «Віктимність як криміногенний чинник» (1995), «Коррупция и суды: функциональный анализ» (2003), «Французький досвід для українських суддів» (у співавт., 2004), «Перспективи розвитку кримінально-правового регулювання» (2006), «Шляхи розвитку сучасного кримінального права» (2006). Деякі праці видані іноземними мовами.

Під науковим керівництвом вченого захищено понад 10 кандидатських дисертацій.

Брав участь у підготовці ряду проектів законів України у складі робочих груп Міністерства юстиції України, Адміністрації Президента України. Серед найбільш важливих законопроектів — «Про відмивання коштів, здобутих злочинним шляхом», «Про охорону прав потерпілих від злочинів», «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України», у проведенні наукових експертиз стосовно пакету проектів законів України.

В. О. Туляков є членом Наукової ради Європейської асоціації публічного права, спеціалізованих вчених рад Львівського національного університету імені Івана Франка, Національного університету «Одеська юридична академія», Міжнародного гуманітарного університету.

Член редколегії збірника наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» «Актуальні проблеми держави і права», часописів «Кримінальне право», «Адвокат».

В'ячеслав Олексійович є надзвичайно відповідальною, щирою, доброзичливою людиною, яка намагається допомогти кожному, хто до неї звернувся. Своїм досвідом і знаннями В. О. Туляков щиро ділиться зі своїми колегами, учнями, тому він завжди оточений великою пошаною і любов'ю в колективі та серед широкого юридичного загалу. Як особистість його вирізняють тактовність, професіоналізм, принциповість і виваженість.

За високий професіоналізм, багаторічну плідну працю, за вагомий особистий внесок у реалізацію державної правової політики в 2011 р. нагороджений почесним званням «Заслужений діяч науки і техніки України».

Президія Національної академії правових наук України, редколегія журналу «Вісник Академії правових наук України» щиро вітають **В'ячеслава Олексійовича Тулякова** з його славним ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, щастя, творчого довголіття і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.

Пам'яті Володимира Володимировича Сташиса

2 листопада 2011 р. на 87-му році пішов з життя Володимир Володимирович Сташис, видатний вчений-юрист у галузі кримінального права та кримінології, дійсний член (академік), член Президії Національної академії правових наук України, один із її засновників та академік-секретар відділення кримінально-правових наук, іноземний член Російської академії природничих наук, Герой України, заслужений працівник вищої школи України, лауреат Державних премій України в галузі науки і техніки та архітектури, Державний радник юстиції І класу (генерал-полковник юстиції), професор кафедри кримінального права, радник ректора Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», учасник бойових дій Великої Вітчизняної війни, почесний громадянин міста Харкова.

Володимир Володимирович Сташис народився 10 липня 1925 р. у м. Суми. На початку 1943 р. був призваний до лав Радянської Армії. Брав участь у бойових діях на Калінінському, Північно-Західному та Прибалтійському фронтах, комсорг батальйону, який штурмував Берлін і підняв Прапор Перемоги над Рейхстагом. Був тричі поранений, вісім місяців провів у госпіталі.

Після закінчення екстерном середньої школи (з 1946 по 1950 р.) навчався в Харківському юридичному інституті (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»), де пройшов шлях від студента до професора, першого проректора, академіка Національної академії правових наук України.

Талановитий педагог та вчитель, видатний організатор вищої освіти, який понад 40 років працював першим проректором юридичного університету, був взірцем високого громадянського обов'язку, кришталевого сумління, надзвичайної працездатності, самовіданного служіння ідеалам науки і освіти. Зразковим були ставлення Володимира Володимировича до справи. Його принциповість, скромність, чуйність та доброта, доброзичливість, щедрість душі, великий життєвий досвід, різнобічні знання та висока ерудованість завжди поєднувались з мудрістю, вимогливістю та авторитетом керівника. Усім цим він заслужив любов і повагу викладачів, співробітників, студентів та випускників університету.

В. В. Сташис створив потужну школу харківських вчених у галузі кримінального права, визнану не лише в Україні та країнах СНД, а й далеко за їх межами. Під безпосереднім керівництвом професора В. В. Сташиса було підготовлено понад 30 кандидатських дисертацій, 7 його учнів стали докторами юридичних наук, 5 — академіками НАПрН України.

Співавтор прийнятих Верховною Радою України кримінальних кодексів України 1960 р. та 2001 р., численних законопроектів з питань боротьби зі злочинністю, дотримання прав особи у сфері кримінальної юстиції, реформування чинного кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, попередження та розкриття злочинів.

Понад 300 наукових праць, із яких сім монографій, вісім науково-практичних коментарів, чотирнадцять підручників, вісім навчальних посібників з кримінального права, виданих В. В. Сташисом або під його керівництвом, стали настільними книгами для студентів, наукових працівників та практикуючих юристів.

Зусиллями В. В. Сташиса як першого проректора Харківський юридичний інститут починаючи з 70-х років минулого століття набув провідної ролі в системі підготовки юридичних кадрів і сьогодні посідає почесне місце серед вищих навчальних закладів України та є відомим далеко за її межами. Понад 76 тисяч студентів отримали за цей час диплом університету.

Після здобуття незалежності В. В. Сташис зробив великий внесок у розбудову України як правової, демократичної та соціальної держави. Він понад 20 років очолював Науково-методичну комісію з правознавства при Міністерстві освіти і науки, під його безпосереднім керівництвом були розроблені державні стандарти підготовки юридичних кадрів. Сім років В. В. Сташис очолював Фахову раду, а згодом — Експертну раду з права при Державній акредитаційній комісії України. Академік В. В. Сташис доклав багато зусиль для становлення та розвитку Національної академії правових наук України як потужного центру правової думки, Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності.

Володимир Володимирович Сташис був членом багатьох наукових та освітніх міжнародних організацій у галузі права, його запрошували читати лекції до провідних університетів Європи та світу.

Держава високо оцінила бойові подвиги та трудові здобутки В. В. Сташиса. Він нагороджений 10 бойовими орденами і медалями. Герой України з врученням ордену Держави. Отримав орден Ярослава Мудрого V та IV ступенів, повний кавалер ордену «За заслуги». Нагороджений орденами Союзу РСР — орденом Леніна, Бойового Червоного Прапора, Трудового Червоного Прапора, Олександра Невського, орденами Вітчизняної війни I ступеня та «Знак пошани», 29 медалями. Від церкви отримав ордени Святого Георгія, Нестора Літописця, Святого Великого Князя Володимира Великого I ступеня, 2000-річчя Різдва Христового.

Пішла з життя надзвичайно доброзичлива і чуйна людина, яскрава особистість, яка завжди надихала колег власними ідеями та вчинками. У цю скорботну годину широко поділяємо біль рідних та близьких йому людей.

Світла пам'ять про видатного вченого та організатора юридичної освіти, педагога, людину широкої душі назавжди збережеться у серцях його учнів, усіх тих, хто його знав і працював з ним.

Д. В. Табачник, В. Я. Тацій, С. В. Ківалов, М. М. Добкін, Г. А. Кернес, В. Г. Кремень, Є. М. Суліма, П. М. Куліков, С. Б. Гавриш, В. П. Тихий, О. В. Петришин, С. М. Прилипко, Ю. В. Баулін, Ю. П. Битяк, А. П. Гетьман, Н. С. Кузнєцова, В. К. Мамутов, Ю. С. Шемшученко, В. І. Борисов, М. І. Панов

Пам'яті Марка Веніаміновича Цвіка

20 серпня 2011 р. пішов з життя видатний правознавець, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік), один із засновників та академік-секретар відділення теорії та історії держави і права Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України Марко Веніамінович Цвік.

Увесь його трудовий шлях і творче життя було віддане сумлінному служінню інтересам і прагненням рідного народу. Будучи людиною широких поглядів і твердих наукових переконань, М. В. Цвік присвятив своє життя самовідданому служінню Праву, вихованню багатьох поколінь правників-професіоналів, які сьогодні стоять на сторожі прав і свобод людини, громадян вільної і незалежної Української держави.

М. В. Цвік народився 21 червня 1924 р. у м. Гадяч Полтавської області, його юність припала на лихоліття Великої Вітчизняної війни. Він, як і багато його однолітків, після закінчення школи відразу пішов на фронт і виніс увесь тягар труднощів, горя і нещастя війни. Трудову діяльність М. В. Цвік розпочав з перших днів Великої Вітчизняної війни, з липня 1941 р. працював токарем на оборонних підприємствах Харкова, а згодом Челябінська. У травні 1942 р. був призваний на військову службу, яку проходив до травня 1943 р., був демобілізований у зв'язку з інвалідністю.

У 1945 р. М. В. Цвік став студентом Харківського юридичного інституту, який закінчив з відзнакою в 1948 р. Цього ж року вступив до аспірантури на кафедру теорії держави і права, після закінчення аспірантури у 1952 р. під науковим керівництвом професора В. І. Сливичького захистив кандидатську дисертацію на тему «Радянський закон», цінність якої полягає в послідовному проведенні ідеї верховенства закону стосовно інших правових актів, у тому числі указів Президії Верховної Ради СРСР.

З 1949 р. розпочалася плідна та багатогранна наукова і педагогічна діяльність М. В. Цвіка в Харківському юридичному інституті. Він послідовно обіймав посади асистента, доцента, професора, у 1973–1974 рр. виконував обов'язки завідувача кафедри теорії держави і права.

М. В. Цвік був талановитим педагогом, його яскравим лекціям завжди була притаманна теоретична глибина, зразкова логічність методики викладання. За півстоліття педагогічної діяльності М. В. Цвік своїми глибокими за змістом і бездоганними за формою лекціями

здобув повагу і вдячність багатьох поколінь студентів. Особливу увагу М. В. Цвік приділяв створенню і зростанню гідного наукового потенціалу. Під його керівництвом підготовлено 14 кандидатів юридичних наук та 4 доктори юридичних наук, він був членом спеціалізованої вченої ради Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» із захисту докторських і кандидатських дисертацій.

М. В. Цвік — талановитий вчений, відданий служитель науки. Написані ним понад 200 наукових та інших праць із загальної теорії держави і права, з яких 8 персональних і 7 колективних монографій, стали значним внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки, одержали широке визнання юридичної спільноти не тільки в Україні, а й за її межами. Його відрізняли невичерпна творча енергія, широта інтересів, велика ерудиція, енциклопедичність знань, завзятість і цілеспрямованість у досягненні поставленої мети.

Надзвичайно широким було коло наукових інтересів М. В. Цвіка. Предметом його досліджень були проблеми законотворчості, праворозуміння, верховенства права і закону, розбудови Української держави, поділу влади та ін. Він був одним із засновників сучасної теорії демократії. Тривалий процес її дослідження М. В. Цвік підсумував у докторській дисертації «Теорія соціалістичної демократії», яку блискуче захистив у 1987 р.

М. В. Цвік був людиною напрочуд чуйною і щедрою душею, доброзичливою, усіма шанованою. Надзвичайна ерудованість, знання тонкощів правничої науки не зробили його зверхнім у ставленні до колег. Навпаки, своїми знаннями він радо ділиться з усіма бажаними.

Чималим був внесок М. В. Цвіка в розробку чинного законодавства та вдосконалення практики його реалізації. Він брав участь у підготовці проєктів Конституції України 1996 р., низки законопроєктів про референдум, про вибори народних депутатів, про Конституційний Суд України та ін. Брав участь у підготовці нової редакції Конституції України у зв'язку з необхідністю імплементації результатів референдуму 2000 р. За значний внесок у справу право- і державотворення незалежної України у 1996 р. був нагороджений орденом «За заслуги».

Світлу пам'ять про Марка Веніаміновича Цвіка — талановитого ученого, відомого дослідника, чуйну і високоавторитетну людину назавжди збережуть у своїх серцях і пам'яті його друзі, колеги і учні.

Пам'яті Івана Миколайовича Даньшина

З великим сумом юридична громадськість сприйняла звістку про смерть видатного вченого і педагога, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого юриста України Івана Миколайовича Даньшина, який пішов з життя 20 серпня 2011 р.

І. М. Даньшин народився 4 жовтня 1923 р. на Слобожанщині у с. Стариця Вовчанського району Харківської області в родині селян. У 1927 р. разом із батьками переїздить до Харкова, де у 1941 р. він закінчив середню школу.

З 1942 р. перебував у діючій армії. У складі винищувально-протитанкової бригади (командир гарматної обслуги, командир бойового взводу) І. М. Даньшин брав активну участь у боях на Курсько-Белгородському напрямку, Калінінському фронті, у Прибалтиці, Угорщині, Австрії та Чехословаччині. Учасник визволення від німецько-фашистських загарбників м. Харкова і багатьох міст України. Нагороджений орденами Червоної Зірки, Вітчизняної війни I ступеня, «За мужність», двома медалями «За відвагу» та 17 пам'ятними медалями.

Після демобілізації І. М. Даньшин вступає до Харківського юридичного інституту (нині — Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»), який закінчив у 1949 р. Після цього дванадцять років перебував на практичній роботі. У 1949–1952 рр. працював у Полтавській обласній колегії адвокатів. З 1952 до 1953 р. — юрисконсульт відділу комунального господарства виконкому Харківської обласної Ради, з 1953 р. до 1960 р. — помічник голови виконкому Харківської міської Ради. Практичну роботу поєднував з педагогічною — викладав курс основ держави і права, читав лекції з цивільного і трудового права, з організаційно-правових основ діяльності місцевих Рад у різних навчальних закладах Харкова.

З 1961 р. І. М. Даньшин знову в юридичному інституті: до 1964 р. навчався в аспірантурі на кафедрі кримінального права і процесу; з 1964 по 1965 р. — асистент цієї ж кафедри; з 1965 по 1967 р. — старший викладач кафедри; у 1967 і 1968 рр. працював заступником декана заочного та вечірнього факультетів інституту. В 1968 р. його було затверджено доцентом кафедри кримінального права. Протягом п'яти років (1968–1973) працював проректором інституту з наукової роботи. У 1973 р. обраний завідувачем кафедри кримінології та виправно-трудоного права. З 1998 р. працював в академії на посаді про-

фесора кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права. У 1996–1998 рр. за сумісництвом обіймав посаду заступника директора НДІ вивчення проблем злочинності Національної академії правових наук України.

У 1965 р. І. М. Даньшин захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Хуліганство та заходи щодо його ліквідації у СРСР», у 1975 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Загальні питання кримінально-правової охорони громадського порядку». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1977 р. Вчене звання професора присвоєно у 1978 р.

У 1990 р. І. М. Даньшину було присвоєно Почесне звання працівника народної освіти. Він — почесний професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». У 2002 р. йому було присуджено почесне звання лауреата Премії імені Ярослава Мудрого у номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства». У 1993 р. його було обрано членом-кореспондентом Національної академії правових наук України.

І. М. Даньшин був заступником академіка-секретаря відділення кримінально-правових наук Національної академії правових наук України, членом редакційних колегій трьох наукових журналів, членом Президії кримінологічної асоціації України, членом спеціалізованої Вченої ради при Національному університеті «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» із захисту докторських і кандидатських дисертацій. Він брав участь у підготовці декількох проектів законів та інших нормативних актів України. Був учасником багатьох вітчизняних та міжнародних наукових конференцій, проведених як в Україні, так і в іноземних державах. Виконав великий грант Американського університету (м. Вашингтон) на тему «Усталені форми злочинності».

І. М. Даньшин підготував 12 кандидатів наук, був науковим консультантом по чотирьох докторських дисертаціях. Значним є його особистий внесок у створення сучасної кримінологічної науки в Україні.

До сфери наукових інтересів І. М. Даньшина входили проблеми кримінального права (вчення про кримінально-правові відносини, поняття злочину, юридична характеристика окремих злочинів та інші аспекти кримінальної відповідальності), кримінології (предмет, методологія і методи кримінологічної науки, детермінація злочинності й

окремих злочинів, особа злочинця, кримінологічна характеристика окремих видів злочинів). І. М. Даньшин був автором близько 200 наукових праць, з них семи персональних та шести колективних монографій, співавтором трьох підручників. Найбільш відомими його роботами є: «Уголовно-правовая охрана общественного порядка» (1973), «За преступление — наказание» (1975), «Преступность: понятие и общая характеристика, причины и условия» (1988), «Введение в криминологическую науку» (1998), «Кримінологія. Загальна та Особлива частини» (автор дев'яти розділів та загальна редакція, 2003).

Пішла з життя принципова, віддана ідеалам науки людина. Сумлінне ставлення до виконання свого професійного обов'язку та душевність здобули І. М. Даньшину високий авторитет і повагу в колективах, в яких він працював.

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» глибоко сумують з приводу тяжкої втрати — смерті Івана Миколайовича Даньшина та висловлюють свої щирі співчуття його рідним.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Рабінович П. Людяність під захистом права (до 65-річчя завершення Нюрнберзького процесу).....	3
Пилипчук В. Системні проблеми розвитку правової науки в інформаційній сфері.....	16
Гетьман Є. Предмет, об'єкт та суб'єкти кодифікації законодавства України	28
Якименко Х. Наднаціональна організація влади і державний суверенітет: проблеми співвідношення.....	36
Вовк Д. Про особливості християнської правової традиції в умовах сучасного права	45

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Гультай М. Досвід функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччині та перспективи його запровадження в Україні	55
---	----

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Гончаренко В. Правовий статус Президії Верховної Ради України за часів перебудови і у перші роки незалежності України	68
---	----

ПИТАННЯ ФІЛОСОФІЇ ПРАВА

Титов В. Бенджамін Кардозо про поступ права	80
--	----

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Спасибо-Фатєєва І. Категорія відмови в цивільному праві України.....	94
Жорнокуй Ю. Суб'єктивне корпоративне право: універсальна єдність чи множинність прав.....	106
Миронова Г. Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів	117
Венедіктова І. Методологічні підходи до співвідношення понять «інтерес» і «потреба» при визначенні юридичної категорії «охоронюваний законом інтерес»	129
Полюхович В. Актуальні питання розвитку саморегулювання на фондовому ринку України в сучасних умовах.....	138

ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Коваль В. Щодо правила про переважне застосування пізніше прийнятих актів законодавства у сфері господарювання.....	147
--	-----

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Нижник Н., Муза О. Адміністративний договір як предмет судового оскарження в адміністративному судочинстві України: теоретичні питання.....	155
Коваленко Л. Сутність інформаційно-правових норм	163
Басов А. Повноваження органів внутрішніх справ щодо забезпечення громадської безпеки у надзвичайних ситуаціях.....	172
Самсін І. Підстави виникнення податкового зобов'язання за Податковим кодексом України	179

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

Занфірова Т. Аксіологічні, онтологічні та гносеологічні засади норм трудового права: проблема взаємозв'язку	187
Шумна Л. До проблеми принципів інституту соціального обслуговування...	197

ПИТАННЯ СУДОУСТРОЮ

Городовенко В. Незалежність суддів і самостійність судів у контексті нового етапу судово-правової реформи	206
Овсяннікова О. Деякі аспекти відкритості процедури призначення на посаду судді вперше.....	216

ПИТАННЯ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Гаращук В., Мухатаєв А. Антикорупційне законодавство України 2011 року: перспективи розвитку та застосування.....	230
Капліна О., Маринів В. Проблеми допустимості доказів, поданих відповідно до статті 66 КПК України особами із використанням технічних засобів отримання інформації.....	238
Голіна В., Колодяжний М. Критерії оцінки ефективності виконання регіональних планів запобігання злочинності	250
Фунікова О. Технології в криміналістиці: поняття та особливості використання.....	261

Трибуна докторанта

Москаленко О. Принципи загальнообов'язкового медичного страхування	268
---	-----

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Балюк В. Правовий механізм регламентації договору ренти.....	277
Цапенко А. Проблеми припинення трудового договору за обставинами, що не залежать від волі його сторін	285
Нетеса Н. Кримінально-правова характеристика суб'єкта порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК України)	293

РЕЦЕНЗІЇ

Гене́за державної влади та її системи в Україні (М. І. Панов, В. П. Колісник)	304
--	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Тертишніков В. І.	308
Нижник Н. Р.	309
Балюк Г. І.	310
Ярмиш О. Н.	312
Туляков В. О.	314
Пам'яті Володимира Володимировича Сташиса	317
Пам'яті Марка Веніаміновича Цвіка	320
Пам'яті Івана Миколайовича Даньшина	322

До уваги юридичної громадськості!

Редакційна колегія журналу «Вісник Академії правових наук України» запрошує до співпраці науковців і практичних працівників з метою обговорення на сторінках академічного видання актуальних питань сучасної юридичної науки, ознайомлення наукової громадськості з новітніми науковими дослідженнями.

Нагадуємо про вимоги щодо оформлення статті, яка повинна надаватися у друкованому та електронному вигляді обсягом до 10 сторінок тексту у форматі Times New Roman, розмір шрифту 14, інтервал 1,5 з анотацією англійською та російською мовами і УДК. Посилання на використані джерела оформлюються відповідно до ДСТУ ГОСТ 7.1, нумерація джерел на кожній сторінці подається окремо, починаючи з цифри 1.

Збірник наукових праць
Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (66)

Відповідальний за випуск

О. В. Петришин

Редактор *С. Пашинська*

Коректор *Т. Зуб*

Комп'ютерна верстка *О. Євтєєвої*

Дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 15.11.2011.
Формат 60×90 1/16, Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 20,5. Обл.-вид. арк. 19. Вид. № 651.
Тираж 400 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»

Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: www.pravo-izdat.com.ua

E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Надруковано в друкарні «Манускрипт»
тел. (057) 758-35-98