

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (47)

Заснований у 1993 році



Харків
2006

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

Засновник — Президія Академії правових наук України

Видавець — Академія правових наук України

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

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

© Академія правових наук
України, 2006
© «Право», 2006

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

О. Петришин, головний вчений
секретар АПрН України, академік

Громадянське суспільство і держава: питання взаємовідносин

Теоретичне опрацювання даної тематики покликано висвітлити питання організації суспільства під кутом зору співвідношення його громадських і державницьких засад, акцентувати на найвищій соціальній цінності прав і свобод людини і громадянина, ролі та значущості для функціонування сучасного суспільства і правової держави сформованих з метою здійснення таких прав громадських інституцій. Провідною ідеєю цієї концепції стає обґрунтування розвитку суспільства та держави процесами соціалізації індивідів, особливостями суспільних відносин, в які вони вступають для спільної реалізації своїх інтересів, зокрема зумовленості політичної активності й державної діяльності соціальними та правовими чинниками. Центальною тут виявляється проблема пошуку оптимального співвідношення приватних інтересів, виразником яких є інституції громадянського суспільства, та публічних інтересів, носієм яких постає держава, їх відносної питомої ваги й механізму взаємодії в забезпеченні належного функціонування суспільства та держави.

Вихідним положенням є наступне: суспільство як певна система соціальних відносин за своєю природою не може перебувати в хаотичному стані, взаємні стосунки людей тими чи іншими засобами так чи інакше мають бути впорядкованими, але роль державних і недержавних (громадських) засад в їх організації та регулюванні може бути різною. За умов низького рівня соціалізації індивідів, відсутності дієздатних громадських об'єднань така врегульованість досягається шляхом надмірного втручання у суспільні відносини з боку інститутів державної влади. Натомість, коли значне коло питань організації спільної життєдіяльності людей вирішується на автономних правових засадах у межах спеціально утворених для цього інституцій, то це знижує потребу безпосереднього використання державно-примусових заходів, що за звичайних обставин розглядається скоріше як виняток, ніж правило.

Слід звернути увагу на те, що громадянське суспільство у такому розумінні формується історично, оскільки відображає певні якісні характеристики суспільства, набуті ним лише на певному етапі розвитку. Воно тільки концептуально, з точки зору уявлень про оптимальні параметри організації та життєдіяльності сучасного соціуму, передувє державі. Фактично ж держава як особлива форма організації суспільства є «старшою» за громадянське суспільство, оскільки протягом значного періоду існування відповідних форм людської спільноти останнього не існувало та й зрештою не могло бути, оскільки для виокремлення такої специфічної сфери соціальної життєдіяльності, як громадянське суспільство, потрібні певні економічні та соціально-культурні передумови. Так само і обидва терміни — «держава» і «громадянське суспільство» — протягом значного часу, приблизно від Аристотеля до Руссо, були синонімами і тільки пізніше сформувались як окремі поняття⁴. Коли ж у контексті проблеми походження держави йдеться про виокремлення держави із

² Див.: Жакке Ж. -П. Конституционное право и политические институты. – М., 2002. – С. 31.

³ Див.: Гомеров И. Н. Государство и государственная власть: предпосылки, сущности, структура. – М., 2002. – С. 405.

⁴ Див.: *Кола Доминик*. Політична соціологія. – М., 2001 – С. 281. Власне у зміст терміна «громадянське суспільство» є не досить чітким, оскільки може бути пов'язаним як з громадою, яка є специфічним інститутом «громадянського суспільства», так із громадянством – невід'ємним атрибутом державності.

суспільства, то при цьому має місце певна підміна понять, оскільки первинна форма організації співжиття людей не могла бути суспільством у звичному розумінні — диференційованим за ознакою суспільного поділу праці складним соціальним організмом, а лише примітивною общиною, котра й була замінена відповідним устроєм, який пізніше отримав сучасну назву — «державна». Тому тематика громадянського суспільства акцентує не стільки на історичних процесах походження держави, скільки на автономізації сфери громадянського суспільства від компетенції державності як прояву тенденції розвитку розвиненого та диференційованого сучасного суспільства.

До тих часів, як відомо, панувало уявлення, згідно з яким громадські і політичні засади суспільного влаштування не розділялись. Все суспільне вважалось одержавленим і, відповідно, державне — суспільним, а тому й ототожнювались поняття «державна» і «суспільство». Яскравим прикладом цього був давньогрецький поліс — така форма суспільно-політичного влаштування, яку характеризували як місто-державна, що не є ані державою, ані общиною в чистому вигляді. Відповідно і життєдіяльність людини зводилась до участі в прийнятті політичних рішень, що надавало їй за Аристотелем досить своєрідної якості «політичної тварини». Підсумком моделювання суспільно-політичного устрою, заснованого на повному ототожненні інтересів кожного індивіда з інтересами держави в цілому, стала у той час абстрактна ідея платонівської держави, яка, втім, в основних сутнісних рисах була реалізована у формі тоталітарної партії-держави у XX ст.

Натомість поступальний розвиток соціальних форм життєдіяльності приводить до їх диференціації, виокремлення сфери управління як окремої галузі суспільної діяльності та соціально корисної праці. Внаслідок цього органи державної влади поступово позбавляються, а інститути громадянського суспільства відповідно перебирають на себе повноваження щодо організації та контролю над певними галузями соціальної життєдіяльності. В цьому плані виокремлення громадянського суспільства від держави проходило у процесі ліквідації станової нерівності та роздержавлення суспільних відносин. Насамперед безпосереднього державного втручання позбавляється сфера виробництва, яка відтепер засновується на приватній власності й комерційних інтересах.

Ідеологічним обґрунтуванням цього історичного процесу стають:

1) концепція індивідуалізму, коли людина розглядається як першооснова суспільного та політичного устрою, а тому й як носій певних невід'ємних прав;

- 2) принцип непорушності приватної власності;
- 3) ліберальне розуміння свободи, що не зводить її лише до відносин між людиною та державою, наразі політична свобода розглядається лише як засіб реалізації особистої свободи;
- 4) ідея місцевого самоврядування, що передбачає диференціацію й відносну автономію різних форм публічної влади.

На цих засадах стає можливим теоретично виокремити державу від суспільства, розглядати її як специфічне соціальне явище, що має певні атрибути (атрибути державності), як особливий політичний інститут. Відтепер держава виступає передусім як орган управління соціумом, «концентрована та організована сила суспільства», функціональне призначення якої полягає у тому, щоб бути головним інструментом, за допомогою якого суспільство набуває здатності розв'язувати свої актуальні проблеми. При цьому владно-управлінський потенціал держави як її іманентна ознака ставиться на службу суспільству, а тому й розглядається під кутом зору ефективності його застосування. Наразі покликанням громадянського суспільства стає створення широкого спектру власне соціальних передумов задля сприяння реалізації приватних інтересів індивідів, їх невід'ємних прав і свобод.

Отже, проблематика громадянського суспільства є адекватною лише в контексті співвідношення сучасної державності та суспільства, формування в результаті антифеодальних революцій так званої «політичної держави», що є характерною рисою сучасного суспільства, діяльність якої обмежена виключно чи переважно управлінською (політичною) сферою і тому вже більше не охоплює своїм владно-організуючим впливом усі суспільні відносини, усі пори сучасного суспільства. Тому поняття громадянського суспільства слід порівнювати з розумінням держави як органу (інституту) управління суспільства, «концентрованої та організованої сили», яка управляє цим суспільством та обслуговує його потреби.

При цьому слід додержуватись логіки «співрозмірності» понять. Якщо користуватися поняттям держави у найбільш широкому сенсі як способу існування сучасного суспільства («держава-суспільство»), то в цьому випадку вона включає в себе як свої необхідні складові «політичну державу» і громадянське суспільство, громадські і державницькі у власному розумінні засади. Держава у такому широкому розумінні з часу своєї появи на історичній арені за різних умов і в різноманітних формах справляла і продовжує справляти вплив на суспільство і тому його існування поза межами державної форми організації аж ніяк не є можливим.

У цьому сенсі держава утримує суспільство від повернення до природного (додержавного) стану, безвладдя та безладдя, про що свідчить багато як історичних, так і сучасних прикладів.

За Гегелем, громадянське суспільство як царина приватної власності й індивідуальних інтересів не може бути завершеним, воно має бути інтегрованим у загальнонаціональну цілісність державною владою на засадах спільного публічного інтересу. Така інтеграція досягається за допомогою правового регулювання суспільних відносин, формування та реалізації норм права, які, будучи спрямованими на забезпечення загального інтересу шляхом унормування свободи людей, встановлюють певні «правила гри», загальнообов'язкові для усіх учасників соціального спілкування, зокрема як інституцій громадянського суспільства, так і інститутів держави. Тому з цих міркувань не можна погодитися з тим, що громадянське суспільство знаходиться не лише за межами безпосереднього втручання з боку державної влади, а й «поза рамками держави»¹, що означало б нехтування можливостями такого універсального чинника інтеграції, яким за сучасних умов виступає право. У практичному відношенні це могло б призвести до незавершеності та розпаду громадянського суспільства.

Застосування такого підходу дає змогу не тільки теоретично відокремити суспільство від держави, а й адекватно співвіднести інші суміжні поняття — держави у широкому сенсі як форми існування соціуму, що знаходить своє відображення в організації державної влади в масштабах усього суспільства («національна держава»), та держави у вузькому сенсі як органу політичного управління суспільством («уряду»), що відображається передусім в організації й функціонуванні вищих органів державної влади та управління, принаймні законодавчих та виконавчих структур. Такий підхід дає підстави для розділення за умов парламентських форм правління статусів і повноважень глави держави, який виступає від її імені, і глави уряду як перш за все очільника виконавчої влади, котра при цьому досить тісно співпрацює з парламентом.

Таким чином, громадянське суспільство й держава в її інституціональному розумінні являють собою дві невід'ємні складові частини одного явища — сучасного соціуму, які в реальності не можуть існувати одне без одної. Адже в дійсності одні й ті ж самі суб'єкти є водночас і приватними особами у сфері громадянського суспільства, і громадянами у контексті взаємовідносин з державою². Тому проблему оптимізації

¹ Мухаев Р. Т. Теория государства и права. — М., 2005. — С. 263.

² Див.: Орлова О. В. Гражданское общество и личность: политико-правовые аспекты. — М., 2005. — С. 12.

устрою сучасного суспільства можна звести до визначення певної межі одержавлення (неодержавлення) життєдіяльності суспільства, яка б задовольняла і суспільство, і державу, що неможливо здійснити без урахування як певних «природних» прерогатив громадянського суспільства, так і необхідної в даних конкретно-історичних умовах для певної країни сфери державно-владного впливу. Що ж стосується висновку про виключну «позитивність» громадянського суспільства та «негативність» державної влади, то він слушно оцінюється дослідниками не тільки як неконструктивний, а й як своєрідне змістовне спотворення концепції співвідношення цих споріднених явищ¹. Так само і застосування обох понять — «державна» і «громадянське суспільство» — має сенс лише за умови, коли ці поняття, з одного боку, набувають свого власного змісту, а з другого — розглядаються як такі, що можуть співвідноситися в межах загальної проблематики пошуку оптимальних громадських і політичних складових устрою і життєдіяльності сучасного суспільства.

Проте поняття громадянського суспільства найбільш адекватно співвідноситься з поняттям саме правової держави, оскільки і перше і друге відображають найважливіші характеристики та невід’ємні сторони життєдіяльності сучасної демократичної державності: з одного боку, реалізація засад правової держави не може не спиратися на відносно автономні механізми саморегуляції громадянського суспільства, а з другого — органічним доповненням функціонування громадянського суспільства виступають сформовані на формально-правових засадах інститути держави, яка тільки за таких умов може стати правовою. З цих позицій доцільним може стати повернення до витоків давньоримського розуміння «*civitas*» як певної єдності політичної влади та громадянського суспільства, коли така модель їх взаємодії обґрунтовується з позиції зв’язаності діяльності органів державної влади законом, поза межами яких остання не визнається не тільки законною, а й чинною, перевтілюючись на свавілля або в насильство².

Функціонування розвинутого громадянського суспільства створює можливості для більш адекватного розуміння і права, і держави, сутність

¹ Див.: *Скрипнюк О.* Сучасна вітчизняна правова наука: теоретико-методологічні проблеми розвитку демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства України// Вісник Академії правових наук України. – 2003. – №4 (35). – С. – 14.

² Втім, окремо тут постає питання про якість законів, і не тільки в сенсі ефективності застосування законодавчої техніки, а й в плані юридичної герменевтики, зокрема їх адекватності широкому соціальному контексту, «правовій природі речей», тенденціям та напрямам розвитку суспільних відносин, соціальним очікуванням населення.

яких за цих умов стає глибшою і змістовнішою. Право розглядається як таке, що формується на теренах громадянського суспільства, що, однак, не виключає потреби набуття ним за посередництвом державно-владних інституцій таких важливих рис, як ясне і чітке визначення прав та обов'язків, сумісне визнання сформульованих правил поведінки, можливість їх примусового гарантування. Однак, аби надавати певний простір для реалізації самоврядного потенціалу інститутів громадянського суспільства, правові норми у контексті регулювання відповідних відносин мають бути достатньо загальними (абстрактними), спираючись переважно на диспозитивний метод.

Громадянське суспільство є й найбільш відповідним підґрунтям для практичного здійснення правових норм, де тільки й можуть скластися реальні показники соціальної ефективності права. Тому й конструкція правозастосування обґрунтовано характеризується в теорії права як забезпечувальна діяльність, натомість власне реалізація права здійснюється іншими безпосередньо зацікавленими суб'єктами. У цьому плані засновники концепції правової державності обґрунтовано вбачали її підвалини в «правовому громадянському суспільстві», яке поєднує за посередництвом права, передусім конституції як основного закону держави та суспільства, його громадські й державницькі засади.

Відсутність достатнього наукового опрацювання проблеми громадянського суспільства спонукає до необхідності розставлення деяких понятійних акцентів. Передусім різним може бути контекст дослідження: протиставлення світської та релігійної сфер людського буття (Августин Блаженний), природного та громадянського станів (Гоббс), громадянського стану та державності (Гегель, Маркс)¹. На перший план можуть висуватися такі його окремі сутнісні риси, як «сукупність індивідів», «права і свободи людини», «юридична рівність», «неодержавлені суспільні відносини», що поза всяким сумнівом є доцільним з точки зору предмета і тих конкретних завдань, які стоять перед дослідженням громадянського суспільства в межах різних соціальних дисциплін: соціальної філософії, соціології, політології тощо. Іноді в одному понятті громадянського суспільства намагаються поєднати усі можливі критерії та ознаки, що його перевантажує, порушує логічну структуру визначення та знижує пізнавальний потенціал такої логічної конструкції².

Тому важливою є проблема узгодження й проведення певного співвідношення різних іпостасей та характерних рис громадянського су-

¹ Див.: *Кола Доминик*. Вказ. праця. – С. 283-310.

² Див.: *Гражданское общество: истоки и современность*. – СПб., 2000.

пільства: якщо його первинним суб'єктом є індивід, який задля реалізації своїх інтересів вступає у відносини з іншими індивідами, то конструктивним каркасом виступають ті інститути, які утворюються з метою безперешкодного сприяння безпосередній реалізації їх невід'ємних прав і свобод¹. Як результат з позицій правової науки, предметом якої є головним чином інституціональна складова життєдіяльності держави та суспільства, *громадянське суспільство виступає як сукупність добровільно сформованих громадських інституцій, котрі діють на самоврядних засадах у межах конституції та законів, за посередництва яких індивіди реалізують свої основні невід'ємні права і свободи.*

З викладеного можна зробити такі висновки.

Громадянське суспільство, його інститути зумовлюються безпосередніми життєвими потребами й інтересами людей, які є складовою їх «життєвого світу» (Гусерль). Натомість у субстанціональному юридичному вимірі громадянське суспільство виступає перш за все цариною реалізації основних прав людини — на життя, свободу, безпеку, власність тощо. Ці інтереси й права є основними, елементарними (простими) і тому на їх основі формуються усі інші більш конкретні інтереси та права.

Громадянське суспільство відображає встановлення елементарних соціальних стосунків, первинного публічного зв'язку між індивідами. Тому не можна погодитися з тим, що однією з особливостей зв'язків та структур громадянського суспільства є їх безвладність². Інша річ, що ці відносини не пов'язані з реалізацією саме державної влади, а структури не належать до механізму держави. Цим сфера громадянського суспільства відрізняється, з одного боку, від власне приватного життя індивідів, а з другого — від сфери реалізації державних інтересів як узагальнених в масштабах усього суспільства, а тому й більш віддалених від безпосередніх життєвих потреб індивіда.

Громадянське суспільство має власну організаційну структуру, реально функціонує через певні громадські інституції. У контексті співвідношення з органами державної влади останні досить часто кваліфікують як «неурядові організації», що є доцільним з огляду на запропоноване вище широкі розуміння «уряду».

Інститути громадянського суспільства формуються добровільно і функціонують на засадах самоврядування. Тому з точки зору деяких новітніх підходів громадянське суспільство розглядається виключно

¹ Див.: Гаджиев К. С. Введение в политическую науку. – М., 1997. – С. 45.

² Див.: Мухаев Р. Т. Теория государства и права. – М., 2005. – С. 269.

крізь призму соціетальних відносин, основною функцією яких є горизонтальна інтеграція соціуму, заснована на юридичній рівності й договірних засадах¹. Відповідно цьому до інститутів громадянського суспільства належать лише добровільні асоціації, які функціонують на засадах рівноправності та саморегуляції, визнання важливої ролі процедур прийняття рішень². Такі громадські інституції на відміну від централізованої структури органів державної влади є менш формалізованими і зарегульованими, а тому й здатними до гнучкого пристосування відповідно до особливостей певних соціальних ситуацій.

Громадянське суспільство є найбільш адекватним середовищем формування й ефективного здійснення правових норм, а тому й виступає належним підґрунтям становлення та функціонування демократичної правової державності. Тільки право як найбільш універсальний регулятор суспільних відносин, яке є загальнообов'язковим і для громадянського суспільства і для інститутів держави, здатне реально поєднати як самоврядні громадські, так і ієрархічні державницькі засади життєдіяльності сучасного соціуму.

Україна, як і будь-яка інша держава, має пройти свій власний, визначений наперед конкретно-історичними умовами шлях до громадянського суспільства. Цей процес не може бути довільним, оскільки спирається на соціальні закономірності й тенденції, певний рівень економічного й соціального розвитку суспільства, тому для його нормального розвитку мають бути створені необхідні умови, ліквідовані штучні перешкоди.

По-перше, становлення громадянського суспільства в Україні відбувається в умовах, коли проблеми його формування перестали бути актуальними для країн розвинутої демократії, новітній досвід яких свідчить про потребу виходу за межі останнього в напрямі до «соціальної державності», що передбачає необхідність наукового пошуку складних критеріїв поєднання цих обох процесів, які певною мірою

¹ Див.: Бусова С. А. Модернизация, рациональность и право. – Х., 2004. – 298-306. Сьогодні у США понад 70 % громадян є членами таких об'єднань й організацій, а більше 50 % беруть активну участь в роботі двох та більше асоціацій (див.: Мухаєв Р. Т. Вказ. праця. – С. 269).

² У цьому плані проблематичним є віднесення до інститутів громадянського суспільства органів місцевого самоврядування, яким притаманні й риси підсистеми публічної влади, що поєднує як владно-управлінські, так і добровільні засади формування та діяльності (див.: Чанала Г. В. Місцеве самоврядування в системі публічної влади: теоретико-правовий аналіз. – Х., 2006. – С. 169-193).

можуть бути і є суперечливими. Внаслідок таких змін сформувалася якісно нова соціально-політична система, яку зарубіжні політологи називають «державою загального благоденства». Проте сьогодні на зміну цій моделі приходить інша концепція — «держави –менеджера», що знову ж таки спирається на необхідність і доцільність диференціації в межах єдиного цілісного соціуму громадянського суспільства та державності. В контексті європейського вибору України слід урахувати й тенденцію до зміцнення фундаменту світового громадянського суспільства на межі ХХІ ст., що розглядається як один із найважливіших напрямів розв’язання складних проблем, обумовлених глобалізаційними викликами¹.

По-друге, становлення громадянського суспільства в Україні відбувається за умов творення національної державності, що так чи інакше передбачає зміцнення державницьких засад в організації суспільної життєдіяльності, утворення нових органів державної влади й управління суверенної держави. Тому від самого початку вони мають формуватися виключно на засадах демократії та визнання принципу верховенства права у відносинах між інституціями громадянського суспільства й органами державної влади.

По-третє, досить радикальна зміна пріоритетів соціального розвитку передбачає наявність певного перехідного періоду протистояння різних тенденцій суспільного розвитку, одна з яких спирається на укорінені впродовж значного історичного періоду стереотипи соціально-політичного влаштування, а інша зорієнтована в напрямі наближення до загальновизнаних стандартів правової демократичної державності. У цьому контексті першочергового значення набуває пошук оптимальних параметрів адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського співтовариства з урахуванням як загальновизнаних державно-правових стандартів демократичного суспільства, так і досвіду функціонування національної правової системи.

Надійшла до редколегії 25. 09. 06

¹ Див.: Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век. – М., 2000. – С. 8.

Правотлумачення і герменевтика (за матеріалами практики Конституційного Суду України)

Десять років існування створеного вперше в історії країни державного органу — невеликий часовий відтинок. Але саме у цей період формуються й випрацьовуються основні інструменти та технології реалізації його статутних функцій, визначаються пріоритети у виконанні покладених на нього завдань, виявляються недоліки у правовому регулюванні його структури та діяльності.

Перший 10-річний ювілей Конституційного Суду України (далі — КСУ) — це, окрім іншого, достатній привід, аби висловити й такі міркування, які можуть виявитись корисними задля аналізу та розв’язання проблем, що виникають у вітчизняній конституційній юрисдикції, а також для подальшого розвитку загальної теорії тлумачення Конституції (й, до речі, тлумачення іншого законодавства).

Правоінтерпретація — стрижнева діяльність КСУ. Навряд чи буде перебільшенням стверджувати, що фундаментальне, «статусне» покликання КСУ становить офіційне тлумачення ним Конституції та законів України, а також деяких інших юридичних актів. І цю свою місію КСУ реалізує не тільки «явно» — коли він здійснює таке тлумачення, відповідаючи на конституційні звернення, але й, так би мовити, «неявно» — коли оцінює конституційність (або ж, навпаки, неконституційність) законів чи інших актів. Адже такій оцінці має неодмінно передувати знову ж таки з’ясування змісту (смыслу) кожного з тих юридичних приписів, котрі стають об’єктом співставлення: як припису конституційного, так і того, який з ним порівнюється.

З огляду на це якраз і можна стверджувати, що саме тлумачення (інтерпретація) певних юридичних норм, у першу чергу Конституції, є неодмінною, неунікненною складовою діяльності КСУ.

Тому видається не випадковою помітна інтенсифікація досліджень правоінтерпретаційної діяльності КСУ, в першу чергу — тлумачення

ним Конституції України¹. При цьому не можна не помітити, як у цих дослідженнях поступово, у різних «дозах» і формах прокладає собі шлях широковідоме, у певному сенсі «класичне», твердження одного з колишніх голів Верховного суду США: «Конституція — це те, що скажуть про неї судді»².

Герменевтичні закономірності — фундамент інтерпретації юридичних норм. Правоінтерпретаційна діяльність КСУ, як і будь-яка інша юридична діяльність, «підвладна» певним об'єктивним закономірностям, пізнання та врахування котрих становлять необхідну передумову забезпечення її обґрунтованості й ефективності.

Загальні ж закономірності змістовної інтерпретації смислу всіляких письмових текстів досліджує, як відомо, наука герменевтика. Отож, не звертаючись до її положень і висновків, навряд чи можна просунутись у розвитку теорії тлумачення юридичних текстів, здобути нові знання й сформулювати обґрунтовані рекомендації щодо поліпшення правоінтерпретаційної діяльності.

Не вдаючись тут до характеристики усіх основних ідей юридичної герменевтики, яка останнім часом привертає неабияку увагу вітчизняної філософії та теорії права³, нагадаємо лише ті з них, котрі, як видається, здатні дати помітний евристичний ефект у дослідженні (та й, мабуть, удосконаленні) юрисдикційної практики офіційного тлумачення Конституції України⁴.

1. Будь-який письмовий текст є системою (єдністю) певних семантичних значень і тих знаків, якими останні позначаються. Ця єдність

¹ Див., напр., монографії Ю. Тодики «Конституция Украины: проблемы теории и практики» (Х., 2000), «Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика» (Х., 2003); І. Сліденка «Тлумачення конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду» (Одеса, 2003); А. Селіванова «Верховенство права в конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції» (К., 2005), а також праці А. Кордуна, П. Євграфова, П. Мартиненка, О. Мироненка, А. Селіванова, В. Скоморохи, В. Тація, М. Тесленко, В. Тихого, М. Цвіка, В. Шаповала, С. Шевчука, О. Ющика, опубліковані у 1998-2005 рр. у журналах «Право України», «Вісник Конституційного Суду України» та газетах «Юридичний вісник України», «Юридическая практика», «Закон и бизнес».

² «Закон есть то, что мы объясняем» — так назвав одну зі своїх статей В. Мусіяка (див.: Зеркало недели. — 2001. — №5). Див. також: *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — К., 2001.

³ Див., напр., опубліковані в Україні у 1995-2000 рр. монографії та посібники з філософії права В. Бачиніна, А. Козловського, В. Кузнєцова, С. Максимова, Л. Петрової, В. Шкоди.

⁴ Див., напр.: *Дридзе Т. М.* Язык и социальная психология. — М., 1980; Проблемы семиосоциопсихологии. — М., 1984.

(знакова система) є конвенціональною в межах відповідного соціокультурного ареалу і даного мовного простору, а тому здатна розумітись — у певних межах — більш-менш однаково.

2. Будь-який письмовий текст покликаний бути виразником («носієм») того чи іншого смислу. Смысл тексту — це його цільове призначення, цільова функція у, зрештою, задоволенні певних потреб та інтересів тих чи інших суб'єктів.

3. У багатьох випадках один і той самий текст об'єктивно спроможний бути носієм декількох неоднозначних смислів, оскільки може використовуватись різними суб'єктами як інструмент («опосередковувач») задоволення їхніх потреб. А тому той смисл, який «закладається» у письмове повідомлення його автором, і той, що вбачають («вичитують») у цьому повідомленні його читачі («реципієнти»), можуть не збігатись.

4. Реципієнти тексту схильні «вичитувати» (за іншою термінологією — «приписувати» йому) насамперед такий смисл, який найбільше сприятиме або ж якомога менше перешкоджатиме задоволенню їхніх потреб та інтересів. У нормальному випадку інтерпретатор прагне витлумачити текст у такий спосіб, аби ним можна було скористатись як *засобом* для реалізації цілей, інтересів, потреб чи то цього інтерпретатора, чи то певної соціальної групи, чи то суспільства в цілому. Отже, реципієнт намагається шляхом тлумачення *пристосувати* (так би мовити, інструменталізувати) текст для виконання останнім певної функції. А це й дає підстави назвати таке тлумачення функціональним, а ще точніше — *пристосувальним*.

5. З огляду на наведене неавторська інтерпретація тексту опосередковується інтелектуально-вольовими процесами не тільки (і не стільки) смисловідтворення, «смисловідшукування», а й смислотворення, смислонародження. У конкретній герменевтичній ситуації співвідношення між цими процесами зумовлюється: а) об'єктивними властивостями самої мови; б) закономірностями комунікативної діяльності (що їх досліджує, зокрема, соціосеміопсихологія); в) ступенем співпадіння чи, навпаки, розбіжності цілей (інтересів, потреб), з одного боку, автора тексту, а з другого — реципієнта тексту. Тому в кожному випадку співвідношення означених процесів може бути виявлене шляхом ситуативного аналізу впливу всіх зазначених чинників на змістовий результат інтерпретації.

6. Різноманітність і неспівпадання «споживачів» письмового тексту в соціально неоднорідному суспільстві, а також неминучий розвиток таких потреб є об'єктивними *соціальними чинниками* неоднозначності інтерпретації цього тексту, а також змін у його інтерпретації (переінтер-

претації) з плином часу. Засобом же такої інтелектуальної діяльності слугує відповідний *герменевтичний механізм*.

Правотлумачна діяльність КСУ крізь призму герменевтики. Наведені щойно положення були використані нами у герменевтичному дослідженні практики тлумачення Конституції України та інших законів, представленої актами КСУ (його рішеннями та висновками). Метою цього дослідження була спроба продемонструвати, яким чином із декількох потенційних смислів інтерпретованого законодавчого припису КСУ обирає лише певний, і виявити, так би мовити, «на чий користь» об'єктивно — тобто навіть незалежно від суб'єктивних намірів більшості суддів — функціонуватимуть різні правоінтерпретаційні акти КСУ.

Першим кроком у цьому дослідженні був розподіл актів КСУ на певні групи залежно від виду суб'єктів, відносини яких безпосередньо регулює (або ж на відносини яких може безпосередньо вплинути) нормативний припис, що став об'єктом офіційної інтерпретації цього органу. Адже тільки «прив'язавши» інтерпретаційні акти КСУ до цілей (а тим самим — і до інтересів, потреб) певних суб'єктів, можна застосувати до аналізу цих актів положення герменевтики.

Серед *найпоширеніших* актів КСУ були за названим критерієм виокремлені (з деякою умовністю) два їх види: а) «компетенційні» — ті, що стосуються норм, котрі пов'язані із поділом влади, тобто розмежуванням повноважень між різними органами держави; б) «праволюдніні» — ті, що торкаються норм, які опосередковують відносини між особою, з одного боку, й державою, її певними органами — з другого.

Другим кроком у здійсненому дослідженні був якісно-кількісний аналіз кожного із виділених різновидів актів КСУ, зважаючи на те, інтересам яких саме суб'єктів найбільше відповідало розуміння юридичної норми (норм), викладене в акті КСУ.

І, нарешті, третім кроком була спроба пояснити одержані результати такого дослідження.

У цій статті — з огляду на обмеженість її обсягу — відтворимо результати аналізу лише другої групи актів КСУ, названих нами «праволюдними».

«Праволодінні» акти КСУ. До цієї групи актів КСУ, які були опрацьовані у нашому дослідженні, було включено, як відзначалось, ті, котрі безпосередньо пов'язані із визнанням, додержанням, охороною й захистом конституційних прав і свобод людини і громадянина.

У результаті виявилось, що у переважній більшості таких актів (близько 90%) орган конституційної юрисдикції поліпшував існуюче

правове становище особи або ж принаймні не допускав його погіршення. У практику мотивування КСУ його актів увійшло посилання на низку положень ст. 3 Конституції України. До останніх положень належать, як відомо, твердження про те, що: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Однак й акти КСУ цієї групи, які ухвалено, здавалось би, «на користь» особи, теж не завжди діставали у нашому суспільстві однозначну оцінку. Згадаємо, як приклад, Рішення КСУ від 16 листопада 2000 р. у справі про право вільного вибору захисника. У цьому Рішенні було встановлено, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний, котрі потребують захисту від обвинувачення, та особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вправі вибирати захисником своїх прав особу, котра є фахівцем у галузі права і за законом має право на подання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи¹. Отож, коло можливих захисників у справі було істотно розширено. Незважаючи на те що позиція КСУ узгоджується із нормами міжнародно-правових актів (у тому числі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.) і має численних прихильників в Україні, це його рішення спричинило серйозні дебати й суперечки в юридичних колах. Так, серед аргументів, які висловлювались критиками даного Рішення, були й наступні: зниження рівня знань, відсутність досвіду у нових представників адвокатської професії; незнання й недодержання ними норм адвокатської етики; порушення принципу рівності всіх перед законом, закріпленого у статтях 21 і 24 Конституції України².

Цей приклад демонструє, окрім іншого, багатоманітність існуючих (і так чи інакше конкуруючих) у суспільстві інтерпретацій навіть самого феномена прав і свобод людини. Конкретний же зміст прав і свобод (а ще більше — їхніх меж³) інтерпретується різними учасниками суспільного життя тим більше неоднозначно, — насамперед тому, що в їхніх потребах, інтересах, цілях існують неабиякі відмінності.

¹ Див.: Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – №1.

² Див., напр.: Юрид. вісник України. – 2001. – №6. – С. 28; Юрид. практика. – 2001. – №23. – С. 6; Адвокат – 2001. – №1-2. – С. 26-28-44.

³ Див., напр.: Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування. – Львів, 2001.

У рішеннях і висновках КСУ наразі відсутні явно неоднозначні інтерпретації одних і тих самих конституційних чи інших юридичних норм. Можливо, це пояснюється, зокрема, відносною короткочасністю існування цього органу. Але це ще не є свідченням принципової неможливості таких його інтерпретацій у майбутньому.

Принаймні, певні прояви «приспосувальності» актів офіційного тлумачення цим органом законів можна побачити, наприклад, уже в його Рішенні від 29 грудня 1999 р. щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання. Цим Рішенням було визнано неконституційною наявність в Україні зазначеного виду покарання. Щоправда, приводом для розгляду даної справи стало конституційне подання щодо відповідності Основному Закону положень КК України, а не щодо їх офіційного тлумачення. Проте, як вже відзначалось, ухваленню будь-якого рішення стосовно конституційності тієї чи іншої норми закону не може не передувати *тлумачення-уяснення*.

Передбачена КК смертна кара застосовувалась впродовж майже 40 років. І у той період доцільність, виправданість застосування смертної кари не викликали якихось сумнівів у держави та й, значною мірою, у суспільства. Отож, тоді смертна кара розглядалася як соціально обґрунтований засіб реалізації кримінальної політики, зміцнення законності, захисту держави і суспільства.

Після ж проголошення Україною незалежності текстуальне оформлення ст. 24 КК дещо змінилося. Проте ця норма й надалі допускала застосування смертної кари, щоправда тепер уже як виняткової міри покарання, тимчасово, до її повного скасування. Але згодом ст. 24, як і низка інших «пов'язаних» із нею статей КК, врешті-решт були визнані неконституційними. Нагадаємо, що в Конституції України 1996 р. (як, до речі, й у Конституції Української РСР 1978 р.) застосування чи, навпаки, заборона смертної кари прямо не були передбачені. На можливість неоднакового розуміння змісту ч. 2 ст. 27 Конституції України звернула увагу й Венеціанська Комісія Ради Європи «За демократію через право» у своєму Висновку про конституційні аспекти смертної кари в Україні від 13 грудня 1997 р. КСУ ж при розгляді даної справи вдався до системного аналізу конституційних положень, результатом якого стали надзвичайно вагомі в умовах сьогодення аргументи проти застосування цього виду покарання (невід'ємність, невідчужуваність права людини на життя, неможливість його неконституційного скасування тощо, а

також реалії практики правозастосування, дані кримінологічних досліджень, можливість судових помилок)¹.

Що ж спонукало державу (яка проголосила себе правонаступницею Української РСР) в особі КСУ переглянути свою позицію щодо тієї самої статті КК і, як наслідок, змінити інтерпретацію її конституційності? У загальній формі відповідь на це питання може звучати так: відбулася істотна трансформація соціальної сутності держави, змінився домінуючий у суспільстві інтерес. Визнання людини, її життя і здоров'я, прав і свобод найвищою соціальною цінністю, поступове прилучення до загальнолюдських, гуманістичних правових здобутків, конституційно закріплена орієнтація на людину, а не державу – усе це якраз і відображало певні об'єктивні зміни у самому суспільстві, його практичній, політичній, ідеологічній, юридичній системах. Суттєвою обставиною стало й те, що Україна вже була членом Ради Європи, яка вимагає не вдаватись до такого виду кримінального покарання, як смертна кара.

У розглядуваному аспекті конституційного правотлумачення заслуговує на особливу увагу поки що єдиний у практиці КСУ випадок, коли він вдавався до офіційного *уточнення* раніше винесеного ним рішення, посилаючись якраз на «небезпеку» неоднозначного тлумачення одного з положень цього рішення. Йдеться про Ухвалу КСУ «Про редакційне уточнення тексту Рішення Конституційного Суду України від 29 січня 2002 року №1-рп/2002 у справі за конституційним поданням Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 5 Закону України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» та частини першої статті 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями)» від 14 березня 2002 року».

Отож, наведемо «фабулу», мотивацію й резолютивну частину означеної Ухвали: «В абзаці восьмому пункту 4 мотивувальної частини та підпункті 1. 2 пункту 1 резолютивної частини цього Рішення під час остаточного редагування допущено неточність, а саме: в словосполученні «є підставою для відмови як у наданні, так і в припиненні» парний сполучник «як... так» вжито зі словами «у наданні» та «в припиненні», а не зі словами «для відмови» та «для припинення», що може спричинити різночитання текстів зазначеного абзацу та підпункту.

¹ Див.: Конституційне законодавство України (законодавчі акти, коментар, офіційне тлумачення) – К., 2000. — С. 863-869.

Таким чином, положення абзацу восьмого пункту 4 мотивувальної частини та підпункту 1. 2 пункту 1 резолютивної частини Рішення внаслідок цієї неточності можуть бути витлумачені у супереч правовій позиції Конституційного Суду України з питання, що розглядалось. Суть цієї позиції зводиться до того, що положення частини першої статті 5 Закону України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» є підставою не лише для відмови у наданні, а й для припинення раніше наданих пільг підприємствам з іноземними інвестиціями.

Виходячи з викладеного, керуючись частиною другою § 57 Регламенту Конституційного Суду України, Конституційний Суд України
у х в а л и в:

1. В абзаці восьмому пункту 4 мотивувальної частини та підпункті 1. 2 пункту 1 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України від 29 січня 2002 року № 1-рп/2002 у справі за конституційним поданням Кабінету Міністрів України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 5 Закону України «Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження» та частини першої статті 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» та частини першої статті 19 України «Про інвестиційну діяльність» (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями) слова «є підставою для відмови як у наданні, так і в припиненні» замінити словами «є підставою як для відмови у наданні, так і для припинення»¹.

Логічний аналіз тієї мовно-редакційної «неточності» (як кваліфікував її сам КСУ) приводить до висновку, що вона призвела б до таких соціально-правових наслідків, які б йшли всупереч із позицією як автора конституційного подання у цій справі — Кабінету Міністрів України, так і зі справжньою позицією КСУ. Адже, спираючись на згадану «неточність», численні суб'єкти підприємницької діяльності з участю іноземних інвестицій оскаржували б у судовому порядку акти відмови припинити встановлені колись для них податкові та інші пільги. І можна з великою долею вірогідності припустити, що таких позовів з'явилось чимало...

А тому, аби покласти край такій практиці, КСУ й вдався до «уточнення» тексту згаданого його Рішення, тим самим адаптувавши останнє

¹ Див.: Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. – 2001–2002. — К., 2002. – Кн. 3. —С. 157-158.

до поточних потреб урядової політики. (Додамо, що цьому передувала ще й зміна КСУ свого Регламенту: він доповнив §57 Регламенту частиною 2, яка встановила, що КСУ може вдаватись до «редакційних уточнень» своїх актів. Але ж такі уточнення зазвичай і тягнуть за собою зміни у тлумаченні відповідних положень актів КСУ.)

Цей приклад, вважаємо, свідчить про підставність висловленої у вітчизняній літературі пропозиції про те, щоб у Законі України «Про Конституційний Суд України» закріпити можливість перегляду (перетлумачування) цим органом — за виникнення нових обставин — його власних рішень чи ухвал, винесених раніше¹. У російській літературі аналогічні погляди висловлювались щодо діяльності Конституційного Суду РФ².

Деякі висновки. Підсумовуючи викладене, відзначимо, що схарактеризоване дослідження, окрім іншого, надає додаткові аргументи для обґрунтування сформульованих раніше³ наступних положень.

1. Здатність нормативного юридичного тексту бути потенційним носієм різних смислів (*інтерпретаційна здатність тексту юридичної норми*) є його об'єктивною, невід'ємною, а відтак, неминучою властивістю. Корені її потрібно шукати, вочевидь, як у різноманітності соціальних інтересів, так і в особливостях самої мови, закономірностях здійснення комунікативної діяльності та внутрішньої структури текстового повідомлення.

2. Цю характеристику тексту (його багатозначність) не слід сприймати лише негативно. Більше того, видається можливим її ефективне, соціально корисне використання. Юридична норма права в її текстуальному оформленні — це насамперед інструмент врегулювання суспільних відносин, яке має бути максимально зручним та ефективним (а отже, гнучким і пристосовуваним до змін у суспільстві).

3. Дане положення стосується в першу чергу норм найвищої юридичної сили, тобто конституційних, що визначають сутність і принципи побудови правової системи певного історичного типу та розраховані на досить тривалий історичний період (в ідеалі — до істотної зміни соціальної сутності держави та її «фактичної конституції»).

4. Здійснюваний у зв'язку із офіційним тлумаченням конституції процес «смыслепошування» також має місце (як і процес слововідтво-

¹ Див., напр.: Селіванов А. О. Вказ. праця. — С. 115-119.

² Див., напр.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал рос. права — 2004. — №12. — С. 5-6.

³ Див.: Рабінович П. Конституційні права людини в Україні: юридичні проблеми реалізації // Правова держава. — К., 1998. — Вип. 9; його ж. Герменевтика і правове регулювання // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — №2.

6. Використання герменевтичних положень у дослідженнях офіційно-правотлумачної діяльності КСУ (а також, зрештою, офіційного тлумачення й інших державних органів) дозволяє краще збагнути її глибинні механізми, а відтак, й визначати шляхи та засоби її вдосконалення.

Надійшла до редколегії 28. 08. 06

О. Скрипнюк, академік АПрН України

Проблема реалізації прав людини при здійсненні державного управління соціальною та економічною сферами України

3 трансформацією економіки України на ринкову постійно постає проблема можливості чи неможливості втручання держави в економічну та соціальну сферу суспільства. Переважна більшість учених схиляються до думки, згідно з якою держава не повинна позбавлятися функцій в економічній сфері, оскільки завдяки цьому вона може забезпечити економічні права людини. Як зазначав І. Магновський, без гарантування і захисту з боку держави економічних прав громадян принципово неможливо забезпечити гідність людської особистості¹. Тому реалізація

¹ Див.: *Магновський І.* Економічні гарантії конституційних прав і свобод людини і громадянина // *Право України.* – 2003. – №1. – С. 30.

функцій державного управління в економічній сфері є необхідним елементом забезпечення стану економічної безпеки громадян і гарантування їх прав.

З цих позицій основними цілями державного управління в економічній сфері мають бути: 1). забезпечення умов для сталого економічного зростання та підвищення конкурентоздатності національної економіки; 2). прискорення прогресивних структурних та інституціональних змін в економіці, поліпшення інвестиційного клімату, підвищення ефективності інвестиційних процесів; стимулювання випереджувального розвитку наукоємних високотехнологічних виробництв; 3). удосконалення антимонопольної політики; створення ефективного механізму державного регулювання природних монополій; 4). подолання «тінізації» економіки через реформування податкової системи, оздоровлення фінансово-кредитної сфери та припинення впливу капіталів за кордон, зменшення позабанківського обігу грошової маси; 5). забезпечення збалансованого розвитку бюджетної сфери, внутрішньої і зовнішньої захищеності національної валюти, її стабільності, захисту інтересів вкладників, фінансового ринку; 6). здійснення виваженої політики внутрішніх та зовнішніх запозичень; 7). забезпечення енергетичної безпеки на основі сталого функціонування і розвитку паливно-енергетичного комплексу, в тому числі послідовного і активного проведення політики енергозбереження та диверсифікації джерел енергозабезпечення; 8). захист внутрішнього ринку від недоброякісного імпорту; 9). посилення участі України у міжнародному поділі праці, розвиток експортного потенціалу високотехнологічної продукції, поглиблення інтеграції в європейську і світову економічні системи та активізація участі в міжнародних економічних і фінансових організаціях.

Більше того, значення державного управління в економічній сфері підсилюється перехідним станом сучасної вітчизняної економіки, коли ринкові механізми ще остаточно не сформувалися. Це є важливим аргументом на користь необхідності активізації державного управління задля забезпечення економічних прав громадян, оскільки у перехідній економіці цілий ряд процесів повинен проходити під постійним контролем держави. До таких процесів належать: організація приватизації, освіта населення, контроль за цінами, забезпечення більшого обсягу державних послуг, надання субсидій та гарантій приватному сектору, підготовка, ухвалення і нагляд за функціонуванням нової системи законодавчого регулювання. Типовими прикладами управлінських дій держави в умовах переходу до ринку є контроль за цінами та соціальне

субсидіювання. Як засвідчує суспільна практика, в процесі переходу виявляється за необхідне не тільки контролювати рівень цін у різних галузях, а й втручатися в процес ціноутворення приватизованих підприємств, що поводять себе як монополісти в потенційно конкурентних галузях. Водночас держава обов'язково повинна гарантувати громадянам певний мінімум рівня життя, оскільки його масове зниження може істотно обмежити успішність перспектив державного реформування. Дійсно, громадяни можуть погодитися на певне зниження рівня їх добробуту в перехідний період, але воно не повинно бути надто істотним і надто тривалим. Якщо не спостерігатиметься поліпшення життя, у майбутньому, більшість громадян просто голосуватимуть проти реформаційно-трансформаційних процесів. Отже, як зазначає О. Ромашко¹, в умовах переходу до ринку держава в особі відповідних органів державного управління повинна не тільки спостерігати за розвитком подій, а й контролювати такі процеси, як рух капіталів, законність переходу прав власності, робити виважені висновки про тенденції розвитку ринку, аби запобігти виникненню кризових соціальних ситуацій, а в разі їх виникнення — сприяти найшвидшому виходу з них.

Подібне державне регулювання може проходити в двох основних формах: прямого та побічного впливу². Пряме державне регулювання, таке, яке здійснюється на основі законодавчих актів та зумовлених ними дій виконавчої влади, проявляється в тому, що держава, маючи необхідні організаційні та матеріальні ресурси, спрямовує їх використання на вирішення конкретних соціальних або економічних завдань. Як приклад можна навести Закон України від 7 лютого 2002 р. «Про стимулювання розвитку вітчизняного машинобудування для агропромислового комплексу», яким було визначено основні напрями державної політики пріоритетного розвитку вітчизняного машинобудування для АПК і закладено основи для створення сприятливих економічних умов для збільшення обсягів виробництва сільськогосподарської техніки й обладнання для харчової і переробної промисловості, а також окреслено шляхи формування ринку та вдосконалення системи забезпечення АПК вітчизняною технікою й обладнанням. При цьому в ст. ст. 5 та 6 цього Закону чітко визначено коло органів державного управління вітчизняним машинобудуванням для АПК (це Кабінет Міністрів України та уповно-

¹ Див.: Ромашко О. Ю. Роль державного регулювання фондового ринку в подоланні кризових явищ в економіці // Моніторинг. Інвестиційна діяльність в Україні. – 1998. – Вип. 3. – С. 11.

² Див.: Экономическая теория / Под ред. Н. И. Базылева, С. П. Гурко. – Минск., 1997. – С. 110.

важений центральний орган виконавчої влади), а також коло їх компетенції. Так, згідно з ст. 6 до компетенції Кабінету Міністрів України щодо машинобудування для АПК належать: 1) розроблення стратегії державної політики пріоритетного розвитку вітчизняного машинобудування для АПК; 2) затвердження (схвалення) відповідних програм стосовно пріоритетного розвитку вітчизняного машинобудування для АПК і організація їх виконання; 3) формування видатків у проектах державного бюджету у розмірі, необхідному для забезпечення пріоритетного розвитку вітчизняного машинобудування для АПК; 4) реалізація науково-технічної політики у вітчизняному машинобудуванні для АПК, вжиття заходів щодо впровадження сучасних технологій у виробництво, підвищення екологічної безпеки; 5) забезпечення розвитку операцій з фінансового лізингу техніки і обладнання для АПК і внесення відповідних пропозицій до проекту державного бюджету.

У разі ж побічного регулювання державою ринкових відносин, насамперед за допомогою фіскальної та грошово-кредитної політики¹, державне управління здійснюється за такими напрямками: перерозподіл прибутків, стимулювання капіталовкладень, підтримка стійкого економічного зростання, стабілізація цін, стимулювання експорту й імпорту товарів, забезпечення повної зайнятості. При цьому предметом стимулювання може виступати сам процес виробництва у тому чи іншому секторі ринку. Наприклад, складна ситуація, яка спостерігалася тривалий час на ринку зерна України, змусила органи державного управління застосувати низку конкретних заходів, спрямованих на зміну цієї ситуації. Так, 29 червня 2000 р. було видано Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо стимулювання виробництва та розвитку ринку зерна», яким передбачалося здійснення органами виконавчої влади (насамперед Кабінетом Міністрів України) ряду заходів з метою стимулювання виробництва зерна та підтримки сільськогосподарських товаровиробників, а також суттєвого зниження негативних наслідків сезонних і кон'юнктурних коливань цін на зерно і хлібопродукти. Серед цих заходів було названо: стимулювання продажу зерна за грошові кошти через прозору ринкову інфраструктуру (біржі, аукціони, торгові дома); подолання негативних наслідків сезонних і кон'юнктурних коливань обсягів продажу і цін на зерно і хлібопродукти шляхом впровадження механізму заставних закупок зерна, який передбачає закупку зерна у сільськогосподарських товаровиробників у сезон збирання за заставними цінами та гарантування їм права наступного продажу цього зерна за

¹ Див.: Ревинский И. А. Курс экономики. – Новосибирск., 1999. – С. 234-236.

ринковими цінами в разі перевищення заставних цін за умови відшкодування вартості зберігання такого зерна; кредитування заставних закупок зерна та їх бюджетне фінансування; прямі закупки зерна в сезон його збирання за поточними ринковими цінами та його наступний продаж у разі необхідності для задоволення потреб регіонів, що недостатньо забезпечені зерном та хлібопродуктами; закупки та продаж зерна в інтервенційних цілях з метою стабілізації внутрішнього ринку зерна і хлібопродуктів; недопущення обмежень щодо міжрегіональних закупок зерна та адміністративного втручання у формування ринкових цін на зерно і хлібопродукти; сприяння закупкам зерна суб'єктами підприємницької діяльності за власні грошові кошти для наступного продажу зерна і продуктів його переробки на внутрішньому ринку України; розроблення і періодичне уточнення з урахуванням кон'юнктури ринку балансів зерна, постійний моніторинг обсягів продажу зерна та хлібопродуктів, стану продовольчого забезпечення населення і т. д.

Разом з тим, говорячи про державне управління в економічній сфері, на особливу увагу заслуговує така проблема, як залучення інвестицій, без яких економіка розвиватиметься значно повільніше і відповідно бракуватиме ресурсів для забезпечення економічних і соціальних прав громадян. Про необхідність підвищення активності державної діяльності у цьому напрямі свідчить бодай низка указів Президента України, які з'явилися протягом останніх років: від 22 лютого 2001 р. «Про додаткові заходи щодо збільшення надходжень інвестицій в економіку України», від 12 липня 2001 р. «Про заходи щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні», від 7 серпня 2003 р. «Про додаткові заходи щодо залучення іноземних інвестицій в економіку України». Зокрема, останнім зі згаданих указів передбачалося проведення органами державного управління комплексу заходів щодо: а) заохочення іноземних інвесторів до внесення інвестицій в розбудову міжнародних транспортних коридорів, розвідку та видобування корисних копалин, у тому числі шляхом укладання договорів концесії та угод про розподіл продукції; б) формування позитивного інвестиційного іміджу України, з урахуванням, зокрема, прискорення організації постійно діючої виставки кращих інвестиційних проєктів та широке висвітлення в іноземних ділових колах позитивних змін у соціально-економічному розвитку України та її інвестиційному кліматі, а також перспектив інвестування в її економіку; в) підвищення привабливості та прозорості вітчизняного фондового ринку, в тому числі шляхом спрощення процедури ввезення в Україну та вивезення за її межі капіталу в процесі здійснення інвестиційної діяльності на фондовому ринку, а також створення сприятливих умов для участі на цьому

ринку фізичних осіб, підвищення рівня прозорості та достовірності інформації про діяльність емітентів цінних паперів; г) забезпечення для громадян іноземних держав рівних з громадянами України умов отримання послуг на території України та недопущення диференціації розмірів плати за послуги залежно від громадянства споживачів послуг.

Нарешті, остання сфера, в якій держава має гарантувати безпеку громадян (нагадаємо ще раз, що зараз ми розглядаємо поняття «безпека» виключно з позицій забезпеченості прав людини у тій чи іншій сфері), — соціальна. Одразу ж зауважимо, що порівняно з дослідженнями змісту політичної й економічної безпеки громадян проблеми соціальної безпеки є чи не найбільш дискутованими у сучасній науці державного управління. Хоча, незважаючи на різноманітність концепцій соціальної діяльності держави, а також те, як і в якому обсязі вона має реалізовуватися, практично всі дослідники погоджуються з тим, що ця діяльність все ж таки повинна мати місце. Її метою є забезпечення кожному громадянину гідних умов існування, соціальної захищеності, а також приблизно рівних шансів для самореалізації особистості в суспільстві. Реалізація цієї настанови передбачає утворення в суспільстві певного стану, який, за аналогією з правовим станом, може бути визначений як соціальний стан, що характеризується наявністю забезпечення соціальних гарантій та реалізацією соціальних прав громадян і є станом соціальної безпеки. При цьому необхідність гарантування системою державного управління соціальної безпеки громадян виявляється настільки ж необхідною діяльністю, як і гарантування всіх інших видів безпеки. В результаті цього обґрунтована і комплексна політика соціальної безпеки¹, котра постає не лише як одна зі складових процесу державного управління, а й як властивість будь-якої сучасної державної політики.

Таким чином, соціальна безпека виступає однією з ключових цілей державного управління. Про те, що саме маєтись на увазі, коли перед державним управлінням ставиться подібна мета? І чи є правомірною теза, згідно з якою забезпечення засобами ефективного державного управління економічної безпеки та гарантування економічних прав громадян автоматично спричинятиме реалізацію соціальних прав і відповідно настання стану соціальної безпеки? Для того щоб обґрунтовано відповісти на це питання, треба перш за все висвітлити науково-теоретичний зміст поняття «соціальна безпека» і продемонструвати його роль у державній діяльності щодо забезпечення прав людини.

¹ Див.: *Паламарчук В. М.* Економічні перетворення і соціальна безпека. – К., 1996. – Вип. 1. – С. 51.

кцій державного управління у соціальній сфері треба відмовитися від подібного «широкого» тлумачення соціальної безпеки.

З іншого боку, соціальна безпека може тлумачитися у вузькому значенні, тобто як реалізація і гарантування системою державного управління низки соціальних прав своїх громадян. Навіть з огляду на те, що такий підхід може видатися надто обмеженим, саме він дозволяє наповнити поняття соціальної безпеки необхідною для науки державного управління конкретикою. Справді, переводячи зазначену проблему в юридичну площину, ми отримуємо можливість говорити вже про безпосередні відносини, що виникають між елементами системи державного управління та громадянами в сфері відносин соціального захисту, захисту здоров'я, охорони праці, екологічних та інших прав громадян.

У цьому сенсі можна зафіксувати, що в сучасному конституційному законодавстві спостерігається наявність двох основних тенденцій. Перша з них полягає у конституційному переліку низки соціальних прав громадян (які, звичайно ж, обертаються на обов'язки, що покладаються на державне управління), а друга — у визначенні основних соціальних пріоритетів і цілей. У першому випадку соціальні права можуть бути чи: а) згруповані і виділені в окремий розділ (частину, главу); б) викладені разом з економічними та культурними правами; в) викладені поміж інших прав людини і громадянина. Наприклад, у Конституції Португалії в розділі III міститься окрема глава «Соціальні права та обов'язки». Це ст. ст. 63–72, в яких викладено основні норми щодо соціального забезпечення та солідарності, охорони здоров'я, права на житло, право на здорове довкілля та екологічну безпеку, права щодо захисту сімей, батьківства та материнства, права дітей, молоді, інвалідів та осіб похилого віку. В Конституції Словачької Республіки розділ V має назву «Економічні, соціальні та культурні права» (ст. ст. 35–43). І нарешті, стосовно останнього варіанту, коли соціальні права викладаються паралельно з політичними і громадянськими правами, можна згадати конституції України (розділ II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина»), Азербайджану (розділ II, глава III «Основні права і свободи людини і громадянина»), Румунії (глава II «Основні права і свободи»), Естонії (глава II «Основні права, свободи та обов'язки») і т. д.

На прикладі другої з окреслених моделей можна звернутися до такого надзвичайно цікавого з позиції формування конституційного забезпечення процесів розвитку державного управління у соціальній сфері документа, як Конституція Швейцарської Конфедерації від 18 квітня 1999 р. Зокрема, в її частині II ми не знайдемо окремого переліку со-

ціальних прав. Єдиним винятком можна вважати мабуть що ст. 7 «Людська гідність», яка містить таку норму: «Гідність людини підлягає повазі та охороні». Але глава 3 цієї ж частини «Соціальні цілі» містить наступне формулювання: «Союз і кантони на додаток до власної відповідальності та ініціативи виступають за те, щоб: а) кожна особа брала участь у системі соціального захисту; б) кожна особа отримувала необхідну турботу про її здоров'я; с) сім'ї як спільноти дорослих і дітей були захищеними і користувалися підтримкою; d) працездатні могли покривати свої витрати на життя завдяки праці на співрозмірних умовах; е) ті, хто потребує житло для себе і своєї родини, могли знаходити співрозмірне житло на прийнятних умовах; f) діти та підлітки, а також особи у працездатному віці могли отримувати освіту відповідно до своїх здібностей, професійну підготовку та перепідготовку; g) діти та підлітки заохочувалися в своєму розвитку в самостійних та соціально відповідальних осіб і були підтриманими у своїй соціальній, культурній і політичній інтеграції»¹. Тобто, як бачимо, незважаючи на відсутність безпосереднього переліку соціальних прав, швейцарські законодавці тим не менш закріпили на конституційному рівні досить чітку систему пріоритетів у діяльності системи державного управління, які покликані забезпечити дотримання в країні соціальних прав громадян і гарантувати їх соціальну безпеку.

Отже, зважаючи на щойно висвітлені підходи до визначення поняття соціальної безпеки, слід сформулювати, що саме є метою державного управління у соціальній сфері. На нашу думку, в контексті загального процесу державного управління соціальна безпека може бути визначена як позитивно врегульований правовими нормами і реалізований на практиці стан, коли держава забезпечує наявними в її розпорядженні демократичними методами управління підтримання гідного рівня життя громадян та гарантує можливість задоволення основних потреб її розвитку.

Інакше кажучи, мається на увазі зв'язок соціальної безпеки з сукупністю правових норм, які встановлюються на державному рівні і виступають визначальними щодо державного управління. При цьому сучасний стан розвитку міжнародного права дозволяє говорити про своєрідну глобалізацію соціальних прав, в основі якої лежать такі міжнародні нормативно-правові акти, як Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Декларація

¹ Див.: Конституции государств Европы: В 3 т. / Под ред. Л. А. Окунькова. – М., 2001. – Т. 3. – С. 543.

соціального прогресу і розвитку, Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод, Європейська Соціальна Хартія тощо. Подібна необхідність існування чіткої системи законодавчого визначення і фіксації соціальних прав пояснюється двома моментами. З одного боку, вона дозволяє регламентувати діяльність держави (насамперед державного управління) і привести її у відповідність до загальновизнаних правових стандартів, а з другого — законодавче закріплення соціальних прав надає змогу оцінювати фактичний, а не удаваний (як це б бажали бачити державні керманічі у своїх політичних прокламаціях) рівень соціальної безпеки громадян. Це означає, що за умови фіксації системи соціальних прав громадян (право на вільну працю, соціальне забезпечення, відпочинок, освіту, соціальну допомогу, пенсійне забезпечення, соціальне страхування, освіту, гідний рівень життя і т. д.) ми отримуємо досить чіткі орієнтири, з якими порівнюватимемо реальний стан щодо додержання цих прав і одночасно визначатимемо ефективність державного управління у соціальній сфері.

Іншим елементом запропонованого визначення є наголос на позитивному характері регулювання соціальних відносин. По суті цим предикатом наголошується на таких властивостях соціальних прав, які змістовно відокремлюють їх від так званих прав першого покоління, тобто політичних і громадянських прав, які за своїм змістом є здебільшого негативними правами. Вказуючи на позитивний характер соціальних прав, ми тим самим робимо наголос на тому, що стан соціальної безпеки стає можливим лише за умови активної діяльності з боку державної влади. У цьому сенсі надання регулювання соціальної безпеки на відкуп ринку є не тільки небезпечним, а й взагалі помилковим кроком¹. Оскільки для того щоб гарантувати соціальну безпеку своїх громадян, держава має не тільки піклуватися про обмеження власних претензій щодо абсолютності своєї влади і постійно утримувати баланс між сферою публічного і приватного (не втручатися туди, де рішення приймаються виключно особою, наприклад, у політичний вибір громадян чи вибір джерел отримання інформації тощо), а й водночас ефективно діяти в напрямі постійного вдосконалення економічної і правової бази соціальної безпеки.

Зрозуміло, що необхідність подібних дій органів державного управління передбачає проведення ними активної соціальної політики. Причому основні напрями цієї політики мають бути чітко й однозначно

¹ Див.: Безугла Я. І. Актуальні проблеми соціального забезпечення і захисту в Україні (правові аспекти) // Проблеми соціального захисту в Україні: Матер. наук.-практ. конф. (20-21 червня 1996 р.). — Чернівці, 1996. — С. 6.

визначені на вищому державному рівні. На сьогоднішній день в Україні таким документом є Указ Президента України від 24 травня 2000 р. «Про основні напрями соціальної політики на період до 2004 року», в якому зазначається, що пріоритетами соціальної політики, здійснюваної органами державного управління, є створення умов для забезпечення достатнього життєвого рівня населення, розвитку трудового потенціалу, народонаселення, формування середнього класу, недопущення надмірної диференціації населення за рівнем доходів, проведення пенсійної реформи, надання адресної підтримки незахищеним верствам населення, всебічного розвитку освіти, культури, поліпшення охорони здоров'я населення. При цьому особливу увагу слід звернути на те, що визначення цих пріоритетних напрямів діяльності державного управління у соціальній сфері безпосередньо пов'язано з діями щодо гарантування і забезпечення прав людини. Так, відповідно до цього Указу ефективний захист і забезпечення трудових прав громадян передбачають проведення таких заходів юридичного характеру, як законодавче визначення додаткових гарантій соціального захисту працюючих на об'єктах, що приватизуються або реструктуризуються; законодавче закріплення норм конвенцій і рекомендацій Міжнародної організації праці щодо Державної інспекції праці; прийняття законодавчого акта про державний нагляд і контроль за додержанням законів та інших нормативно-правових актів про працю та охорону праці, де має бути закладено правову основу діяльності органів, на які покладаються функції державного нагляду; забезпечення відповідності національного законодавства нормам міжнародного права, в тому числі ратифікованим Україною конвенціям Міжнародної організації праці; запровадження державної статистичної звітності щодо порушень законодавства про працю.

Хоча у цьому сенсі слід визнати, що практично всі дії, передбачені Указом, у тій чи іншій сфері (соціальне забезпечення, соціальна допомога, розвиток освіти, науки і культури тощо) спрямовані на захист тих чи інших конкретних конституційно визначених соціальних прав громадян. Наприклад, у галузі охорони здоров'я перед органами державного управління було поставлено такі безпосередні завдання: максимальне збереження державної системи охорони здоров'я, впровадження механізмів регулювання і функціонування галузі в ринкових умовах, фінансування лікувальних закладів відповідно до обсягу й якості послуг, що надаються; реалізація державних профілактичних програм з метою створення безпечних умов життя, навчання, праці та відпочинку, поширення серед населення інформації з питань здорового способу життя;

поетапне збільшення державних асигнувань, їх ефективне використання; пріоритетний розвиток первинної медико-санітарної допомоги, створення єдиного простору медичних послуг, формування керованого розвитку платних медичних послуг; зниження рівня захворюваності населення на артеріальну гіпертензію, ішемічну хворобу серця, судинне ураження мозку, зниження рівня смертності від ускладнень артеріальної гіпертензії, а також збільшення тривалості та підвищення якості життя хворих на серцево-судинні захворювання; зниження рівня захворюваності на цукровий діабет, зменшення кількості ускладнень внаслідок цієї хвороби, збільшення тривалості та підвищення якості життя хворих на цукровий діабет; збереження і підтримання здоров'я людей похилого віку, зниження рівня інвалідизації, забезпечення гарантованого рівня надання безоплатної кваліфікованої медичної допомоги, посилення профілактичної спрямованості медичного обслуговування, забезпечення формування мережі медичних і соціально-побутових закладів з урахуванням потреб людей похилого віку; підвищення ефективності надання населенню медичної допомоги у разі виникнення екстремальних ситуацій (стихійне лихо, катастрофа, аварія, масові отруєння тощо); реалізація заходів щодо попередження і ліквідації медико-санітарних наслідків екстремальних ситуацій, забезпечення постійної готовності, вдосконалення діяльності та матеріально-технічного забезпечення державної служби медицини катастроф, швидкої і невідкладної допомоги та служби крові. Однак фактично всі ці різноманітні цілі та конкретні завдання мають одну спільну мету, якою є забезпечення конституційного права на охорону здоров'я (ст. 49 Конституції України).

З метою встановлення зв'язку між рівнем ефективності реалізації державою своїх соціальних функцій і ступенем соціальної захищеності та соціальної безпеки громадян слід акцентувати увагу не тільки на суто економічних питаннях, а й на правому боці цієї проблематики. Справді, навряд чи є сенс сперечатися стосовно того, що лише економічно розвинута держава може виступити реальним гарантом соціального благополуччя своїх громадян, або, як пише О. Величко, головною проблемою функціонування системи соціального захисту є вихід з економічної кризи¹. Такої ж думки дотримуються В. Паламарчук, демонструючи близькість проблем соціальної безпеки та політики економічного зростання², а також деякі російські автори, для яких основою системи соціальної безпеки та

¹ Див.: *Величко О.* Соціальний захист населення у системі бюджетного забезпечення // *Україна: аспекти праці.* – 1999. – №6. – С. 41.

² Див.: *Паламарчук В.* Зміни рівня життя населення України // *Там само.* – 1998. – №4. – С. 37.

рівня її реальних гарантій є економічні можливості держави¹. Тому, не включаючи до сфери аналізу вже розглянуті питання економічного розвитку, варто зосередитися на правових аспектах цієї проблеми.

Певною мірою необхідність діяльності у двох зазначених напрямках стає наявною вже на суто термінологічному рівні, адже такі поняття, як «соціальний захист» та «соціальна безпека», вказують відповідно як на механізми забезпечення системою державного управління можливостей для кожного громадянина на гідний рівень життя та ефективну соціальну систему, так і на правовий стан, в якому знаходяться громадяни держави. Тобто, встановлюючи залежність між економічним станом розвитку держави та рівнем соціальної безпеки громадян, не можна забувати про те, що цей зв'язок у будь-якому випадку здійснюється через право. Інакше кажучи, соціальна безпека завжди пов'язується із певним правовим станом, коли на рівні основних державних законів (і насамперед на конституційному рівні) встановлюються і закріплюються соціальні права, визначається система гарантій цих прав, а також окреслюються способи захисту зазначеного кола прав.

Таким чином, навіть у разі спроби застосувати обмежений підхід до тлумачення меж державного управління, коли його єдиною і основною метою визнається забезпечення права громадян на безпеку (нагадаємо, що, як вважали класики політико-правової думки, саме прагнення до безпеки змушує окремих індивідів утворити державу і погодитися передати їй управлінські функції), все одно необхідно визнати, що поняття безпеки не може бути проінтерпретовано виключно негативно. Так чи інакше, говорячи про право громадянина на безпеку, ми обов'язково включатимемо в нього такі складові елементи, як політична безпека, економічна безпека, соціальна безпека, екологічна безпека тощо. В цьому сенсі спроба обмежити державне управління чи вилучити із сфери діяльності держави виконання економічних і соціальних функцій матиме своїм наслідком не підвищення рівня свободи людини, а дещо прямо протилежне — відмову в захисті, гарантуванні економічних і соціальних прав громадян.

Що ж до того, наскільки обґрунтованою є відмова держави впливати на розвиток економічних і соціальних відносин, реалізовувати процес державного управління у цих сферах, то, на нашу думку, відповідь на це питання дала не тільки практика сучасного державного управління, а й сама теорія права.

Надійшла до редколегії 26. 06. 06

¹ Див.: Власов В. И., Леонов А. С., Лусенкова Е. Е., Филиппов А. А. Социальные права. Россия и Европа. Серия «Права человека». – М., 1998. – Вып. 3. – С. 125.

Право і свобода: загальнотеоретичні проблеми

Питання «право і свобода» знаходиться в центрі уваги філософів і соціологів, політологів і правознавців не одне століття. Напевно, воно є вічним, оскільки незважаючи на видатні роботи Аристотеля, Платона, Д. Локка, Гоббса, І. Канта, Г. Гегеля, Д. Міля, В. фон Гумбольдта, І. Берліна, Ф. Гаєка, Д. Ролза, Д. Раза та ін., вчені й дотепер перебувають у пошуку сутності свободи, визначення її меж у сучасному суспільстві, прагнуть віднайти оптимальний формат свободи і права.

Як слушно зауважує Ф. Гаєк, *ідеал свободи надихнув сучасну Західну цивілізацію*, і його втілення створило її¹. Цю думку можна простежити в тексті преамбули Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., в якій, зокрема, констатується, що європейські країни «мають спільну спадщину в політичних традиціях, ідеалах, свободі і верховенстві права»².

Вважається, що в більш-менш завершеному вигляді концепція свободи, яка історично пов'язана з обмеженням сваволі влади, насамперед державної³, з'являється в епоху Відродження і Реформації, хоча її зародження відбувається значно раніше — в часи Великої хартії вільностей, а то й раніше⁴.

Однак коли ми намагаємося визначити поняття свободи, то зіштовхуємося з певними труднощами. На думку деяких дослідників, поняття свободи взагалі не піддається аналізу, оскільки воно є суперечливим за своєю сутністю: ніхто не заперечує, що свобода є благом, проте тривають нескін-

¹ Див.: Гаєк Ф. А. Конституція свободи: Пер. з англ. — Львів, 2004. — С. 10.

² Офіц. вісник України. — 1998. — № 13.

³ Детальніше про це див.: Міл Д. С. Про свободу. Есе: Пер. з англ. — К., 2001. — С. 11–12.

⁴ Наприклад, на думку Ф. Закарія, першооснови усвідомлення свободи було закладено в 324 р. н. е. Того року імператор Костянтин вирішив перенести столицю своєї імперії з Риму до Візантії, і разом з імператором до нової столиці переїхав весь двір, за винятком єпископа Римського. Це поклало початок процесу відокремлення церкви від держави, а сама церква стала в західному світі першим серйозним «обмежувачем» влади держави. Пізніше на Заході виникає низка подібних інституцій і традицій, а також клас феодальної аристократії, який також стримував владу держави (детальніше про це див.: Закарія Ф. Как утвердить либеральную демократию в Ираке. — <http://www.cato.ru/pages/69?idcat=35>).

чені безплідні баталії між тими, хто намагається переконати нас прийняти саме їхній погляд на її природу¹. В літературі XX — початку XXI ст. ст. осмислення феномена свободи відбувається в широкому діапазоні концепцій, серед яких помітно вирізняються філософсько-антропологічні, екзистенціалістські, соціофілософські, політологічні, правознавчі, соціологічні, етичні; він аналізується в метафізичному, гносеологічному, онтологічному та праксеологічному значеннях². Отже, маємо право сказати, що слово «свобода» не значить нічого, доки не наповнене конкретним змістом³.

Шукаючи точку відліку в її визначенні, можна звернути увагу на пропозицію Д. Маккелема виражати всі твердження про свободу в одній формі: X вільний від Y , щоб z (z означає будь-яке дієслово)⁴. У цьому випадку всі спори — це спори про три терміни, що вказують відповідно на агента (X), перешкоду (Y) і дію або стан, яких треба досягти (z)⁵.

Що означає свобода в суспільних стосунках (так звана особиста (індивідуальна) свобода)?⁶ І. Берлін наголосив, що існують два типи (концепції) свободи: [1] *негативна свобода*, коли зосереджуються на відсутності втручання з боку інших людей⁷, і [2] *позитивна свобода*⁸, коли увага концентрується на спроможності особи самостійно приймати рішення щодо вчинення власних дій⁹.

¹ Див.: Енциклопедія політичної думки: Пер. з англ. – К., 2000. – С. 352.

² Див.: Свобода: сучасні виміри та альтернативи / В. В. Лях, В. С. Пазенок, К. Ю. Райда, та ін. – К., 2006. – С. 11–12.

³ Див.: Гаєк Ф. А. Вказ. праця. – С. 15.

⁴ Див.: Маккелем Д. Негативна і позитивна свобода // Лібералізм: Антологія / Упорядники О. Проценко, В. Лісовий. – К., 2002. – С. 569.

⁵ Див.: Короткий оксфордський політичний словник / За ред. І. Макліна і А. Макмілана: Пер. з англ. – К., 2006. – С. 618.

⁶ Природно, що існують інші аспекти свободи, наприклад, свобода людини в її духовному світі (так звана *внутрішня (метафізична) свобода*). Остання є психологічним феноменом, виключно суб'єктивним відчуттям людини; внутрішня свобода тісно пов'язана з категоріями самосвідомості, самоусвідомлення, самообмеження, розумності, долі, необхідності, відповідальності. Звичайно, що цей аспект свободи також має певний вихід на проблеми правового регулювання, проте його дослідження виходить за межі нашої статті.

⁷ Ця свобода є негативною тому, що вона розглядається як *свобода від* чогонбудь (втручання, покарання, примусу тощо). Акцент у цьому випадку робиться на свободі як сфері, де особі гарантується відсутність обмежень.

⁸ Вона передбачає не свободу «від», а *свободу «для»* – свободу вести певний, передбачений особою спосіб життя.

⁹ Див.: Берлин И. Две концепции свободы // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин и др.: Пер. с англ. – М., 1998. – С. 19, 30.

Філософи зазвичай відзначають, що негативна свобода (сфера «персонального суверенітету» (Д. Міл), царина, де визнається — згідно з висловом І. Канта — «здатність бути паном самому собі») може бути досить широкою, проте вона не може бути необмеженою. По-перше, свобода особи зіштовхується зі свободою інших осіб, що вимагає їх взаємного узгодження. По-друге, в суспільстві існують інші конкурентні цінності (зокрема, безпека, порядок, справедливість, рівність, мораль). Це породжує необхідність досягнення адекватного балансу даних цінностей і свободи. Тому сфера вільних дій людей має бути обмежена¹. Природно, що її кордони є соціокультурно та історично зумовленими. Позитивне право традиційно розглядається як найбільш прийнятний засіб для такого обмеження.

Проте припускається, що повинна існувати мінімальна сфера особистої свободи (окреслена переліком основних (фундаментальних) прав і свобод людини²), в яку не можна втручатися за жодних обставин³. Така мінімальна сфера — невід’ємна зона людської свободи⁴ — має гарантуватися правом як найоптимальнішим для цього засобом.

Свобода суспільства в негативному значенні вимірюється міцністю бар’єрів, які не дозволяють порушувати царину особистої свободи, а також кількістю і важливістю шляхів, які залишаються відкритими для членів суспільства⁵. Отже, в цьому аспекті свобода означає незалежність від сваволі іншого, але за присутності іншого⁶.

Позитивна концепція свободи впливає із прагнення особи бути господарем свого власного життя, бажання бути суб’єктом, а не об’єктом⁷,

¹ І. Берлін обґрунтовує цю тезу таким чином: ми не можемо бути абсолютно вільними і повинні відмовитися від частки нашої свободи, аби зберегти частку, що залишилась (див.: *Берлін І. Две концепции свободы...* — С. 24).

² Мабуть, не випадково ці права і свободи (так звані права першого покоління) кваліфікуються як негативні. Вони передбачають право на захист від будь-якого втручання в їх здійснення і спрямовані саме на захист індивідуальної свободи (див.: *Общая теория прав человека / Под ред. Е. А. Лукашевой.* — М., 1996. — С. 22–23).

³ Визначення цієї сфери з давніх часів є предметом філософських дискусій. Наприклад, пропонується окреслити таку сферу, виходячи з принципів природного права, релігійних догматів, постулату категоричного імперативу, принципу корисності тощо.

⁴ Див.: *Міл Д. С. Вказ. праця.* — С. 22.

⁵ Див.: *Берлін І. Вказ. праця.* — С. 37.

⁶ Див.: *Шкода В. В. Вступ до правової філософії.* — Х., 1997. — С. 65.

⁷ Відзначимо, що для негативної свободи стрижневим є бажання особи *не бути об’єктом*. Однак для негативного аспекту непринципово, хто є тим суб’єктом, який визначає межі незалежності особи, тобто оформлює «ліцензію» (Р. Дворкін) на її свободу, забороняючи всім втручання в цю сферу.

ґрунтується на ідеї самоуправління і самовизначення. Особа є вільною, коли все її життя і всі її рішення залежать від неї, а не від дії будь-яких зовнішніх сил. Вона нібито є власним законодавцем; вона самостійно визначає сферу своєї негативної свободи.

Однак здійснення позитивної свободи особою як членом суспільства можливе лише через її спільні дії з іншими особами — як правило, через представницькі інституції. При цьому особа має ідентифікувати себе з тим суспільством, державою, соціальним прошарком, до якого вона належить, розглядати себе як їх елемент. У цьому випадку індивідуальна свобода переноситься на політичну спільноту і відтворюється у свободі колективно діючого народу-суверена¹. Політичні (представницькі) структури є її суспільним оплотом. Поняття свободи в позитивному розумінні утворює серцевину гасел національного суверенітету, народовладдя, суспільного самоврядування, демократії².

Без всяких сумнівів, обидва типи свободи мають спільне підґрунтя: вони передбачають можливість самореалізації особи, її самостійного мислення, дій за власним розсудом, визнають свободу волі як здатність людини вільно приймати рішення за наявності різних можливостей до однозначного вибору якоїсь позиції, допускають взяття людиною на себе персональної відповідальності за свій вибір. Позитивна свобода сприяє існуванню й оптимальному визначенню негативної свободи: саме право, формування якого залежить від вільного волевиявлення самої особи як члена суспільства, фіксує кордони індивідуальної свободи як результат певного консенсусу в суспільстві щодо цього питання. Водночас позитивна свобода є неможливою без існування негативної свободи (зокрема, без свободи думки і слова, зборів і об'єднань). Отже, можна стверджувати, що ми потребуємо свободи «від», аби мати свободу «для», яка у свою чергу забезпечує свободу «від».

На сьогодні людська цивілізація дійшла висновку про те, що свобода в позитивному і негативному аспектах найкраще (порівняно з іншими режимами) гарантується поєднанням елементів демократії і правової державності. Демократія як режим, побудований на принципі самовизначення народу відповідно до волі більшості в умовах індивідуальної свободи і рівності, є засобом збереження свободи в усіх її проявах. Пра-

¹ Государственное право Германии: В 2 т.: Сокр. пер. нем. семитом. изд. — М., 1994. — Т. 1. — С. 38.

² Коріння концепції, що виділяє в ідеї свободи *демократичний* (позитивний) аспект, можна знайти ще в Аристотеля, який вчив, що свобода означає, зокрема, можливість поперемінно з іншими брати участь у владі, впливати на формування державної волі (див.: Ципеліус Р. Філософія права: Пер. з нім. — К., 2000. — С. 186).

вова держава, ґрунтуючись на принципах поділу державної влади, її поміркованості й обмеженості, верховенства права і поваги до людської гідності, забезпечує особі достатній простір для її самореалізації, гарантує захист її свободи від сваволі як державних органів, так і інших суб'єктів. Важливу роль у гарантуванні свободи відіграє і громадянське суспільство: воно є джерелом життєвої сили для свободи, його творчий хаос дає людям шанс жити, не стоячи з простягнутою рукою перед державою й іншими силами¹.

Для політико-правової сфери принципове значення має також виокремлення «*формальної*» і «*матеріальної*» свободи². Формальний аспект зосереджує увагу лише на забезпеченні свободи дій особи, гарантуванні безперешкодної можливості певної діяльності. Проте життя з іншими в суспільстві означає не тільки взаємне обмеження, але в багатьох відношеннях також збільшення можливостей і варіантів дій, можливостей розвитку, а з ними — і свободи. Тому проблема свободи постає не в останню чергу як завдання справедливого поділу суспільно зумовлених шансів розвитку і ресурсів. Отже, матеріальний аспект свободи відповідає за створення реальних умов особистого розвитку, насамперед можливостей освіти, економічних умов набуття благ³.

Тепер подивимося на те, як ідея свободи втілюється в праві.

Передусім відзначимо, що *право закріплює визнання свободи як однієї з найвищих соціальних цінностей* (див., наприклад, преамбули Загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і Статуту Організації Об'єднаних Націй)⁴. *Свобода — одна з основних засад права*; так само як справедливість, рівність і гуманізм, вона розглядається як *один із загальнолюдських вимірів права*. Природно, що це зумовлює всю концепцію права: ґрунтуючись на самодостатній ідеї соціальної цінності свободи, право за загальним правилом має розглядати особу (суб'єкта права) як суб'єкта свободи, визначальною рисою якого є прагнення до власної незалежності і повага до незалежності чужої; воно повинне гарантувати особі простір для реаліза-

¹ Див.: Дарендорф Р. После 1989. Мораль, революция и гражданское общество. Размышление о революции в Европе: Пер. с англ. — М., 1998. — С. 62.

² Див.: Циптелиус Р. Вказ. праця. — С. 187.

³ Див.: Там само. — С. 187, 191.

⁴ На жаль, свобода як одна з найвищих соціальних цінностей не була включена в прямій формі в остаточну редакцію ст. 3 Конституції України (див. з цього приводу: Речицький В. В. Політична активність. Конституційні аспекти. — К., 1999. — С. 326).

ції здатності самостійно вирішувати, що для неї значуще, цінне і корисне¹. Визнаючи свободу волі як природну властивість, що впливає з духовної сутності людини, право наділяє особу такими юридичними рисами, як правоздатність, дієздатність і деліктоздатність. Там, де заперечується свобода, не визнається вільна індивідуальність, там немає і не може бути права, суб'єктів права, правових законів і правових відносин².

Відтак, *ідея свободи лежить в основі принципів права, нею має бути просякнутий зміст позитивного права (юридичних актів)*. Так, з давніх часів ідея свободи яскраво проявляється в цивільному праві. Серед його принципів провідним є принцип диспозитивності, що характеризується як свобода суб'єктів у виборі варіантів правомірної поведінки, здійсненні наявних у них суб'єктивних прав самостійно, незалежно, на власний розсуд³. Вона визначає і зумовлює сенс інших загальних засад, які у свою чергу орієнтують на найповніше забезпечення цивільно-правової свободи: недопустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, недоторканності права власності, свободи договору, свободи підприємницької діяльності (див. ст. 3 Цивільного кодексу України).

Ідея свободи проявляється і в інших галузях права. Наприклад, у сімейному праві вона реалізується насамперед через такі загальні засади регулювання сімейних відносин: регулювання сімейних відносин лише у тій частині, в якій це є допустимим і можливим з погляду інтересів їх учасників та інтересів суспільства (ч. 3 ст. 7 Сімейного кодексу України); регулювання сімейних відносин з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу та недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ч. 4 ст. 7). У трудовому праві свобода проявляється головним чином у принципі свободи трудового договору⁴. В процесуальному праві свобода відображається, зокрема, в принципах диспозитивності і змагальності сторін.

Право є *оптимальним форматом* для гарантованого виразу і одночасно визначення і збереження кордонів свободи людей, причому в такому порядку, коли відбувається узгодження свободи цих осіб зі свободо-

¹ Див.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Х., 2002. – С. 246–247.

² Див.: Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М., 2000. – С. 24.

³ Див.: Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М., 2006. – С. 90.

⁴ Див., напр.: Трудове право України: Академічний курс / П. Д. Пилипенко, В. Я. Буряк, З. Я. Козак та ін.; За ред. П. Д. Пилипенка. – 2-е вид, перероб і доп. – К., 2006. – С. 46.

дою всіх інших¹. Цьому насамперед сприяють такі риси права, як його нормативність, загальна обов'язковість, формальна визначеність, гарантованість, верховенство щодо держави та ін. Тому в сучасному суспільстві *право одночасно є основним засобом забезпечення (гарантування) свободи та її обмеження*. При цьому співвідношення між забезпеченням і обмеженням свободи має визначатися правом, виходячи із загального припущення на користь свободи (*in dubio pro libertate*)². Саме в праві свобода отримує свій найбільш концентрований вираз, в ньому вона реально матеріалізується, об'єктивується, відливається в конкретні правові форми, принципи, інститути³. Отже, як зауважував ще Д. Локк, там, де немає права (закону), немає й свободи⁴.

Право в його сучасному розумінні має виступати як *легітимована міра свободи*⁵, тобто якісно визначений рівень свободи на певному етапі існування соціуму⁶, що відображає інтереси і волю суб'єктів суспільних відносин. Помилки в цьому питанні в процесі правозакріплення призводять до створення неправових законів та інших негативних наслідків на кшталт тих, що зазвичай трапляються при придбанні одягу неналежного розміру. Відомо, що неправильно підібраний одяг спричиняє суттєвий дискомфорт його володарю: замалий надмірно сковує особу і тріщить по швах, а звеликий бовтається на людині і заважає її нормальному руху. Цей дискомфорт усувається завдяки кравцю або ж одяг підлягає заміні. Так само і закони із заниженим рівнем свободи не можуть протягом тривалого часу ефективно стримувати суспільство, а закони із завищеним рівнем свободи неминуче призводять до анархії і безладу. В обох випадках встановлені норми тією чи іншою мірою ігноруються суспільством і врешті-решт підлягають корегуванню чи заміні.

Визначення міри свободи для її закріплення у джерелах права насамперед передбачає *формулювання переліків дозволеної і забороненої поведінки*, що утворюють у праві відповідно зону свободи і зону не-свободи. Пам'ятаючи, що мета права — не скасовувати чи обмежувати,

¹ Див.: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 61.

² Див.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. — М., 1981. — С. 51.

³ Див.: Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2004. — С. 41.

⁴ Див.: Лок Д. Два трактати про врядування: Пер. з англ. — К., 2001. — С. 159.

⁵ Див.: Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 9.

⁶ Природно, що зі збігом часу і залежно від інтенсивності тих чи інших суспільних процесів ця міра змінюється, що має відобразитися в праві.

а зберігати і примножувати свободу¹, при визначенні цієї міри слід враховувати певні концептуальні засади, зокрема:

– *принцип гуманізму*, що віддзеркалює визнання цінності людини як особистості, повагу до її гідності, прагнення до її блага як мети суспільного розвитку². Ідея гуманізму лежить в обґрунтуванні незаперечної цінності свободи, оскільки саме свобода є визначальною характеристикою людської сутності, що відрізняє її від усіх інших живих істот. Поза наявністю свободи, хоча б невеликою мірою, немає вибору і тому немає можливості залишатися людиною в нашому розумінні цього слова³. Свобода має сприяти людині у вільному і всебічному розвитку її особистості, відчутті власної гідності. Цей принцип без будь-яких сумнівів має враховуватися при визначенні міри свободи в юридичних актах, що особливо помітно при правовому регулюванні відносин у сферах політики, культури, освіти, охорони здоров'я тощо. Принцип гуманізму може виступати одним з чинників, що обмежують свободу при реалізації права, взаємодіючи в цьому випадку із принципом недопустимості зловживання правом;

– *принцип справедливості*. Часто-густо право в ціннісному контексті пояснюють як справедливо впорядковану свободу⁴. Додержання вимог справедливості при визначенні міри свободи полягає передусім у тому, що кожній особі слід надати якнайширшу свободу, яка була б сумісною з подібною системою свободи для всіх (перший принцип справедливості Д. Ролза)⁵. Слід зазначити, що в умовах соціальної держави свобода може бути обмежена заради цінностей соціальної справедливості і рівності. Це характерно насамперед для свободи в економічній сфері, яка проявляється головним чином через свободу договорів і свободу власності;

– *принцип рівності*. Взаємодія між свободою і рівністю в процесі правового регулювання має ґрунтуватися на базовій моделі «рівності в свободі», яка може бути трансформована в такий логічний ланцюг: свобода (в правовому і соціальному сенсах) — право (як міра свободи) — рівноправність (рівна міра щодо кожного)⁶. Однак у сучасному праві реальною моделлю є більш складною («диференційована рівність в свободі з

¹ Лок Д. Вказ. праця. – С. 159.

² Цей принцип права випливає із загальних засад конституційного ладу, які проголошують пріоритет людини як найвищої соціальної цінності (див. ст. 3 Конституції України).

³ Берлін І. Стремление к идеалу // Вопр. философии. – 2000. – № 5. – С. 55.

⁴ Див.: Поляков А. В. Общая теория права. – СПб., 2001. – С. 225.

⁵ Див.: Ролз Д. Теория справедливости: Пер. з англ. – К., 2001. – С. 346.

⁶ Див.: Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – М., 2005. – С. 257.

можливістю позитивних дій»). Вона виходить з того, що [1] в праві має втілюватися міра свободи, що однаково застосовується до кожного, хто знаходиться в однаковому становищі; [2] але міра свободи є різною, коли [2. 1] право враховує розумні й об'єктивні відмінності між особами або [2. 2] створює тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб з метою компенсації існуючої фактичної нерівності;

– *принцип «дозволено все, що не забороняється законом»*, який сприяє більш повній реалізації особою власної свободи¹. Без цього принципу безглуздо говорити про право як міру свободи; за таких обставин воно радше є мірою несвободи;

– *принцип субсидіарності*, згідно з яким держава і суспільство покликані лише підтримувати і доповнювати діяльність індивіда, сім'ї та професійного прошарку, однак не мають права ламати і поглинати їх. Отже, держава може втручатися лише тоді, коли вільні індивідуальні і спільні дії не здатні досягти поставленої мети². Принцип субсидіарності обґрунтовується як у свободі та гідності людини, так і в структурі і своєрідності малих громадських груп, що мають певні права і завдання, які недоцільно виконувати громадським утворенням більших масштабів. Захищаючи особисте буття і життя окремої людини і малих громадських груп від надмірних втручань більших громадських утворень, він забезпечує певну міру самостійності осіб та спільнот і розмежування компетенцій³;

– *принцип пропорційності*, виходячи з якого держава має запроваджувати не надмірні, а лише необхідні й зумовлені легітимною метою обмеження свободи⁴. Такі обмеження без будь-яких сумнівів не можуть посягати на саму сутність того чи іншого права і призводити до втрати (вихолощення) його реального змісту (так зване вчення про іманентні межі основ-

¹ Зазначимо, що цей принцип притаманний українському праву: він закріплений у ч. 1 ст. 19 Конституції України.

² Ідею цього принципу, ґрунтовно розробленого християнським суспільним вченням, знаходять ще в античній філософії. Відзначимо, що він є засадничим принципом Європейського Співтовариства. Його елементи можна знайти у згаданій вище ст. 7 Сімейного кодексу України (детальніше про принцип субсидіарності див.: *Гьофнер О.* Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу: Пер. з нім. – К., 2003. – С. 186–203).

³ *Гьофнер Й.* Християнське суспільне вчення: Пер. з нім. – Львів, 2002. – С. 62.

⁴ Цей принцип є важливою складовою права Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; він врахований також українською системою права (див., напр., Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, а також ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України).

них прав, розроблене німецькою правовою доктриною¹). Якщо принцип субсидіарності відповідає на питання, коли можливе державне втручання, то принцип пропорційності регламентує ступінь його інтенсивності. Усе це дозволяє закріпити в праві таку модель суспільного порядку, в якій, незважаючи на всі обмеження і стримування, що накладаються в інтересах суспільства на індивідуальні дії громадян, сфера для індивідуального вибору та ініціативи залишається максимально широкою²;

– *принцип правової визначеності*, який вимагає, зокрема, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими і точними, чіткими, несуперечливими і дійсно зрозумілими для їх адресатів, а застосування цих актів має бути передбачуваним³. Належна обізнаність особи в своїх правах і обов'язках, чітке розуміння «коридору» дозволених варіантів поведінки збільшують її автономію щодо держави і врешті-решт забезпечують свободу;

– *принцип недопустимості зловживання правом*, який сприяє забезпеченню справедливого балансу між свободою особи та свободою інших, подоланню недоліків правового регулювання. Цей загальноправовий принцип зазвичай виводять із конституційних положень, згідно з якими здійснення прав і свобод людини не повинне порушувати права і свободи інших осіб⁴. Він є втіленням ідеї «немає свободи для ворогів свободи»⁵ і розглядається як певне стримування егоїзму в юридичних відносинах⁶.

¹ Див.: Хессе К. Вказ. праця. – С. 173–176; Государственное право Германии. – Т. 2. – С. 234–240.

² Див.: Ллойд Д. Идея права: Пер. с англ. – М., 2000. – С. 159.

³ Цей принцип – одна з провідних засад права Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята українською системою права (див., зокрема, Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, в якому формулюється *вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми*. Суд пояснює її потребою забезпечення однакового застосування права, яке необхідне для попередження сваволі).

⁴ Цей принцип є складовою права Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (див. ст. 17 Конвенції) і проявляється в українській системі права (він впливає, зокрема, із ст. ст. 23, 41, 42, 68 Конституції України, ст. 13 Цивільного кодексу України).

⁵ Див.: Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г.: Пер. с франц. – СПб., 2004. – С. 766.

⁶ Див.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М., 2002. – С. 96, 104.

За переліками дозволеної і забороненої поведінки та засадами їх визначення можна зробити висновок як про характер права, так і про сутність і широту тієї свободи, що існує в кокретний історичний час у певному суспільстві.

Право надає особі можливість захищатися від посягань на її свободу з боку інших суб'єктів, у тому числі з боку державної влади. Визначальну роль у цьому відіграють конституції. Сьогодні загальновизнано, що конституція є головним нормативно-правовим засобом забезпечення свободи особи. Це пов'язано з тим, що ідея, згідно з якою усі уряди прагнуть до пригнічення свободи і втручання до сфери органічних норм, стала майже класичним конституційним імперативом. Засвоївши цей імператив, хороші конституції, які покликані в першу чергу гарантувати свободу, перешкоджають екстраполяції державного регулювання на ті сфери життя, які природним чином були і залишаються до- чи позаправовими¹.

Основними видами конституційних гарантій свободи є: проголошення свободи як мети політичної діяльності держави; проголошення свободи найвищою соціальною цінністю; закріплення свободи як правової категорії; фіксація багатоманітних конституційних прав-свобод; закріплення політико-правових стримувань і противаг, що забезпечують свободу, та ін.² Конституції окреслюють кордони державної влади, оберігаючи таким чином сферу свободи, ставлять бар'єри, які перешкоджають зловживанню владою³.

Розглянемо деякі з конституційних гарантій свободи, притаманні українській правовій системі. Як відомо, історичний шлях до індивідуальної свободи пролягав через досягнення окремих свобод⁴. Тому в літературі слушно звертають увагу на те, що *безпосереднім виразом свободи в усіх її багатоманітних життєвих проявах є невід'ємні права і свободи людини*: свобода слова, недоторканність особистості, право обирати органи влади тощо⁵. Вони надають особі конкретний, реальний статус свободи, забезпечують кожному максимальну індивідуальність, захищають її життя і її гідність від будь-якого можливого замаху зовні. В українському суспільстві межі легітимної свободи особи в загальних рисах фіксуються Конституцією України в розділі II, який є своєрідною кодифікацією прав і свобод людини і громадянина. Інститут конституційних прав і свобод не тільки окреслює межі свободи, визначаючи

¹ Див.: Речицький В. В. Вказ. праця. – С. 267, 299.

² Див.: Там само. – С. 320.

³ Див.: Государственное право Германии. – Т. 1. – С. 8.

⁴ Див.: Гаск Ф. А. Вказ. праця. – С. 27.

⁵ Див.: Алексеев С. С. Вказ. праця. – С. 475.

сферу «категорично дозволеного», а й містить низку норм, що сприяють її захисту¹:

При цьому слід особливо зупинитися на праві на судовий захист свободи. В умовах правової держави суд виступає не тільки основним інституційним інструментом захисту свободи, а й засобом її розширення. Свобода гарантується як загальними судовими процедурами, так і процедурою адміністративного і конституційного судочинства. У першому випадку йдеться про захист прав, свобод та інтересів особи від посягань з боку інших осіб, у другому — про захист у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, інших суб'єктів владних повноважень. У свою чергу конституційне судочинство захищає свободу від посягань при здійсненні нормотворчої діяльності, а також при тлумаченні норм конституції та законів.

До важливих засобів захисту свободи належать також процесуальні гарантії (наприклад, конституційні гарантії права на свободу й особисту недоторканність, права на недоторканність житла, права на захист, презумпція невинуватості, поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі). Адже форма — «заклятий ворог свободи», а впорядкована процедура — головна умова ясності, передбачуваності державних рішень². Цікаво, що в країнах англосаксонського права саме процесуальні гарантії (як, наприклад, *habeas corpus*, суд присяжних) для більшості людей символізують основні засади їхньої свободи³. Класичним у цьому відношенні є часто цитоване твердження судді Верховного Суду США Ф. Франкфуртера у справі *McNabb v. United States* (1943): «Історія свободи здебільшого є історією дотримання процедурних гарантій»⁴.

¹ Йдеться, зокрема, про заборону скасування конституційних прав і свобод, заборону звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів (ст. 22 Конституції), право на судовий захист прав і свобод, право на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, право на самозахист своїх прав і свобод від порушень і протиправних посягань (ст. 55), право знати свої права і обов'язки (ст. 57), принцип «nullum crimen sine lege» (ст. 58), право на правову допомогу (ст. 59).

² Государственное право Германии. – Т. 1. – С. 58.

³ Гаєк Ф. А. Вказ. праця. – С. 224.

⁴ Цит. за: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. – М., 2006. – С. 484.

Для забезпечення свободи особи в межах української системи права принципове значення має положення ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з якою 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. Крім того, окреслення кордонів державної влади відбувається шляхом закріплення позитивної і негативної компетенції органів державної влади та органів місцевого самоврядування, розумного обмеження можливостей застосування розсуду. Останній аспект є принциповим. За влучним зауваженням Ф. Гаска, законодавче обмеження адміністративної дискреції (свободи дій) — визначальна проблема сучасності; така дискреція — це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини¹. Аналогічну думку щодо адміністративного, законодавчого і судового розсуду висловлював суддя Верховного Суду США В. Дуглас у справі *State of New York v. United States* (1951): «Абсолютний розсуд, як корупція, означає початок кінця свободи»².

Забезпечення свободи особи вимагає існування у держави не тільки негативних, а й позитивних правових зобов'язань. Якщо негативні зобов'язання спрямовані насамперед на обмеження втручання влади в сферу індивідуальної свободи, то позитивні зобов'язання охоплюють здійснення дій, що попереджують порушення, сприяють найповнішій реалізації існуючих можливостей (проведення належного розслідування скарг і звернень у зв'язку з порушеннями, вжиття заходів, пов'язаних із захистом прав і свобод з боку приватних осіб, сприяння реалізації прав шляхом усунення фактичних перешкод, здійснення необхідного правового регулювання, створення і функціонування спеціальних інституцій, сприяння здійсненню свободи через ресурсну допомогу в матеріальній і духовній сферах).

Отже, право [1] ґрунтується на визнанні свободи беззаперечною соціальною цінністю, [2] послідовно втілює її ідею в своїх принципах і інститутах, [3] закріплює легітимовану міру свободи, [4] за допомогою різноманітних юридичних засобів захищає її від будь-яких порушень. Усе це дає підстави розглядати право як головну інституцію, що забезпечує соціальну свободу, а свободу — як одну з основних ідей, що надиhaють право.

Надійшла до редколегії 18. 09. 06

¹ Див.: Гаск Ф. А. Вказ. праця. — С. 218.

² Цит. за: Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. — М., 1999. — С. 31.

Г. Миронова, провідний науковий співробітник НДІ приватного права та підприємництва АПрН України

Етичні та правові засади громадянського суспільства

Громадянське суспільство як теоретична категорія і спосіб організації спільного життя людей має давню історію розвитку та все більше входить до наукового обігу українського правознавства. Сучасне розуміння відображає якісну наповненість цього феномена елементами, що характеризують його внутрішній зміст, а саме — особистість, природні права, порядок, суспільний договір. Тому попередньо доцільно погодитися з тим, що це поняття є більш соціально-правовим, ніж політико-юридичним, оскільки відображає суспільство як багатомірний соціокультурний феномен. І саме цей факт передусє будь-яким позитивно-правовим інститутам і визначає основні засади та принципи, на яких має бути побудовані і теорія, і система сучасного громадянського суспільства.

Фундаментальне дослідження феномена громадянського суспільства становить класичний та актуальний інтерес правової науки і потребує значних інтелектуальних зусиль правознавців різних спеціальностей гуманітарного профілю. Посильним внеском у цю справу є пропозиція стаття, в якій стисло викладено результати проведеного авторкою дослідження з питань вихідних нормативних передумов громадянського суспільства. В контексті поставлених теоретико-методологічних завдань доцільно виходити з такого попереднього розуміння, що громадянське суспільство є по суті об'єднанням вільних за походженням осіб, організованих у діалектичну соціальну цілісність. І хоча це визначення не претендує на всебічність і досконалість, воно продуктивно працює на рівні методології, оскільки підкреслює саме суттєві видоутворювальні характеристики цього складного предмета наукового дослідження, виокремлює його основну суперечність — одночасне співіснування закономірності (порядку) та свободи у суспільстві. Отже, актуальною науковою темою залишається розроблення правової моделі громадянського суспільства, за якою уможливорюється гармонійне поєднання загального суспільного інтересу та прав і свобод конкретної людини. Саме ця вихідна дилема існування громадянського суспільства — впорядкованість і свобода — становить класичний предмет філософії та методології права.

Привабливість української правової ментальності у вирішенні фундаментальних питань організації суспільства полягає в тому, що вона, на відміну від західноєвропейського, переважно позитивістського світогляду, завжди спонукала мислителів до етичних пошуків, гуманістичних узагальнень, адже в центрі її інтересу стоять соборна людина, проблеми сенсу та цінностей її колективного буття. Саме в такому ключі працювали класики східнослов'янської правової думки — Б. Кістяківський, С. Франк, Г. Шершеневич, В. Соловйов, традиції яких підтримують та розвивають сучасні українські дослідники, зокрема С. Селіванов, М. Костицький, Л. Петрова, С. Максимов.

Вихідним пунктом аналізу громадянського суспільства є об'єктивний факт його існування одночасно в онтологічному та ціннісному вимірах. З онтологічної точки зору воно є органічним способом існування людських індивідів, оскільки останні «суть не атоми, що випадково зіштовхуються між собою та мають своє справжнє буття тільки в замкненій сфері власної особи, а є членами органічного цілого, які за своєю онтологічною природою призначені до єдності у формі вільної взаємодії та взаємозближення». Саме в цьому полягає функціональний сенс громадянського суспільства — бути необхідною формою суспільного співробітництва. Але ж не будь-якого співробітництва, а саме формою «здійснення об'єктивної правди через вільну співпрацю окремих членів суспільного цілого»¹. Отже, характерною ознакою українського розуміння громадянського суспільства, що її відмічає С. Франк, є «соборна багатоедність». Цим складним на перший погляд словосполученням позначається той реальний стан, що в матерії людського колективного життя органічно співіснують «вільна взаємодія елементів множини та організаційна єдність цілого»². Свобода вибору й організований порядок становлять діалектичну протилежність єдиної соціальної спільності — громадянського суспільства, що її утворюють вільні за природою та впорядковані за способом існування люди. А свобода взаємодії й угоди оформлюється через планомірну організацію, яка є підґрунтям і передумовою здійснення цієї свободи.

Таким чином онтологічний та ціннісний сенс громадянського суспільства полягає у забезпеченні гармонійної взаємодії між індивідом, суспільством і довкіллям. Логіка пошуку істини в питаннях нормативних передумов цієї взаємодії спонукала авторку звернутись до методології етичних та правових засад громадянського суспільства, які становлять

¹ Франк С. Л. Государство и гражданское общество // Русская философия права (Антология) — СПб., 1999. — С. 389.

² Там само. — С. 386.

фундаментальну проблему сучасного правознавства. Перш за все специфікою впорядкування суспільства є його *нормативний характер*. Норма як виключно людський засіб регулювання передбачає свідоме ставлення до себе, на відміну від закону природи, що діє безпосередньо, автоматично. Її можна визначити як загальнообов'язкове правило поведінки, що встановлено й забезпечується певним авторитетом. Норма, на відміну від закону природи, — це ще не сама поведінка, а лише її можливість та очікування, а нормативне регулювання — це регулювання за допомогою приписів, через які реалізується загальний порядок і у межах яких має здійснюватись особистий вільний вибір усіх учасників. «Будь-яка норма, — пише М. Коркунов, — юридична чи моральна, етична чи технічна, є правило, що зумовлено певною метою, іншими словами, правило належного; саме цим норми відрізняються від законів у науковому сенсі»¹. Звідси випливає потенційна можливість того, що норми можуть бути порушені, тобто невиконані, тоді як переступити закон як незалежну від людської волі характеристику реальності неможливо.

Нормативне регулювання поведінки людини як розумної істоти здійснюється, по-перше, через *мораль і совість* — апіорний нормативний закон співіснування людей, які за природою «виявляють справу Закону, написану в серцях своїх, як свідчить їх сумління та їхні думки, що то засуджують, то виправдовують»². Совість — це природний компас, у якому закріплено усвідомлення і почуття особистої відповідальності за власні вчинки. Саме на совісті як на природному фундаменті ґрунтується вибір «правильної» поведінки, що підтримує встановлений порядок, демонструє свою особисту лояльність до нього та готовність діяти в межах цих загальних правил. Моральна поведінка людини, що її висвітлив класик з цих питань Кант, описується через такі важливі етичні характеристики, як «самодисципліна», «самовладання», «здатність бути господарем власної поведінки», котрі в сумі висвітлюють моральну автономність особистості (автономія — буквально «самозаконність», від грец. «сам» + «закон»). Якщо попередні моралісти, наприклад французькі просвітники, вбачали основу моральності у приватному інтересі, Кант намагався обґрунтувати самостійність особистої совісті на засадах не зовнішнього примусу, а внутрішнього переконання. Він наполягав на специфіці моральних настанов, що якісно відрізняють-

¹ Коркунов Н. М. Проблемы права и нравственности // Русская философия права (антология) — С. 140.

² Біблія. Послання св. апостола Павла до римлян 2:15.

ся «від звичайної цілеспрямованості природних потреб та велінь суспільних авторитетів»¹. Будучи апіорними, закони моральності не залежать від емпіричних умов і як такі є категоричними та загальнозначущими. І саме вони формулюють загальні принципи людського співіснування, те тло, на якому розгортається все розмаїття соціального життя.

Але ж очевидно, що людське колективне життя складається із безлічі конкретних буденних актів, взаємодій, і тому потребує щоденної координації спільних зусиль великої кількості осіб. Будучи самоорганізованою системою, соціальний організм спрямовує свої компоненти на виконання внутрішніх функціональних ролей, які обслуговують притаманну системі необхідність. Водночас суспільство є частиною більш загальної й складної системи і як таке інтегрує спільну роботу всіх підсистем на реалізацію власного призначення. Влаштування практичної організації й координації — об'єктивна потреба людської спільноти, на базі якої і виникає *позитивне право*. Саме в обслуговуванні цієї важливої потреби в організації соціального життя та створенні відповідних формальних механізмів полягає головна мета функціонування цього нормативного інституту.

Отже, основною системною функцією права, яка відображає практичний сенс його існування у межах соціального цілого і на яку вказують здебільшого спеціалісти з теорії права, є управлінська, організаційна, керівна. Дійсно, саме управління як процес приведення суспільства в належний сутнісний стан становить важливе завдання права як регулятивної системи та уможливорює співіснування специфічних одиниць — людських осіб не тільки вільних, а й таких, які при прийнятті рішень схильні більш керуватись особистими міркуваннями. Тому процесуально позитивне право розпадається на такі функціональні елементи, як постановка завдання, управлінське рішення, контроль, примус, покарання. Якщо взяти за основу ідеальну модель, право як управлінський орган цілісного суспільного організму повинно: (а) керуватись міркуваннями доцільності (суспільного блага), (б) виробляти на цій основі загальну стратегію та норми і правила поведінки для всіх учасників, (в) урахувуючи їхні потреби та можливості та, звичайно, інтереси вихідної мети; (г) періодично контролювати стан виконання та причини і чинники відхилення від закладених стандартів, (ґ) використовуючи спонукальні та примусові механізми, а також (д) потрібною мірою покарання з метою нейтралізації шкідливих наслідків та приведення системи у нормальний стан.

¹ Философский энциклопедический словарь – М., 1989. – С. 11.

Таким чином, мораль і право є нормативними засобами впорядкування суспільних відносин, і як такі в своєму ідеальному визначенні мають єдину сферу і мету застосування — це свобода особистості і благо суспільства. І якщо мораль ґрунтується на добровільному особистому волевиявленні, то правове регулювання відбувається через формальну впорядкованість за допомогою юридичних норм, авторитет яких підтримується зовнішньою матеріальною силою. Мораль стосується внутрішньої свободи людини, де панує совість, і як така не може бути предметом фізичного примусу — людина сама відчуває стійку потребу свідомо підкорятися вимогам моральності. Право ж виникає з практичних потреб суспільного життя, величезної маси відносин, що з'являються на ґрунті взаємного прагнення людей до задоволення їхніх різноманітних інтересів. Упорядкування та влаштування цих численних відносин й інституцій породжують відповідні юридичні норми, які регулюють зовнішню свободу членів спільноти, розподіляючи сфери влади.

Відтак, право як сукупність правил поведінки є за своїм об'єктивним станом залежним елементом суспільства, воно отримує сенс, позитивну наповненість та спрямованість тільки будучи пов'язаним із своїм етичним фундаментом, який наповнює правовий процес ціннісним змістом та вказує йому як ідеальний сенс, так і часткові цілі. Саме про цей природний зв'язок права і моралі, влади і природного закону йдеться у видатних мислителів європейського минулого. Так, у останньому діалозі «Держава» Платон вимальовує образ ідеального монарха як уособлення юридичної влади на загальних етичних засадах. Ним має бути «філософ», якому притаманна, перш за все здатність до істинного розуміння речей та процесів, його головними рисами є: мудрість (ІУ, 428b-429a); палке прагнення до знань, що відкривають сутність вічних принципів (У, 485b); правдивість, рішуче неприйняття брехні, любов до справедливості (УІ, 485c)¹. Т. Гоббс додає до цієї картини той фрагмент, що «обов'язки суверена (будь то монарх чи зібрання) визначаються тією метою, задля якої йому було надано верховну владу, а саме — метою забезпечення блага народу, до чого його примушує природний закон і за що він особисто відповідає перед богом, творцем цього закону»².

Проте позитивне право, будучи окремим елементом нормативної системи, має іманентну можливість стати самостійним і навіть незалежним від моралі, на що слушно зауважив філософ права В. Соловйов: «Невідповідність між моральністю та позитивним правом, між справедливістю і законом є явищем звичайним в історії...», а «моральні вимоги мають в собі таку

¹ Платон Держава // Платон. Сочинения: В 3 т. — М., 1968. — Т. 1.

² Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Избранные произведения: В 2 т. — М., 1965. — Т. 2. — С. 346.

безумовну внутрішню обов'язковість, яка може бути зовсім відсутня у постановах права позитивного»¹. Нині ми маємо можливість спостерігати негативні наслідки відокремлення позитивного права від своєї природної етичної основи й утвердження його як політичного (владного) інституту, сенсом якого є захист корпоративного інтересу, зокрема закріплення економічних переваг. Хоча традиційно позитивне право (з його центровим елементом — державою) виправдовує своє існування тим, що начебто слугує саме справедливості, насправді у реальній практиці позитивно-правового регулювання мету «справедливість» поступово було витіснено практичним та етично індиферентним поняттям «законність».

Все більш очевидним стає те, що правова система, побудована на таких засадах, як юридичний позитивізм, примат публічного права та нехтування приватними правами громадян в ім'я корпоративних інтересів владної верхівки, дуже обмежена у своїх намаганнях забезпечити як умови адекватного розвитку спільноти, так і природні права окремої людини. І ця нездатність ґрунтується в тому числі і на моральному релятивізмі сучасного українського правознавства. В цілому характерною для сучасних правових досліджень є мовчазна установка на визнання позитивного права єдиним засобом регулювання людської поведінки. За такою логікою соціальні відносини вважаються впорядкованими, якщо їх врегульовано через юридичний нормативний акт, а кінцевим завданням розв'язання проблеми є прийняття відповідного закону. Право у такий спосіб зводиться до юридичних норм, сенс останніх — до примусу і підпорядкування волі держави, а юридичний закон розглядається як «ручний» механізм швидкого реагування, що здійснюється з огляду головним чином на проблеми сьогодення і не враховує довгострокові наслідки та фундаментальні потреби спільноти. У такий спосіб основний зв'язок держави з суспільством, права з мораллю губиться, а дійсне відношення первинності моралі та природного права і вторинності (атрибутивності) держави ставиться з ніг на голову.

Така штучна і цілеспрямована юридизація правовідносин не відображає діалектику реальних процесів і не враховує об'єктивні казуальні зв'язки, отож, містить серйозну перешкоду для отримання як наукового, так й соціального результату. Адже будь-яке питання існування феномена права (чи то соціальне, політичне, юридичне) об'єктивно потребує певної методології осмислення природи суспільства і людини, «... оскільки право є одним з багатьох соціальних явищ і зрозуміти його можливо, тільки виходячи із природи суспільства як такого, із специфіки

¹ Соловьев В. С. Нравственность и право // Сочинения: В 2 т. – М., 1990 – Т. 1. – С. 443–444.

етичної людської діяльності»¹. Намагання звільнити управлінську функцію від її суттєвої складової — моральності — неминуче розхитують власне правову сферу, адже правопорядок не може підтримуватися виключно позитивними юридичними засобами.

Отже, відчувається нагальна потреба врахувати та осмислити той реальний стан речей, що створене людьми позитивне право не є єдиним і навіть головним чинником гармонійного розвитку громадянського суспільства, воно є похідною та складовою більш загальної щодо нього нормативної системи. Саме тому характерне для української правової та філософської традиції розуміння права як особливої форми реалізації людської природи, як втілення природного права і загального етичного порядку є теоретично й практично актуальним на сучасному етапі розбудови українського громадянського суспільства. Так, на продовження саме цієї гуманістичної етичної традиції в преамбулі Конституції України зафіксовано важливу методологічну позицію: «Верховна Рада України, спираючись на багатотисячлітню історію українського державотворення... дбаючи про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов життя, піклуючись про зміцнення громадянської злагоди... усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішніми та майбутніми поколіннями... приймає цю Конституцію — Основний Закон України». Загальновідомо, що преамбула Конституції — дуже важлива її частина, це її ідеологія, яка виражає загальну сутність, спрямованість правової системи країни, встановлює цільові орієнтири, фокусує найвагоміші цінності етносу, що підлягають втіленню через конкретні норми.

Зважаючи на це серйозне завдання український правовий загал покликаний сьогодні осмислювати, аналізувати, впроваджувати у конкретній юридичній практиці загальні принципи та цілі, що лежать в основі правової матерії як її об'єктивні вихідні засади. Усвідомлення цієї нагальної потреби актуалізує науковий інтерес до вивчення проблем методологічних засад сучасного українського державо-правотворення, зокрема до таких: моральні засади цивільно-правового регулювання; юридичний зміст поняття «моральні засади»; етичні передумови державо-правотворення у сучасній Україні тощо. Саме тому це коло питань є предметом дослідження відділу теорії та історії приватного права НДІ приватного права і підприємництва АПР України у межах планових тем «Методологічні проблеми приватного права» та «Приватноправові засади громадянського суспільства».

Надійшла до редколегії 10. 04. 06

¹ Яценко А.. С. Философия права Соловьева — СПб., 1999. — С. 54-55.

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

В. Тихий, академік АПрН України,
суддя Конституційного Суду України у
відставці, заслужений юрист України

Повноваження Конституційного Суду України та правова природа його рішень

Згідно з Конституцією України до повноважень Конституційного Суду України належить:

1) вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1 ст. 150);

2) надання висновку: про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість (ч. 1 ст. 151); про відповідність вимогам статей 157 і 158 Конституції України законопроектів про внесення змін до Конституції України (ст. 159); про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85);

3) перевірка справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту і надання висновку щодо додержання конституційної процедури її розслідування і розгляду (ч. 6 ст. 111, ч. 2 ст. 151);

Див.: *Алексеев С. С.* Вказ. праця. – Т. II. – С. 242.

4) офіційне тлумачення Конституції України та законів України (п. 2 ч. 1 ст. 150).

Відповідно до ст. 103 Конституції (Основного Закону) України 1978 р. (із змінами і доповненнями) Конституційному Суду України і Верховному Суду України належало право законодавчої ініціативи. Практика показала, що при здійсненні цього права Верховний Суд України ставав безпосереднім учасником законодавчої процедури і повинен був разом з Верховною Радою України нести відповідальність за конституційність прийнятих законів. При наданні права законодавчої ініціативи Консти-

туційному Суду України та Верховному Суду України вони стають порушниками конституційного принципу поділу влади. Інтереси верховенства права, захисту прав і свобод людини і громадянина, авторитету, незалежності, безсторонності і неупередженості суду свідчать про неможливість надання права законодавчої ініціативи Конституційному Суду України та Верховному Суду України.

На наш погляд, об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду України можуть бути не тільки нормативно-правові акти, а й певні дії (бездіяльність) Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України та Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Такі способи порушення Конституції України без прийняття відповідного нормативно-правового акта не виключаються. Так, згідно з п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції України Верховна Рада України може достроково припинити повноваження Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності висновку Конституційного Суду України про порушення нею будь-яким способом Конституції або законів України. Конституція України також передбачає, що матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку (ч. 3 ст. 152).

Перевірці відповідності Конституції України (конституційності) підлягають лише ті закони та інші правові акти, які набрали чинності, тобто оцінка законів та інших правових актів здійснюється Конституційним Судом України тільки в порядку наступного (репресивного) конституційного судового контролю.

Стосовно надання висновку про відповідність Конституції України міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, та про відповідність вимогам статей 157 і 158 Конституції України законопроектів про внесення змін до Конституції України конституційний контроль Конституційного Суду України має попередній (превентивний) характер.

Не можуть бути об'єктами конституційного контролю Конституційного Суду України проекти правових актів, крім відповідно до ст. 159 Конституції України, законопроектів про внесення змін до Конституції України. З огляду на принцип поділу влади (ст. 6 Конституції України) повноваження Конституційного Суду України не дозволяють йому втручатися в стадії правотворчого (законодавчого) процесу, здійснювати попередній контроль.

За змістом статей 150 і 152 Конституції України об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду України можуть бути тільки

закони та інші правові акти, які не втратили чинності. Якщо на момент розгляду справи Конституційним Судом України правовий акт втратив чинність, Конституційний Суд України здійснює його перевірку на предмет конституційності тільки в тих випадках, коли неможливо поновити конституційні права і свободи людини і громадянина, порушені його застосуванням.

До повноважень Конституційного Суду України 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.

Конституційний Суд України перевіряє відповідність законів та інших правових актів чинній Конституції України і не уповноважений перевіряти відповідність правових актів колишній Конституції України.

Об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду України є лише ті акти, які мають правове значення, стосуються права, тягнуть за собою юридичні наслідки. Отже, не можуть бути об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду України такі акти, як звернення, заяви, акти політичного характеру тощо, які не мають юридичного значення, не породжують жодних юридичних наслідків.

Конституційний Суд України не вправі перевіряти конституційність положень чинної Конституції України ні за якими параметрами і вони не можуть бути визнані неконституційними. Проте розділ XIII «Внесення змін до Конституції України» Конституції України встановлює порядок внесення змін до Конституції України і передбачає певні обмеження при внесенні змін до неї. Тому об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду України є не тільки законопроекти про внесення змін до Конституції України (ст. 159 Конституції України), а й закони про внесення змін до Конституції України. Враховуючи те, що повноваження Конституційного Суду України визначаються лише Конституцією України, Закон України від 4 серпня 2006 р. «Про внесення зміни до розділу IV «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Конституційний Суд України», яким Верховна Рада України виключила з юрисдикції Конституційного Суду України питання про відповідність (конституційність) «законів України про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності», суперечить Конституції України (є неконституційним).

Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) правових актів у вигляді як

абстрактного, так і конкретного конституційного контролю. Абстрактний контроль не пов'язаний зі застосуванням правового акта, а конкретний контроль, навпаки, здійснюється в зв'язку з конкретними випадками застосування правового акта чи з конкретною діяльністю органів держави і посадових осіб.

Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів з точки зору як матеріальної, тобто змістової, їх перевірки, так і формальної, тобто перевірки відповідності встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності та дотримання конституційних повноважень при їх прийнятті.

За радянською системою влади з огляду на формальне верховенство вищого представницького органу, наділеного також формально всією повнотою державної влади, право офіційного тлумачення Конституції та законів України належало Верховній Раді. Конституція України закріпила поділ державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6) і з відання Верховної ради України право офіційного тлумачення Конституції та законів України передала до повноважень Конституційного Суду України (ч. 2 ст. 147, п. 2 ч. 1 ст. 150), який визнала єдиним органом конституційної юрисдикції України (ч. 1 ст. 147). Офіційне тлумачення Конституції та законів України є виключною прерогативою Конституційного Суду України і самостійним напрямком його діяльності. Про це свідчать не тільки ч. 2 ст. 147 та п. 2 ч. 1 ст. 150 Конституції України, але й п. 6 розділу XV «Перехідних положень Конституції України», згідно з яким Верховна Рада України мала право здійснювати тлумачення законів лише до створення Конституційного Суду України.

Збереження за Верховною Радою України функції офіційного тлумачення (роз'яснення) Конституції та законів України не тільки створювало б небезпеку внесення змін у зміст цих нормативно-правових актів з метою надання їм зворотної дії, а й позбавляло б остаточності рішення Конституційного Суду України, вело б до їх перегляду та скасування, підривало б стабільність законодавства, робило б парламент суддею у своїй (власній) справі, чим порушувало б цей загальновизнаний принцип. Якщо Верховна Рада України має намір створити нові правові норми, то вона може це зробити шляхом прийняття закону. При незгоді парламенту з рішенням Конституційного Суду України про тлумачення тих чи інших положень закону він може внести до нього поправки, щоб зробити його більш чітким, чи зовсім по-іншому, але відповідно до Конституції України, врегулювати ті чи інші суспільні відносини.

Об'єктом офіційного тлумачення Конституційного Суду України є чинні Конституція та закони України, прийняті як до, так і після набуття чинності Конституцією України. Закони, які не набрали чинності, та закони, які втратили силу, офіційному тлумаченню Конституційним Судом України не підлягають. Але об'єктом офіційного тлумачення Конституційного Суду України можуть бути закони або їх окремі положення, які застосовуються в зв'язку з їх переживаючою (ультраактивною) силою.

Офіційному тлумаченню Конституційного Суду України підлягають закони, які відповідають Конституції України. Тому офіційному тлумаченню законів України передують з'ясування питання їх відповідності Конституції України (конституційності). Якщо виявиться, що закон не відповідає Конституції України, суперечить їй, він визнається неконституційним з усіма наслідками, що випливають з цього.

Якщо можливі різні інтерпретації тих чи інших положень Конституції або законів України і ці тлумачення не суперечать Конституції України, вирішувати такі питання, конкретизувати такі положення має парламент. У противному разі своїм тлумаченням цих положень Конституції або законів України Конституційний Суд України обмежував би повноваження Верховної Ради України.

Конституційний Суд України за результатами розгляду на пленарних засіданнях справ щодо конституційності законів та інших правових актів і щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України приймає рішення, а в справах з інших питань дає висновки.

Рішення і висновки Конституційного Суду України рівною мірою є обов'язковими до виконання.

Невиконання рішень і висновків Конституційного Суду України тягне за собою передбачену законом відповідальність.

Рішення і висновки Конституційного Суду України діють безпосередньо і не потребують підтвердження з боку будь-яких органів державної влади, посадових та службових осіб.

У разі необхідності Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов'язки щодо забезпечення виконання рішення. Конституційний Суд України має право зажадати від цих органів письмового підтвердження виконання рішення Конституційного Суду України (ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Конституційний Суд України роз'яснив, що положення ч. 2 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» щодо порядку

У разі, якщо ці акти або їх окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції України (є неконституцій-

² Див.: Там само.

ними), вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність (ч. 2 ст. 152 Конституції України). Ці акти фактично скасовуються і не мають юридичної сили з моменту ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. І саме з цього часу закони, інші правові акти або їх окремі положення, які рішеннями Конституційного Суду України визнані неконституційними, не підлягають виконанню (застосуванню) як такі, що втратили силу на підставі рішення Конституційного Суду України.

Як роз'яснив Конституційний Суд України, «положення частини другої статті 150 Конституції України щодо виконання рішень Конституційного Суду України необхідно розуміти так, що закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що відповідно до частини другої статті 152 Конституції України втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність»¹.

Органи державної влади, органи Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, посадові та службові особи, громадяни та їх об'єднання, іноземці, особи без громадянства, юридичні особи не вправі застосовувати чи використовувати правові акти або їх положення, які визнані неконституційними².

Юридична сила рішення Конституційного Суду України про визнання правового акта неконституційним не може бути подолана повторним прийняттям цього ж акта.

Рішення Конституційного Суду України, якими закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення визнані, неконституційними, мають силу нормативно-правового акта. Визнаючи той чи інший нормативно-правовий акт неконституційним і тим самим скасовуючи його, Конституційний Суд України виконує функцію негативного правотворця. Такі рішення Конституційного Суду України фактично створюють нові правові норми. Вони поширюються на всіх суб'єктів права і породжують нові права й обов'язки.

Рішення Конституційного Суду України про визнання закону чи іншого правового акта неконституційним позбавляє його обов'язкової сили. Але юридична сила такого рішення Конституційного Суду України не може бути прирівняна до юридичної сили звичайних

¹ Див.: Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 6. – С. 21.

² Див.: Там само. – С. 20.

законів, оскільки для перегляду положень цього рішення необхідне внесення змін до Конституції України.

Рішення і висновки Конституційного Суду України мають пряму і негайну дію, а у випадках, передбачених Конституцією України, і зворотну дію. Згідно з ст. 58 Конституції України рішення Конституційного Суду України, яке скасовує або пом'якшує відповідальність особи, має звороту дію.

Визнання правового акта неконституційним є підставою для скасування інших правових актів, які відтворюють або конкретизують його положення.

Правова природа рішень Конституційного Суду України про офіційне тлумачення положень Конституції та законів України похідна від становища Конституційного Суду України в системі механізму держави та його компетенції. Правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з'ясуванні і роз'ясненні, інтерпретації, встановленні дійсного змісту, тобто в певній констатації, а не в їх поправках, змінах чи доповненнях.

Метою офіційного тлумачення Конституційним Судом України положень Конституції та законів України є встановлення їх однозначного й правильного розуміння та застосування на всій території держави і надання роз'яснення щодо цього.

Змістом офіційного тлумачення Конституційним Судом України положень Конституції та законів України є їх конкретизація, уточнення, деталізація. Це певні норми, а саме — інтерпретаційні норми, де даються приписи, як розуміти той чи інший термін, вислів або правову норму в цілому, як її застосовувати. Це нормативне тлумачення, норми-роз'яснення, вони сприяють правильній реалізації Конституції та законів України і в цьому аспекті є допоміжними правилами. Їх допоміжний характер виявляється і в тому, що вони не можуть застосовуватись окремо, самостійно, без роз'яснювальних положень Конституції та законів України, вони діють тільки разом з положеннями, які тлумачилися, і не можуть бути нормативною основою правозастосовних актів. При вирішенні конкретних справ необхідно посилається на правові норми Конституції та законів України як на юридичні підстави для рішення і лише додатково — на їх офіційні роз'яснення Конституційним Судом України.

Функціональне призначення рішень Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції та законів України — це юридичний засіб забезпечення їх правильного і однознач-

ного розуміння і застосування, а відтак, й один з юридичних засобів зміцнення конституційної законності, охорони Конституції України.

Юридична сила офіційного тлумачення Конституційним Судом України положень Конституції та законів України полягає в тому, що воно (роз'яснення) має державний загальнообов'язковий характер, що за юридичною силою наближає його до роз'яснюваних положень Конституції та законів України.

Офіційні тлумачення Конституційним Судом України положень Конституції та законів України мають за своєю обов'язковістю вищу юридичну силу порівняно з тлумаченнями, що здійснюються іншими державними органами, посадовими та службовими особами. Це вищий вид тлумачення Конституції та законів України, адже Конституція України не передбачає автентичного тлумачення ні її положень, ні законів України.

Рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції та законів України як допоміжний акт за своєю юридичною силою розташовується (знаходиться у супідрядному положенні) за актом, що роз'яснюється, в такій послідовності: тлумачення положень Конституції — за Конституцією, тлумачення законів — слідом за законами.

Сфера дії (територія, коло осіб і коло випадків) рішень Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції України та законів України збігається зі сферою дії останніх і вони є нормативними.

Чинність у часі офіційного тлумачення Конституційним Судом України Конституції та законів України визначається чинністю норми права, що тлумачиться, воно поділяє їх долю. Причому тлумачення однієї і тієї ж самої норми не може змінюватися протягом цього часу, якщо ця норма безпосередньо або опосередковано не змінювалася.

Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України має «зворотну силу». Її межі визначаються моментом набрання чинності самими положеннями Конституції та законів України, що інтерпретуються. Адже в процесі здійснення правової норми, яка не змінювалася, її зміст залишається одним і тим самим (незмінним), і офіційними тлумаченнями тільки встановлюється той смисл, який вклав у неї законодавець. Тому норми права завжди мають той зміст, який розкрито офіційними тлумаченнями, і вони повинні застосовуватися відповідно до даного змісту. Якщо офіційному тлумаченню Конституційного Суду України положень Кон-

ституції або законів України не відповідають акти їх застосування, останні підлягають скасуванню.

При «переживанні» положень законів України, які інтерпретуються, має місце і «переживання» їх офіційного тлумачення Конституційним Судом України.

Тлумачення Конституції України, законів України та інших актів здійснюється Конституційним Судом України також при вирішенні питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України); при перевірці справи і дачі висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент (ч. 5 ст. 111, ч. 2 ст. 151 Конституції України); при дачі висновків: про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції України), про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість (ч. 1 ст. 151 Конституції України), а також щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України. Річ у тому, що застосування Конституції, як й інших норм права, неможливе без їх тлумачення. Без тлумачення Конституції України, законів України та інших актів неможливо прийняти рішення (висновок), без цього немає і самої конституційної юрисдикції. Але якщо спеціальною метою і результатом офіційного (нормативного) тлумачення Конституції та законів України за конституційними поданнями чи конституційними зверненнями є саме офіційне (нормативне) тлумачення цих актів, то безпосередньою метою тлумачення положень Конституції України та актів, які перевіряються на конституційність (казуальне тлумачення), є правильне вирішення конкретного питання про їх відповідність Конституції України.

Тут не ставиться спеціальна мета тлумачення (роз'яснення) Конституції та законів України, воно є невід'ємною складовою застосування Конституції, засобом вирішення конкретного конституційно-правового спору, аргументом обґрунтування рішення (висновку), супроводжує цей процес, фігурує тільки у мотивувальній частині рішення (висновку) і як самостійне явище не існує.

Незважаючи на те що це тлумачення норм права іменується «казуальним», воно далеко виходить за межі конкретної справи. Такі

рішення Конституційного Суду України у конкретних справах є прецедентами у сенсі зразків, прикладів розуміння і застосування положень Конституції та законів України. У цих рішеннях нерідко формулюються загальні правові позиції (положення) стосовно інтерпретації тих чи інших норм права. Ці інтерпретації, як і офіційні (нормативні) тлумачення Конституції та законів України, є обов'язковими до виконання, в тому числі для Конституційного Суду України. Тому висновки щодо нормативного тлумачення Конституційного Суду України мають у принципі застосовуватися і до його казуального тлумачення.

Надійшла до редколегії 07. 08. 06

М. Оніщук, народний депутат України,
кандидат юридичних наук

Безпосередня демократія, представницька демократія та муніципальна демократія: проблеми ідентифікації і розмежування

Конституційно-правова реформа 2004–2006 рр. в Україні вимагає певного переосмислення історичних витоків, сутності та змісту демократії, її видів і форм буття та пошуку оптимальних моделей конституційного закріплення основних демократичних інституцій в сучасних умовах. На сьогодні у вітчизняній конституційно-правовій науці поширені такі категорії, як «безпосередня демократія», «пряме народовладдя» «представницька демократія», «парламентська демократія», «муніципальна демократія», «самоврядована демократія» тощо. Безперечно, ідентифікація сучасної публічної влади з демократичними засадами її здійснення є загальноєвропейською тенденцією вшанування демократії як важливої соціальної цінності. Водночас зазначені правові категорії, як і будь-які інші, потребують виявлення їх сутності та змістовного наповнення, що є загальноприйнятою методологічною аксіомою. В протилежному разі ці категорії невілюються, а їх застосування сприяє поширенню схоластики у вітчизняній юридичній науці.

Проблеми демократії традиційно пов'язують з механізмами й формами здійснення публічної влади в суспільстві та державі. Тому зведення сутності демократії лише до форми народовладдя не дає повного

уявлення про категорію «демократія». Новітні реалії свідчать про те, що сучасна демократія значною мірою відрізняється від усталених політико-правових поглядів Аристотеля, Ж-Ж, Руссо, А. Токвіля та інших мислителів щодо оптимальної організації державної влади, волі народу тощо. Час довів, що здійснення ефективної публічної влади в суспільстві не завжди відбувається в формі демократій, а демократія не завжди ставала панацеєю від усіх проблем.

На нашу думку, демократію як суспільний політико-правовий феномен слід розглядати в контексті генези публічної влади та вдосконалення форм здійснення цієї влади. Адже демократія з часом стала лише однією з найбільш вдалим, але не єдиною формою здійснення публічної влади в суспільстві. Тобто, можна стверджувати, що на сьогодні немає абсолютної моделі демократії, яка б існувала поза часовим простором і поза межами національних держав, окремо від носіїв публічної влади, що обрали демократію як найбільш оптимальний шлях здійснення своєї влади. Демократія формується й існує з усіма своїми здобутками і прорахунками у нерозривному зв'язку з генезою публічної влади та уявлень про неї.

Проблеми влади й ідентифікації її належності тим чи іншим суб'єктам суспільних відносин здавна були предметом гострих дискусій мислителів, політиків і громадських діячів. Категорія «влада» стала однією з найбільш неоднозначною і суперечливою як в науці, так і в повсякденному суспільному житті. Як відомо, поняття «влада» на побутовому рівні та в науковій літературі вживається у найрізноманітніших значеннях. Філософи говорять про владу над законами природи, соціологи — про соціальну владу, економісти — про владу господарську, природознавці — про владу над природою, психологи — про владу людини над собою, батьки — про сімейну владу, богослови — про владу Бога та ін.¹ Проблеми влади дискутуються й правознавцями. Власне сам термін «влада» багато в чому пов'язаний з категорією «право», оскільки, говорячи про право, ми часто маємо на увазі право здійснювати владу.

При цьому сама влада ідентифікується залежно від її носіїв, форм і методів здійснення. Зазвичай, вона класифікується перед усім за суб'єктами володарювання і поділяється на владу державну, владу народу, владу територіальних громад, владу партійну, владу громадських організацій та інших соціальних груп тощо. Виділяють також особисту та суспільну владу, політичну та неполітичну, плутократію та меритократію, аристократичну та демократичну владу та ін.

¹ Див.: Батанов О. В. Публічна влада як суспільно-політичний феномен: постановка проблеми // Правова держава. – 2005. – Вип. 16. – С. 272.

Виникнення політичної думки про публічну владу відносять до міфології стародавніх Вавилону, Єгипту, Індії, Китаю, Ізраїлю та Іудеї, в якій світобачення пропонувалося крізь призму відносин Бог — цар, Бог — «богообраний народ», Бог — родина, Бог — людина тощо. В основу уявлень мислителів стародавнього світу було покладено сакральні ідеї про природу публічної влади. Зокрема, у Законах царя Хаммурапі стверджувалося про божественне походження влади царя: «Боги поставили Хаммурапі правити «чорноголовими»», «Людина є тінню Бога, раб є тінню людини, а цар — рівний Богу». В Стародавньому Китаї наріжним ключовим положенням здійснення публічної влади стало твердження про те, що імператор є сином Неба, а в Стародавній Іудеї пророки вчили, що владу в державі здійснює сам Бог, який обрав єврейський народ серед інших і захищає його від ворогів.

Філософські погляди на природу публічної влади сформувалися в Стародавній Греції під впливом поглядів Аристотеля, Гесіода, Геракліта, Піфагора, Платона, Фарсимаха та ін. Як відомо, саме Аристотель увів у широкий обіг поняття «демократія» (від грец. — народовладдя) і висловив припущення, що держава є більш пізнішим утворенням, ніж індивід і сім'я, а демократія — однією з оптимальних форм співіснування людини і держави. Погляди давньогрецьких філософів були розвинуті в роботах римських мислителів Лукреція, Полібія, Цицерона та ін. Зокрема, Полібій виділяв декілька видів публічної влади — царство, аристократія, демократія і називав на протигагу їм категорії-антиподи — монархія, олігархія та охлократія.

Занепад Стародавнього Риму збігся з появою монотеїстичних релігій, в першу чергу християнства. Отже, тривалий період в історії людства проблеми ідентифікації публічної влади та її належності розглядалися в руслі численних тогочасних теократичних теорій, які попри свою розмаїтість у цілому зводилися до визнання Бога єдиним сувереном, але різнилися за формами і суб'єктами делегування божественної влади в суспільне життя. Як писав член Палати Лордів Великої Британії Денніс Ллойд, у часи епохи середньовіччя, що настала після падіння Римської імперії, коли світське право складалося з багатьох місцевих звичаїв і традицій, а королі та імператори були найбільше стурбовані розширенням належних їм територій за рахунок захоплень і нових завоювань, тільки Папа як намісник Христа на землі та єдиний тлумачник Божественного Закону був наділений статусом вищого законодавця. Але, коли єдність європейського християнського світу була порушена тим, що надалі одержало назви Відродження і Реформації, відбувається визнан-

ня такого важливого джерела суверенітету, як незалежна держава¹. Зокрема, в епоху Відродження проблеми публічної влади розвивалися в роботах Н. Макіавеллі «Самодержець», «Роздуми про першу декаду Тіта Лівія», «Історія Флоренції» та ін. У них він відкидає теократичні доктрини походження публічної влади у державі й замінює їх ідеєю об'єктивної історичної необхідності і закономірності, яку називає *fortuna* (доля)². При багатьох позитивних ідеях Н. Макіавеллі його безперечною заслугою є те, що він уперше вводить в філософію, політику і право категорію *stato* — держава, під якою пропонує розуміти певний політичний стан суспільства, стан володарів і підвладних, політичні відносини, тобто відносини володарювання і підкорення, відносини володарюючих і підвладних, наявність відповідним чином організованої публічної влади у суспільстві. Утім, проблеми ідентифікації публічної влади та її належності Н. Макіавеллі залишив малодослідженими, хоча в своїх творах він визначав такі форми держави, що передбачають єдиновладдя, правління небагатьох і правління всього народу.

Натомість, проблеми про належність публічної влади у суспільстві та державі і її властивості досліджував ідеолог французького абсолютизму Ж. Боден. Зокрема, він, оприлюднивши в 1576 р. свій знаменитий твір «Шість книг про державу», об'єднав окремі розрізнені середньовічні уявлення про суверенітет і визначив його як єдину постійну й необмежену законами абсолютну владу монарха в державі, під якою мислитель розумів «спілкування сімейств»³. У подальшому Т. Гоббс, розвиваючи положення Ж. Бодена про суверенітет, проголошував про необмеженість влади монарха (суверена) не тільки в правовій, а й в усіх інших сферах суспільного і державного життя.

Між тим теорія суверенітету Ж. Бодена, Т. Гоббса та їх послідовників мала більш глибокі наслідки для європейської політико-правової думки, ніж це здається на перший погляд. Відділивши суверенітет монарха від суверенітету держави, Ж. Боден і Т. Гоббс створили умови для постановки питання про можливість існування декількох носіїв суверенітету. Проте слід констатувати й той факт, що за часів Ж. Бодена і Т. Гоббса питання про демократичні засади здійснення державної влади чи про представницьку демократію за умови відсутності обраних представницьких органів не піднімалося.

¹ Див.: История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение / Отв. ред. В. С. Нерсисянц. — М., 1986. — С. 311.

² Див.: Там само.

³ Так само. — С. 233.

У XVII–XVIII ст. ст. прихильники теорії природного права розробляли різні варіанти суспільного договору. Їх автори — Г. Гроцій, Т. Гоббс, Дж. Мільтон, Дж. Лібберн, О. Сідней, Дж. Локк, Б. Спіноза, С. Пуфендорф, Ч. Томазій, Х. Вольф, Ж. -Ж. Руссо, Я. Козельський, С. Десницький, І. Третяков, О. Радішев, О. Куніцин, П. Лодій та ін. — розглядали державу як форму суспільного життя, що засновується людьми добровільно на основі взаємної згоди шляхом укладення договору¹. Предметом такого суспільного договору була публічна влада у суспільстві.

Досить швидко представники новонароджуваної школи природного права, зокрема Ж. -Ж. Руссо, виявили ще одного носія суверенітету в державі — народ як добровільну асоціацію індивідів, об'єднаних у юридичну особу, яка в свою чергу є сувереном в державі і наділена «спільною волею»². При цьому первісно ідеї народного суверенітету не лише не протиставлялися абсолютному суверенітету монарха, а навпаки — були тісно пов'язані з ним і становили його першооснову. Але вже в XVIII ст. Ж. -Ж. Руссо проголошує тезу про невідчужуваність народного суверенітету, що поклала початок демократичним ідеям народного суверенітету і стала основою ідеології буржуазно-демократичних революцій кінця XVIII ст. у Франції та Північній Америці.

Зміст концепції, а пізніше й теорії спільної волі (*volonte generale*) та верховенства закону Ж. -Ж. Руссо був виражений у формулі: «Народ, який підкоряється законам, має бути їх творцем»³, що органічно поєднала в собі ідеї народного суверенітету та верховенства закону й заклала конституційні основи сучасної європейської безпосередньої демократії. Водночас Ж. -Ж. Руссо негативно ставився до представницької демократії і вважав, що *volonte generale* не може бути представленою, а представницькі органи можуть тільки обговорювати закони, тоді як їх прийняття та відхилення є виключним привілеєм народу. Значною заслугою Ж. -Ж. Руссо, на нашу думку, стало вдале поєднання ідей народного суверенітету з античними вченнями про демократію, що дало змогу створити теоретичні засади безпосередньої демократії, яка з часом стала наріжним положенням європейської та північноамериканської конституційно-правової доктрини.

Погляди Ж. -Ж. Руссо у XVIII ст. об'єктивно мали прогресивний характер, хоча можливості реалізації багатьох із них уже тоді здавалися

¹ Див.: Тимошенко В. І. Розвиток теорії держави в політико-правовій думці України і Росії (кінець XIX – початок XX ст.): Монографія. – К., 2004. – С. 20-21.

² Так само. – С. 54.

³ Руссо Ж. -Ж. Об общественном договоре //Руссо Ж. -Ж. Трактаты. – М., 1969. – С. 178.

народних депутатів усіх рівнів» у поєднанні з імперативним мандатом вихолостили кращі тогочасні європейські ідеї парламентської демократії. Можна констатувати, що доволі специфічна радянська представницька демократія поглинула муніципальну демократію і звела до суто абстрактної категорії безпосередню демократію. Тим самим публічна влада зводилася до державної влади і по суті ототожнювалася з нею.

Знаковим є той факт, що легітимізація незалежності України на всеукраїнському референдумі в 1991 р. одночасно відродила безпосередню демократію в її загальноприйнятих у більшості розвинутих країн формах. У подальшому, з реформуванням структури, функцій та порядку обрання Верховної Ради, в Україні почала формуватися парламентська демократія, яка одержала свій розвиток із набуттям чинності Закону України від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України». З прийняттям Конституції України виокремився ще один центр публічної влади — територіальна громада. Стаття 7 Основного Закону визначила, що в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування.

Нині, в умовах конституційно-правової реформи особливої гостроти набувають проблеми ідентифікації публічної влади, її поділу залежно від її носіїв, ефективної концепції публічної влади, яка здійснюється, зокрема, у формі безпосередньої влади Українського народу, державної влади та муніципальної влади¹. Після набрання в травні 2006 р. чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України», ця концепція зазнала певних коректив, але її наріжні положення залишилися незмінними — основними суб'єктами публічної влади в Україні залишаються народ України, держава Україна і територіальні громади України. Відповідно зазначені суб'єкти публічної влади в Україні реалізують свою владу у найбільш прийнятних у суспільстві формах шляхом застосування демократичних механізмів: народ України — через безпосередню демократію, держава — через представницьку демократію і територіальні громади — через муніципальну (самоврядну) демократію.

Пріоритетним суб'єктом публічної влади в Україні є народ України. Відповідно до ч. 1 преамбули Конституції України Український народ — громадяни України всіх національностей. Український народ згідно з ст. 5 Основного Закону є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, і виключно Українському

¹ Див.: Батанов О. В. Вказ. праця. — С. 280.

народові належить право визначати і змінювати конституційний лад України, яке не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/ 2005 (справа про здійснення влади народом), влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдуми, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України.

Зазначене свідчить про те, що безпосередня демократія є пріоритетною легітимною формою реалізації суверенітету народу України. Відповідно до Конституції України належність влади народу, її здійснення та захист, охорона влади народом — основні елементи демократії, народовладдя, але вони, звичайно, повністю не вичерпують її змісту і форм.

Безпосередня демократія стала однієї із найбільш оптимальних форм реалізації політичних прав Українського народу. На думку, В. Погорілка і В. Федоренка, ст. 69 Конституції України визначає вибори і референдуми пріоритетними формами безпосередньої демократії, але не дає вичерпного переліку інших форм прямого народовладдя, а відтак, і не виключає можливості їх існування. Аналіз чинного конституційного законодавства дає підстави виділяти поряд із виборами і референдумами такі форми безпосередньої демократії, як референдна ініціатива щодо проведення всеукраїнського референдуму (ст. 72 Конституції); збори, мітинги, походи, демонстрації (ст. 39 Конституції); дорадчі опитування громадян України (ст. 46 Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» 1991 р.); загальні збори громадян за місцем проживання (ст. 8 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» 1991 р.); місцеві ініціативи (ст. 9 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» 1997 р.); громадські слухання (ст. 13 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» 1997 р.); звернення громадян до органів Автономної Республіки Крим (ч. 3 ст. 6 Конституції Автономної Республіки Крим 1998 р.); збори громадян у м. Києві (ст. 8 Закону України «Про столицю України — місто-герой Київ» 1999 р.). Не виключено, що в Україні можуть запроваджуватися й інші форми безпосередньої демократії¹.

Категорії безпосередньої демократії, в їх широкому і вузькому значеннях, в одному випадку вказують на безпосередню участь громадян України у формуванні представницьких органів державної влади та

¹ Див.: *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Референтне право України: Навч. посіб. – К., 2006. – С. 131-132.

органів місцевого самоврядування, їх активний неопосередкований вплив на прийняття цими органами політичних рішень, а в другому — на безпосереднє прийняття громадянами України, що мають право голосу, найбільш важливих рішень загальнодержавного та місцевого значення, наділених відповідною юридичною силою. Водночас ці конституційно-правові категорії не суперечать і не конкурують одна з одною, оскільки різняться між собою за сутністю та змістом, предметом, суб'єктами, формами, способами і засобами та гарантіями. Як правило, в розвинутому громадянському суспільстві існує взаємодія цих видів безпосередньої демократії між собою та з представницькою демократією. Разом з тим культивування ідей безпосередньої демократії в її широкому розумінні містить і певні загрози для публічної влади народу України. Усі зазначені форми безпосередньої демократії, за винятком всеукраїнського референдуму, не дають легітимної можливості безпосередньо реалізувати народний суверенітет, тобто безпосередньо, шляхом голосування всіх громадян України, що мають право голосу, прийняти рішення імперативного характеру, яке має вищу юридичну силу.

Натомість нині Закон України від 3 липня 1991 р. «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» застарів і значною мірою ускладнює можливість реалізувати право народу на прийняття найбільш важливих рішень і законів на всеукраїнському референдумі. Про це свідчить і конституційна практика: після всеукраїнського референдуму 1 грудня 1991 р. подальші спроби проведення референдумів виявилися невдалими, а рішення всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р. не були реалізовані. Тобто, на сьогодні склалася ситуація, коли в Україні існує юридичне обмеження народного суверенітету, зумовлене недосконалістю чинного референдного законодавства.

До того ж, широке розуміння безпосередньої демократії призводить до ототожнення безпосередньої та муніципальної демократії, які різняться за своєю сутністю, змістом і формами, а також до стирання меж між безпосередньою та представницькою демократією, коли гіпотетична «участь в управлінні державними справами» видається за форму прямого народовладдя.

Вважаємо, що сьогодні вкрай необхідно розробити якісно нові методологічні підходи до розуміння безпосередньої демократії, які б дозволили оптимально закріпити на законодавчому рівні легітимні форми безпосередньої реалізації народного суверенітету. Стаття 5 Основного Закону, навіть досконало витлумачена Конституційним Судом України, не знімає потреби в прийнятті самостійного закону про всеукраїнський референдум та пошуку нових форм безпосередньої реалізації народного суверенітету. Зокрема, варто взяти до уваги позитивний досвід за-

рубіжних країн, в яких народний суверенітет реалізується шляхом здійснення народних законодавчих ініціатив, народного вето тощо.

Наступним самостійним суб'єктом конституційно-правових відносин є держава. Відповідно до ст. 1 Конституції Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Суверенітет України, що виражає зміст правосуб'єктності Української держави, поширюється на всю її територію, а сама територія держави в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою. Українська держава, за Конституцією, виступає гарантом, тобто бере на себе виключні конституційні обов'язки дбати про людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку (ч. 1 ст. 3); утворює і забезпечує права і свободи людини та відповідає перед людиною за свою діяльність (ч. 2 ст. 3); гарантує місцеве самоврядування в Україні (ст. 7); забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України (ч. 1 ст. 10); сприяє вивченню мов міжнародного спілкування (ч. 3 ст. 10); сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (ст. 11); забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13); охороняє землі, що є основним національним багатством (ч. 1 ст. 14); гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України (ч. 4 ст. 15); забезпечує екологічну безпеку і підтримання екологічного рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи — катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу (ст. 16); захищає суверенітет і територіальну цілісність України, забезпечує її економічну та інформаційну безпеку (ч. 1 ст. 17); забезпечує соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, а також членів їхніх сімей (ч. 5 ст. 17) та ін.¹

Пріоритетною формою реалізації державного суверенітету на сьогодні виступає представницька демократія, під якою прийнято розуміти здійснення влади обраними представниками народу, котрі функціонують або як представницький органи, або як посадові особи. Вважається, що такі посадові особи мають представницький мандат, який пов'язується передусім з прямими виборами. До того ж, виборність суб'єктів, що здійснюють представницьку владу, поєднується з їх змінюваністю в ході

¹ Див.: *Оніщук М. В.* Категорія «безпосередня демократія» в конституційному праві України (теоретико-методологічні аспекти) // *Право України*. – 2006. – № 9. – С. 7.

чергових чи дострокових виборів. В умовах реалізації конституційно-правової реформи, що позначилася переходом до парламентсько-президентської форми державного правління та розширенням функцій і повноважень Верховної Ради України, особливо важливою формою реалізації державного суверенітету стає парламентська демократія. Водночас доводиться констатувати недостатність нормативно-правового забезпечення вітчизняного парламенту — неприйнятими залишаються закони України про Кабінет Міністрів України, про парламентську опозицію та ін.

Важливим суб'єктом публічної влади в Україні є її територіальні громади. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування» 1997 р. територіальна громада — це жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають адміністративний центр. Цей Закон детально визначає конституційну правосуб'єктність територіальної громади, але разом з тим видається, що залишаються недостатньо нормативно визначеними гарантії прав і обов'язків територіальної громади, поняття громади як такої, співвідношення понять «громада» і «територіальна громада» тощо.

Особливо складною залишається ситуація з формами безпосередньої реалізації прав територіальних громад, тобто із безпосереднім здійсненням територіальними громадами своєї публічної влади. Після місцевих виборів 2006 р. територіальні громади за відсутності ефективних легітимних механізмів безпосередньої реалізації своєї влади часто стають заручниками політичної волі муніципальних представницьких органів, частина з яких сформована на пропорційній основі і відстоєє в першу чергу вузькопартійні інтереси.

Можна погодитися з М. Баймуратовим у тому, що самоврядована влада породжена і «виходить» від влади державної, існує при її позитивному протекціонізмі і зміцнює, стабілізує владу державну, підвищуючи її управлінську ефективність за допомогою вирішення істотного комплексу соціальних питань, що виникають на локальному рівні державного управління¹. Але не тільки недосконалість попередньої регіональної політики не дозволяє повною мірою використати потенціал територіальних громад як суб'єкта публічної влади в Україні. На заваді стоїть перед усім недосконалість нормативно- і організаційно-правових механізмів безпосередньої реалізації публічної влади територіальних громад. Так, невико-

¹ Див.: Баймуратов М. О. Публічна самоврядована (муніципальна) влада в Україні: особливості становлення та основні ознаки // *Правова держава*. — 2005. — Вип. 16. — С. 225.

ристаним залишається потенціал місцевих референдумів. За час незалежності України було проведено більше 70 місцевих референдумів, але досвід їх проведення та результати не узагальнювалися. До того ж, на сьогодні в Україні відсутня теорія місцевих референдумів, а проекція теоретичних основ всеукраїнського референдуму на місцеві референдуми, в тому числі на республіканські (місцеві) референдуми АР Крим, не дає бажаного результату. Ситуація ускладнюється також конкурентністю норм законів України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» і «Про місцеве самоврядування в Україні». Вихід із цієї ситуації лежить на поверхні — у прийнятті Закону України про місцеві референдуми та інші форми муніципальної безпосередньої демократії.

Отже, конституційно-правовий статус основних суб'єктів публічної влади в Україні (народ України, держава та територіальні громади), а також правові форми реалізації повновладдя цих суб'єктів (безпосередня демократія, представницька демократія, муніципальна демократія), становлять конституційну модель розподілу центрів публічної влади та форм реалізації цієї влади. Водночас сьогодення заставляє замислитися над стабільністю цієї моделі, оскільки в сучасних умовах рельєфно простежується тенденція щодо появи нових центрів публічної влади у суспільстві та форм її здійснення. Йдеться про нові «демократії» — партійну, консоціативну, суверенну, міжнародну тощо. Так, нині набуває особливої гостроти проблема ідентифікації природи і меж влади таких суб'єктів конституційно-правових відносин (зокрема, виборчих), як політичні партії, а також в умовах конституційно-правової реформи в Україні парламентська коаліція (більшість). Зокрема, французький політолог М. Дюверже чітко вказував на те, що ці інститути відіграють одну й ту ж саму роль у суспільстві, сутність якої — боротьба за політичну владу та її здійснення¹. На нашу думку, в умовах сьогодення заслуговує на увагу також проблема ідентифікації публічної політичної недержавної влади та форм її здійснення.

Разом з тим в Україні та деяких інших країнах світу на противагу ідеям й ідеалам безпосередньої демократії набувають поширення теорія і практика так званої «консоціативної демократії», яка позначається на особливій стратегії демократичних конституційних реформ, забезпеченні стабільності та порядку в розколотих суспільствах за рахунок досягнення компромісу елітних груп. У той час, коли народні маси, залишаючись поділеними на різноманітні соціальні та політичні блоки і групи, продовжують протистояти одне одному, елітні політичні групи, що представляють їх, продовжують співпрацювати в ім'я найвищої соціальної мети — за-

¹ Див.: Дюверже М. Политические партии: Пер. с франц. — М., 2005. — С. 21.

безпечення стабільного демократичного процесу¹. Зокрема, яскравим проявом «консоціативної демократії» стали останні політичні події в Україні, пов'язані з формуванням широкої парламентської коаліції. Звертає на себе увагу й концепція так званої «суверенної демократії», зміст якої полягає в тому, що безпосередня демократія, як у вузькому, так і в широкому значенні, ідентифікується як самобутні, притаманні виключно народові теорія і практика безпосередньої реалізації народного суверенітету та участі громадян в управлінні державними справами.

Розвиток Євросоюзу та його політичних інститутів загострив багатовікову проблему можливості існування міжнародного (наднаціонального) суверенітету та його співвідношення з національними суверенітетами країн-учасниць ЄС. У межах Євросоюзу ця проблема була позитивно розв'язана за рахунок ідей «делегованого суверенітету» та «компромісного суверенітету», що передбачали певні взаємні добровільні поступки країн-учасниць ЄС одна перед одною та перед політичними інститутами ЄС.

Конституційні документи ЄС не передбачають практикування таких форм безпосередньої демократії, як вибори, референдуми, законодавчі ініціативи та ін. на рівні ЄС, що видається слушним з огляду на об'єктивну відсутність такої категорії, як «суверенітет Європейського Союзу». До того ж, національні референдуми з питань, що стосуються ЄС, за мовчазною домовленістю країн-учасниць Євросоюзу, мають, як правило, консультативний характер. Рациональність застосування консультативних форм безпосередньої демократії для вирішення питань міжнародної політики довели й провальні референдуми щодо Конституції ЄС, які проводилися 2005 р. у Люксембурзі, Нідерландах і Франції².

Станом на 2006 р. Конституція Європейського Союзу була ратифікована у 12 країнах-членах ЄС, тоді як для розгляду її тексту Європейською Радою необхідно, аби текст Євроконституції був ратифікований не менш як чотирма п'ятими із 25 країн-учасниць ЄС. Тобто, європейський конституційний процес 2003-2006 рр. виявився невдалим для Євросоюзу і заставив керівництво ЄС переглянути «абсорбаційну спроможність (absorption capacity)» Євросоюзу щодо його розширення найближчим часом³. Зазначене свідчить про необхідність врахування традицій міжнародної демократії при вирішенні зовнішньополітичних питань.

Надійшла до редколегії 06. 11. 06

¹ Див.: Медушевский А. Н. Сравнительное конституционное право и политические институты: Курс лекций. – М., 2002. – С. 495.

² Див.: Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Референдне право. – С. 58.

³ Див.: Сушко А. Европейская «абсорбация» и украинские перспективы // Зеркало недели. – 2006. – № 24. – С. 6.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рум'янцев, член-кореспондент
АПН України

Михайло Сергійович Грушевський – видатний український державний діяч (до 140-річчя від дня народження)

Період революційних змагань за відновлення української державності на початку ХХ ст. відкрив цілу плеяду українських політичних і державних діячів, справжніх патріотів, які гаряче і безкомпромісно відстоювали право українського народу на власну державу, побудову її на засадах демократії. Одним з найяскравіших серед них є Михайло Сергійович Грушевський — великий український історик, визначний організатор української науки, публіцист, видатний політичний і державний діяч. Його з повною підставою називають світочем української державності.

М. Грушевський народився 17 вересня 1866 р. у місті Холмі в родині педагога-славіста зі старого духовного роду. 1890 р. закінчив історико-філологічний факультет Київського університету. Наукову працю розпочав під керівництвом В. Антоновича. Після захисту магістерської дисертації (1894 р.) очолив кафедру історії Східної Європи Львівського університету. З 1897 р. — голова Наукового товариства ім. Т. Шевченка, редактор «Записок НТШ». 1898 р. М. Грушевський став одним з редакторів заснованого ним спільно з І. Франком «Літературно-Наукового Вісника», який згуртував найкращі українські літературні сили.

Політична діяльність М. Грушевського розпочалася в Галичині, де він був одним із засновників національно-демократичної партії ¹, її діяльність широко розгорнулась у центральній Україні під час революції 1905–1907 рр. Зміст її зводився до набуття Україною автономії у складі пореформеної Російської держави.

Ще напередодні революції М. Грушевський значну увагу приділяв питанням суспільно-політичної перебудови Російської імперії. З почат-

¹ Див.: Енциклопедія українознавства. – Львів, 1993. – Т. 2. – С. 454.

ком першої російської революції, коли життя само поставило це питання на порядок денний, М. Грушевський активно включився в його обговорення. У статті «Українство і питання дня в Росії», опублікованій у 1905 р., він доходить висновку про те, що розвал російського бюрократично-політичного самодержавства може створити сприятливі умови для того, щоб українство вийшло за межі етнографічної народності, стало політичною й економічною силою.

Засади, на яких спочатку домагався перебудови Російської імперії М. Грушевський, мали метою збереження і розвиток усіх народів, що населяли її, а засобом досягнення цієї мети були національно-територіальна децентралізація Російської імперії й утворення культурно-національних автономій¹.

Відстоювати такі основи побудови майбутньої Російської держави було нелегко, оскільки ідею національно-територіальної децентралізації відкидали не тільки керівники російського визвольного руху, які вважали, що малочисельні нації повинні розчинитися в російському народі, а й окремі представники тих народів, що прагнули незалежності чи автономії, а деякі діячі взагалі не вірили в можливість реформування Російської держави.

Але, незважаючи на перепони, провід українського національно-визвольного руху багато робив для здійснення своїх ідеалів. В організації політичних виступів українства в 1905–1907 рр. значну роль відіграв М. Грушевський. В своїх численних статтях того періоду він висвітлював актуальні питання, що стояли перед українством, чим намагався вивести українське громадянство з дрібного гуртківства та провінціалізму і вказати йому широкі політичні завдання².

Справа не обмежувалася лише постановкою теоретичних проблем. Приїхавши 1906 р. до Петербурга, М. Грушевський за участі місцевої громади, на чолі якої стояли видатні українські діячі і патріоти О. Лотоцький і П. Стебницький, активно включається в роботу з організації Української парламентської громади у складі першого російського парламенту — Державної Думи.

До складу громади ввійшло 45 делегатів від України. Головою її став адвокат і громадський діяч з Чернігівщини І. Шраг; серед членів були: В. Шемет і П. Чижевський — від Полтавщини, М. Біляшевський і Ф. Штенгель — від Києва, А. В'язлов — від Волині³.

¹ Див.: *Малик Я., Вол Б., Чуприна В.* Історія української державності. — Львів, 1995. — С. 72.

² Див.: *Крип'якевич І. П.* Історія України. — Львів, 1990. — С. 278.

³ Див.: *Полонська-Василенко Н.* Історія України: У 2 т. — Т. 2: Від середини XVII ст. до 1923 р. — К., 1995. — С. 423.

Що було особливо важливо, так це те, що до Української парламентської громади увійшли майже всі депутати від селян, серед яких виявилися такі відомі й віддані українській справі діячі, як Г. Зубченко, Е. Онацький, І. Тарасенко, А. Грабовецький. Утворення Української парламентської громади в Державній Думі стало справжнім успіхом української державної ідеї. Воно піднесло дух українського громадянства, надихнуло його новою вірою в свою справу¹.

Забезпечуючи тісне співробітництво з думською громадою, М. Грушевський інформував депутатів Думи про їх завдання, співпрацював з ними при створенні законопроектів. Значним був внесок М. Грушевського в заснування друкованого органу української парламентської репрезентації — «Украинский Вестник», редактором якого був М. Славинський, а секретарем — Д. Дорошенко. У журналі взяли участь кращі наукові сили України того часу: М. Туган-Барановський, О. Лотоцький, І. Франко, О. Русов і сам М. Грушевський.

Політичною платформою Української парламентської громади була автономія України. Відстоюючи її на практиці, М. Грушевський підготував Декларацію про автономію України, яка від імені громади мала бути виголошена з трибуни І Державної Думи. Але напередодні, 8 липня 1906 р., Думу було розпущено.

Після розпуску Думи більшість її членів узяли участь у відомій політичній маніфестації, виїхавши до Виборга у Фінляндії й підписавши там відозву проти уряду. Всі українські депутати підписали цю відозву і разом з іншими були засуджені до тюрми, чим втратили право участі у виборах до II Державної Думи. Це було дуже некорисно для української справи, оскільки серед депутатів II Державної Думи вже не було старих, досвідчених українських політиків, хоча й були національно свідомі діячі.

Зусилля українських діячів, насамперед М. Грушевського, під час роботи І Державної Думи не були марними. В ІІ Державній Думі також була заснована українська громада, яка об'єднувала 47 депутатів і видавала свій часопис — «Рідна справа — вісті з Думи». У ній друкувалися промови депутатів від України, заяви громади тощо. Як і раніше, депутатська громада в ІІ Державній Думі домагалася автономії України, самоврядування, української мови в школі, суді, церкві. Борючись за ці гасла, Українська парламентська громада внесла на розгляд Думи пропозицію про запровадження навчання українською мовою в школах і заснування кафедр украї-

¹ Див.: *Дорошенко Д. І.* Нарис історії України в 2-х томах. – Т. II (від половини XVII століття). – К., 1992. – С. 320.

нознавства в університетах. Зусиллями громади були підготовлені законопроекти про автономію України, про місцеве самоврядування, про українську мову в суді, школі, церкві та ін. Але втілити в життя ці намагання не вдалось, оскільки невдовзі було розпущено і II Державну Думу.

Поява у складах I та II Державних Дум Української парламентської громади, у витоків якої стояв М. Грушевський, її боротьба за автономію України мали велике політичне значення: перед усім світом це був доказ того, що в Російській імперії існує український народ і він домагається своїх природних прав на відбудову національної державності.

Українське питання залишалось одним з головних у III та IV Державних Думах, хоча у зв'язку зі зміною виборчого закону українські депутати своєї фракції не створювали.

Російський уряд переміг революцію і звів конституційні свободи до найвужчих меж. Відкинуто було і намагання української автономії. Але українське громадянство з революційної боротьби 1905–1907 рр. вийшло зміцніле, з краще сформованим політичним світоглядом і широкою організацією. З політичних реформ найважливішим для українців було скасування заборони українського друкованого слова. Як наслідок, вільніше почало розвиватися письменство, з'явилась українська преса — чимало різних видань і перша щоденна газета «Громадська думка». Певна заслуга в цьому належала М. Грушевському.

У тяжкі роки реакції українську державницьку ідею пропагувало засноване у 1908 р. всеукраїнське політичне об'єднання Товариство українських поступовців (ТУП). Як загально визнаний лідер українства, М. Грушевський став на його чолі. Невипадково, що протягом майже десятиріччя ТУП відстоювало позиції конституційного парламентаризму в Росії і автономії України¹.

ТУП поставило за головну мету обороняти дотеперішні надбання українства і вести боротьбу за нові права. До мінімальної програми входили: українізація початкової школи, введення до програм середніх шкіл української мови, літератури та історії, допущення української мови в усіх громадських установах, суді і церкві. В політичних виступах ТУП деколи користувалося допомогою російських поступових кіл, але головну надію покладало на організацію українських сил, надаючи їм провід у культурному, економічному та політичному житті. Це була центральна організація України аж до часу Першої світової війни.

Апогеєм політичної діяльності М. Грушевського став час після перемоги лютневої (1917 р.) революції в Росії до квітня 1918 р. У березні

¹ Див.: Малик Я., Вол Б., Чуприна В. Вказ. праця. — С. 73.

1917 р., після його повернення до Києва із заслання, М. Грушевського було обрано за голову Української Центральної Ради. Від цього часу з його ім'ям пов'язані розвиток історичних подій в Україні, її складний шлях від підданства через автономію до проголошення Української Народної Республіки і, врешті, до її державної самостійності та незалежності

Нагода, одержана українством у справі національно-державного відродження після лютневої (1917 р.) революції, покликала до життя кращі ідеї, вироблені її представниками протягом майже двох століть. Провідною з них стало намагання «утворити широку національно-територіальну автономію України в складі федеративної Російської республіки»¹. Втілення цієї ідеї в життя стає одним з головних напрямів діяльності М. Грушевського.

Майбутню федеративну Росію М. Грушевський бачив демократичною республікою, оскільки добре усвідомлював, що в противному разі українська свобода залишиться мрією ².

Основними принципами української автономії, за глибоким переконанням М. Грушевського, мали стати: федералізм, демократичні, парламентські форми правління, широке самоврядування на місцях. Українська автономія, зазначав він, «має бути організована на основах широкого демократичного (нецензового) громадського самопорядкування, від самого споду («дрібно́ї земської одиниці»), аж до верху — до українського сейму. Вона має вершити у себе вдома всякі свої справи — економічні, культурні, політичні, содержувати своє військо, розпоряджатися своїми дорогами, своїми доходами, землями і всякими натуральними багатствами, мати своє законодавство, адміністрацію і суд»³.

І це були не лише наукові постулати, а вираження прагнень широкого українського загалу, про що свідчить їх підтримання Українським національним конгресом. Спираючись на цю підтримку, Центральна Рада в травні 1917 р. поставила перед Російським Тимчасовим урядом вимоги визнання автономії України, участі України в майбутній міжнародній мирній конференції, українізації армії, початкової, середньої та вищої школи, надання адміністративних посад особам, які користуються довір'ям народу, розмовляють його мовою і добре знають побут, виділити певні фонди для національно-культурних заходів Центральної

¹ *Грушевський М.* Хто такі українці і чого вони хочуть. – К., 1991. С. 121

² Див.: *Копиленко О. Л.* «Сто днів» Центральної Ради. – К., 1992. – С. 81.

³ Грушевський М. Вказ. праця. — С. 125–126.

Ради¹. Одночасно слід підкреслити, що М. Грушевський міцно стояв на позиції визнання широких прав і свобод за усіма націями і народностями, які проживали в Україні, рішуче викидаючи гасло «Україна для українців».

Розуміючи, як глибоко вкорінені центристські змагання в Тимчасовому уряді, і неприхильність до українського національного відродження певного прошарку російського громадянства, М. Грушевський прозорливо передбачав можливий перебіг подій. «Прапор самостійної України стоїть згорнений. — застерігав він, — але чи не розгорне їм я вій з хвилию, коли всеросійські централісти захотіли б вирвати з наших рук стяг широкої української автономії, в Федеративній і демократичній Російській республіці?»².

Фактично так воно й сталося. Відмова Тимчасового уряду на домагання автономії України викликала цілком природну й логічну реакцію українства: творити українську автономію власними силами, що і було започатковано І Універсалом.

Але при цьому М. Грушевський не відмовлявся від ідеї перебудови Росії на засадах федералізму й автономії України. Будучи палким прибічником цієї ідеї, він після досягнення певного компромісу між Тимчасовим урядом і Центральною Радою докладає максимум зусиль до розроблення «Статуту вищого управління України», який, на його думку, мав стати «першою Конституцією України»³.

Однак розвій подій прямував зовсім в іншому напрямку. Видана Тимчасовим урядом «Інструкція Генеральному Секретаріату» зводила нанівець ті принципи української автономії, які відстоював М. Грушевський.

Відстоюючи федеративні принципи побудови Російської держави, М. Грушевський спрямував свої зусилля на встановлення федеративних зв'язків з іншими недержавними народами колишньої імперії, створення такої федерації, в якій Україна і решта республік стали б згодом не просто автономними провінціями, а державами. Саме з цією метою в Києві у вересні 1917 р. було скликано Конгрес представників ряду народів, що проживали в межах Росії, на якому М. Грушевський детально виклав свої погляди на федерацію нового типу⁴.

¹ Див.: Національні відносини в Україні у XX столітті. — К., 1995. — С. 32-38.

² *Грушевський М.* Вказ. праця. — С. 99.

³ Там само. — С. 32.

⁴ Див.: Етнонаціональний розвиток України. Терміни, визначення, персоналії. — К., 1993. — С. 46.

Жовтневий переворот в Петрограді поставив перед проводом Центральної Ради проблему: або визнати більшовицький уряд і поділити його програму, або стати на шлях побудови власної, незалежної держави. Українська демократія обрала другий шлях, хоча при цьому і не зрікалася ідеї федерації при додержанні певних умов. Проголосивши утворення Української Народної Республіки, Центральна Рада заявила про прагнення, «щоб уся Російська Республіка стала Федерацією рівних і вільних народів»¹.

Цей, на перший погляд, суперечливий крок мав під собою далекоглядні плани, тому звинувачення провідних членів Центральної Ради в політичній непрактичності ² і особисто М. Грушевського в тому, що його заклик «рятувати мертвий уже московський державний організм... дискредитували його в очах народу як державного мужа» ³, занадто категоричні й односторонні. Говорячи про федерацію, українські діячі, в тому числі М. Грушевський, мали на увазі не вже зліквідований Тимчасовий уряд і не більшовицьку Раду Народних Комісарів. Усвідомлюючи спільність історичної долі народів колишньої Російської імперії, вони зверталися до них з пропозицією творити незалежні демократичні республіки, які були б об'єднані у федерацію ⁴.

М. Грушевський став одним з творців Конституції Української Народної Республіки 1918 р. Після проголошення III Універсалу виникла необхідність виробити власну Конституцію УНР. Від імені комісії Центральної Ради з підготовки проекту Конституції М. Грушевський сформулював основи документа для членів Центральної Ради та населення України, які були оприлюднені в пресі. А за підсумками дискусії М. Грушевський назвав головні частини проекту Конституції: 1) загальнодемократична, де встановлюються державний характер України, її територія та основні права громадян; 2) визначення відносин з федеративною Російською Республікою, до складу якої входить Україна; 3) компетенція вищої законодавчої влади; 4) визначення виконавчої влади; 5) визначення організації виконавчої влади ⁵.

¹ Чотири універсали. – К., 1990. – С. 10.

² Див.: Гунчак Т. Україна: перша половина ХХ століття: Нариси політичної історії. – К., 1993. – С. 113.

³ *Нагаєвський І.* Історія Української держави двадцятого століття, – К., 1994. – С. 90.

⁴ Див.: Полонська-Василенко Н. Історія України. – Т. 2. – С. 472.

⁵ Див.: Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. – К., 1993. – С. 72.

Подальший перебіг подій, зокрема, загроза більшовицької окупації та необхідність незалежного статусу УНР на мирних переговорах у Бресті, зумовили прийняття під керівництвом і за безпосередньою участю М. Грушевського IV Універсалу, який проголосив державну самостійність і незалежність України.

29 квітня 1918 р. Центральна Рада ухвалила Конституцію УНР, яка була підготовлена на взірець демократичних конституцій передових країн Європи та США. Один з головних її принципів — поділ влади. Законодавчу владу мали здійснювати Всенародні Збори, які обиралися шляхом всенародного голосування, виконавчу владу обіймала Рада Міністрів, судову — Генеральний Суд¹.

Для остаточного розв'язання проблеми національно-державного будівництва готувався проект нового адміністративно-територіального поділу України. М. Грушевський як автор цієї концепції запропонував поділ на 30 земель, з яких три міста — Київ, Харків та Одеса — вилучалися в окремі округи з приміськими територіями

Гетьманський переворот 29 квітня 1918 р. поклав край державній діяльності М. Грушевського. Проте його потенціал як організатора і вченого бажала використовувати Українська Держава в галузі розвитку української науки. Річ у тім, що М. Грушевський був поборником ідеї створення найвищої наукової установи України — Української Академії наук. Ця ідея виникає в середовищі передової української інтелігенції, зокрема М. Грушевського, на зламі XIX-XX ст. За його ініціативи до неї знову повертаються у березні 1917 р. Але вона була реалізована у листопаді 1918 р. за гетьмана П. Скоропадського, який хотів бачити М. Грушевського на посаді Президента Української Академії наук. «Перед тим, як відкрити Українську Академію наук, — згадував П. Скоропадський, — ми довго обмірковували, хто мав бути її головою. Я був такої думки — та й усі зо мною погоджувалися, — що це високе і почесне місце належить в Україні тільки Грушевському»². На жаль, «відповідь (М. Грушевського. — В. Р.) була категорично негативна»³.

Після повалення гетьманату і відновлення Української Народної Республіки М. Грушевський виступив поборником відтворення не лише

¹ Див.: МIRONENKO О. М. Світоч української державності. — К., 1995. — С. 177-181.

² Скоропадський П. Спогади (кінець 1917 – грудень 1918). — К.; Філадельфія, 1995. С. 97.

³ Полонська-Василенко Н. Українська Академія наук (нарис історії). — Ч. I (1918-1930). — Мюнхен, 1955. — С. 15-16.

У 1919 р. М. Грушевський виїхав в еміграцію, де розгорнув широку наукову і політико-публіцистичну діяльність. Ним засновано Український соціологічний інститут у Відні.

Боротьба радянської влади проти української культури, що загострилася починаючи з 1929 р., поклала край широкій діяльності М. Грушевського. У березні 1931 р. він був висланий до Москви, наукові заклади, засновані ним, були ліквідовані, науковці й учні М. Грушевського здебільшого заарештовані й заслані.

Михайло Сергійович Грушевський — великий вчений, політичний і державний діяч — житиме у вдячній пам'яті народу України.

Надійшла до редколегії 23. 10. 06

86

Полтавське земство: кількісний склад, організаційна структура та порядок діяльності земських установ у 60–80-ті роки XIX століття¹

Згідно з «Положением о губернских и уездных земских учреждениях» 1864 р. (далі — Положення 1864 р.) до системи земських установ входили земські виборчі з'їзди, земські збори і земські управи. Виборчі з'їзди — орган земських виборців, що через кожні три роки забезпечували проведення виборів повітових гласних. На території Полтавської губернії з'їзди проходили по 58 дільницях. Детальніше виборчі з'їзди доцільно розглядати у тій частині, що стосується земської виборчої системи.

Повітові та губерньські земські збори — розпорядчі органи земства. Їх кількісний склад визначався Земським табелем. У Полтавській губернії склад повітових зборів налічував від 30 до 54 гласних, а до складу губерньських земських зборів входили 100 гласних². За ст. 42 Положення 1864 р. для кворуму земських зборів необхідна була присутність у засіданні не менше третини гласних³, а згідно із ст. 85 для проведення засідання кількість гласних повинна бути «во всяком случае не менее десяти»⁴.

Необхідний кворум для проведення земських зборів завжди дотримувався, хоча у засіданнях повітових і губерньських зборів брала участь дещо менша від

списочного складу кількість гласних. Нез'явлення гласних на засідання була однією із найважливіших проблем діяльності земських установ. На прикладі Полтавського, Пирятинського, Хорольського та інших повітових земств можна стверджувати, що у роботі повітових зборів брали участь посередньо від 60 до 90 відсотків гласних⁵. Наприкінці

¹ Продовження. Початок див.: *Козаченко А.* Полтавське земство. Підготовка до впровадження земських установ // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 3 (42). — С. 90–100.

² Див.: Полное собрание законов Российской империи (далі — ПСЗ). — СПб., 1867. — Собр. 2. — Отд. 1. — Т. 39. — С. 7.

³ Див.: Там само. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 6.

⁴ Там само. — С. 10.

⁵ Див.: Журналы Полтавского уездного земского собрания XV очередного созыва 1879 года. — Полтава, 1879. — С. 3–4, 14–15; Постановления очередного Пирятинского уездного земского собрания. — Полтава, 1867. — С. 3–5, 103, 158.

60-х та в 70-ті роки XIX ст. на засіданнях Полтавських губернських земських зборів, як правило, були присутні лише близько половини гласних. Тому майже кожної сесії губернські збори своєю постановою висловлювали жаль з приводу нез'явлення гласних¹. Основною причиною такого явища було те, що гласні виконували свої обов'язки безоплатно. Аби розв'язати цю проблему, Полтавське губернське земство запровадило оплату за проїзд та виплату добових гласним².

Відносно меншою була кількість гласних у перший та останній день сесії, а також під час роботи надзвичайних, позачергових засідань повітових та губерньських зборів, що пояснюється звичайною безвідповідальністю частини гласних. Але нерідко гласні відмовлялися брати участь у зборах через свою опозиційність щодо земської більшості. Іноді траплялися випадки відмови від проведення позачергових земських зборів та перенесення їх на інший час у зв'язку із відсутністю кворуму.

У 80-ті роки XIX ст. кількість губернських гласних, присутніх на засіданнях земських зборів, дещо збільшилася і складала від 60 до 80 осіб³. Не в останню чергу це сталося завдяки конструктивній роботі голови губернської управи О.

Заленського, який перебував на цій посаді з 1880 по 1892 р.

Варто зазначити, що земські збори подавали цілком об'єктивну інформацію про кількість гласних, присутніх на засіданні, фіксували персональний склад учасників зборів.

За внутрішньою організаційною структурою повітові та губернські земські збори складалися із голови, секретаря та комісій. Положенням 1864 р. було передбачено, що посаду голови повітових земських зборів без виборів заступає предводитель повітового дворянства, а посаду голови губернських зборів — предводитель губернского дворянства (крім випадків призначення імператором). Згідно з ст. 84 Положення 1864 р. голова земських зборів вів засідання зборів та наглядав за порядком їх проведення⁴. Отож, голова земських зборів був найконсервативнішою фігурою земського самоврядування.

Секретаря земські збори обирали із свого складу на час проведення засідання з метою ведення журналу. Повітові збори, як правило, обира-

¹ Див.: *Веселовский Б.* История земства. – СПб., 1911. – Т. 3. – С. 143.

² Див.: Там само. – С. 64.

³ Див.: Журналы Полтавского губернского земского собрания XIX очередного созыва 1883 года. – Полтава, 1883. – С. 1, 6, 12, 23; Журналы Полтавского губернского земского собрания XXIV очередного созыва 1888 года.. – Полтава, 1888. – С. 3, 9, 41, 131.

⁴ Див.: ПСЗ. – 1867. – Собр. 2. – Отд. 3. – Т. 39. – С. 11.

ли одного секретаря, а губернські збори, залежно від інтенсивності роботи, — двох-трьох секретарів. Така робота була досить копіткою і відповідальною. Тому траплялися випадки відмови гласних виконувати обов'язки секретаря. Нерідко земські збори виносили подяку секретарям або встановлювали їм грошову винагороду за якісне ведення журналу.

Детальніше слід розглянути комісії, що діяли у складі земських зборів. Положення 1864 р. передбачало діяльність лише ревізійної комісії¹. Проте буквально з перших днів діяльності в межах наданих їм повноважень земства розпочали формувати інші комісії. Так, на своєму першому засіданні у серпні 1865 р. майже всі повітові земські збори прийняли «Правила о порядке заседаний уездного земского собрания», котрі передбачали створення комісій². Правила передбачали вибори членів комісій повітовими земськими зборами з числа гласних для підготовки справи до слухання. Прийняті 1870 р. «Правила о порядке заседаний Полтавского губернского земского собрания» у п. 10 встановили, що найбільш складні питання, які виносяться на розгляд губернських зборів, попередньо повинні вивчатися особливими комісіями³. При цьому слід зазначити, що жоден із названих документів не встановлював кількісний склад комісій та порядок їх діяльності.

З огляду на термін функціонування фактично існували два види земських комісій — постійно діючі та тимчасові. Постійні комісії створювалися на міжсесійний період — до скликання чергової сесії. Особливе місце серед них належало ревізійній комісії, яка формувалася повітовими та губернськими зборами у складі трьох-чотирьох осіб⁴. За ст. 71 Положення 1864 р. основною функцією ревізійної комісії була перевірка звітності земських управ⁵. У 70-ті роки XIX ст. найбільш активно та принципово діяли ревізійні комісії Полтавського і Кобеляцького повітових земств. А на 80-ті роки припадає помітна активізація роботи Полтавської губернської ревізійної комісії⁶. У зв'язку із складною епідеміологічною ситуацією на території губернії з кінця 60-х років XIX ст. при Полтавському земстві діяла постійна медична комісія. У 70-ті

¹ Див.: Там само. — С. 9.

² Див.: *Щербина Ф. А.* История Полтавского земства. Дореформенный период и введение земских учреждений. — Полтава, 1914. — С. 145.

³ Див.: Систематический свод постановлений и распоряжений Полтавского губернского земства за первые шесть трехлетий. — Полтава, 1887. — С. 1.

⁴ Див.: Журналы Полтавского уездного земского собрания XV очередного созыва 1879 года. — С. 33; Журналы Полтавского губернского земского собрания XIX очередного созыва 1883 года. — С. 83.

⁵ Див.: ПСЗ. — 1867. — Собр. 2. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 8.

⁶ Див.: *Веселовский Б.* Вказ. праця. — Т. 3. — С. 333.

роки губернські збори запровадили постійно діючі шляхову, статистичну та благочинну комісії.

Тимчасові комісії формувалися на період сесії або до скликання надзвичайного засідання земських зборів. Здебільшого це були редакційні комісії, котрі готували матеріали до слухання земських зборів, та протестні комісії, що вивчали протести губернатора на земські постанови. Такі комісії могли бути різними за кількісним

складом, але завжди до них входили особи, добре знайомі з даною проблемою. Так, губернські комісії з приводу протестів губернатора на кошторис повітових земств формувалися з числа губернських гласних — голів повітових управ¹.

Порядок діяльності земських зборів регулювали ст. ст. 76–89 Положення 1864 р. На чергову сесію земські збори скликалися один раз на рік. Повітова земська сесія повинна була розпочинатися не пізніше вересня і продовжуватися не більше 10 днів. Губернські збори мали скликатися не пізніше грудня, а сесія не могла тривати більше 20 днів. Строк сесії повітових зборів міг бути продовжений рішенням губернатора, а губернських зборів — постановою міністра МВС. Законодавчо було передбачено проведення надзвичайних земських зборів з дозволу міністра МВС. Згідно з ст. 81 Положення 1864 р. засідання повітових земських зборів відкривав предводитель повітового дворянства, а засідання губернських зборів — губернатор. Новообраний склад земських зборів розпочинав роботу урочистим складанням присяги².

Спираючись на ст. ст. 86–89 Положення 1864 р. свої постанови земські збори мали ухвалювати шляхом голосування. Кожному із гласних належав один голос, голосування проводилося особисто. Передавати свій голос іншим особам законодавство забороняло. Голосування повинно проводитися у відкритому режимі, крім вирішення питань про заміщення посад гласними або прийняття рішення про порушення кримінальної справи щодо гласних. Порядок подання голосів гласні могли вирішувати самостійно. Постанови приймалися простою більшістю голосів. У разі рівності голосів поданих «за» і «проти», перевагу мав голос головууюч³.

Таким чином, Положення 1864 р. лише в загальному вигляді регламентувало діяльність земств. Тому повітовим та губернським зборам було надано право у межах чинного законодавства детальніше врегулю-

¹ Див.: Журнали Полтавского губернского земского собрания XXV очередного созыва 1889 года. — Полтава, 1890. — С. 4 – 5.

² Див.: ПСЗ. — 1864. — Собр. 2. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 10-11.

³ Див.: Там само. — С. 11.

увати порядок своєї діяльності шляхом прийняття локальних нормативних актів. Зокрема, Полтавські повітові земські збори 1865 р. прийняли згадані «Правила о порядке заседаний уездного земского собрания», які передбачали такі положення щодо діяльності зборів: порядок денний формує голова зборів; у процесі слухання проводяться дебати; право на виступ надає голова відповідно до списку бажаючих виступити; під час голосування голова називає прізвище гласного, на що той відповідає «так» або «ні»; відповіді гласних голова заносить до спеціального бланку і оголошує результати голосування¹.

«Правила о порядке производства дел в земских, дворянских и городских, общественных и сословных собраниях», прийняті царським урядом у 1867 р. встановлювали стягнення, котрі могли застосовуватися до гласних у разі порушення ними норм регламенту. Так, за продовження дебатів після закриття зборів на гласних міг бути накладений штраф у розмірі від 25 до 100 карбованців або вони позбавлялися права балотуватися до земства строком від 3 до 9 років².

Особливо ретельно регламентували порядок функціонування губернських зборів «Правила о порядке заседаний Полтавского губернского земского собрания» 1870 р. Вони встановлювали процедуру реєстрації гласних на початку кожного засідання та детально визначали порядок проведення голосування. Так, під час голосування гласні не мали права залишати залу засідань. Переголосування по раніше ухваленій постанові могло бути проведене у тому разі, якщо кількість гласних, які вимагають його проведення, є не меншою, ніж на момент прийняття даної постанови, а у дебатах з цього питання брали участь не менше 2/3 присутніх гласних. Голосування повинно проводитися відкрито — «вставанием и сидением», а прийняття особливо важливих рішень таємно — «письменною болотировкою»³.

Сесія Полтавських земських губернських та повітових земських зборів розпочиналася молебном за імператора. Перше губернське сесійне засідання урочистою промовою відкривав губернатор. По завершенні промови він передавав право ведення зборів голові і залишав приміщення земства. Сесію повітових зборів промовою відкривав предводитель повітового дворянства — він же голова зборів. Свою роботу збори розпочинали із перевірки прав гласних. У разі позбавлення права на участь у роботі зборів гласним пропонувалося

¹ Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. — С. 144-145.

² Див.: Лаптева Л. Е. Об истории земских учреждений России // Государство и право. — 1993. — № 8. — С. 130.

³ Див.: Систематический свод постановлений и распоряжений... — С. 1.

повідомити про це голову¹. На початку кожного засідання збори обирали одного або кількох секретарів, котрі вели журнал, а в окремих випадках — стенограму засідання. Наступного дня голова зборів зачитував журнал попереднього засідання, а гласні — затверджували його текст.

Як правило, чергова сесія повітових земських зборів скликалася щорічно у травні-червні, а сесія Полтавських губернських зборів — у грудні. Гласні прагнули провести сесію у максимально стислі строки. Тому повітова земська сесія проходила впродовж 3 — 4 днів, а губернська не перевищувала 10 днів. У зв'язку з цим практикувалося проведення ранкових та вечірніх засідань. Збори працювали з 10 до 23 години із нетривалою перервою на обід, що, звісно, суттєво знижувало ефективність їхньої роботи.

Майже щороку за рішенням міністра МВС або губернатора для розгляду

невідкладних та особливо важливих справ проводилися надзвичайні або екстренні засідання земських зборів. Однак такі засідання проходили у звичайному режимі, навіть більше того, значна частина гласних нерідко ігнорувала їх проведення. Так, надзвичайне засідання Полтавських губернських зборів, що було скликане у травні

1882 р. для розгляду питання про підготовку до коронування Олександра III, довелося перенести на наступний день через відсутність значної частини гласних —

61 із 100². Губернські надзвичайні засідання проводилися впродовж 2-3 днів, повітові — впродовж 1-2 днів.

Документи про діяльність земських зборів на Полтавщині свідчать про те, що буквально всі питання, котрі виносилися на їх розгляд, активно дебатовалися. Голосування проводилося вільно, без будь-якого тиску з боку органів влади, свідченням чому є численні протести губернаторів на рішення земських зборів. Гласні, що були проти ухвали зборів, користувалися правом на «особое мнение», яке заносилося до журналу земських зборів. Гласні могли вільно висловлювати свій протест як щодо рішень земських зборів, так і з приводу дій губернатора та інших представників державної влади. Наприклад, під час чергового засідання Полтавських повітових зборів 1884 р. свій протест на пропозицію об-

¹ Див.: Журнали Полтавского губернского земского собрания XIX очередного созыва 1883 года. — С. 1.

² Див.: Журнал чрезвычайного Полтавского губернского земского собрания. — Полтава, 1882. — С. 3 — 5.

меження виборчих прав дрібних землевласників висловив 31 гласний із 45 присутніх¹.

Положення 1864 р. передбачало оприлюднення інформації про рішення, прийняті земствами. Проте вже у 1866 р. циркуляром міністра МВС було встановлено цензуру на матеріали щодо діяльності земств. Та, незважаючи на це, Полтавські губернські земські збори систематично публікували звіти про свою діяльність, котрі містили не тільки постановчу частину, а й зміст дебатів гласних. Роботу земських установ широко висвітлювали місцеві друковані періодичні видання. Саме тому новопризначений полтавський губернатор В. Білібасов, відкриваючи сесію 1880 р., закликав гласних не переносити «земских недоразумений из зала собрания в область газетной и журнальной полемики»². З метою впорядкування справи оприлюднення інформації про роботу земських установ Полтавське губернське земство у 1882 р. з дозволу губернатора заснувало щорічний збірник — «Земский обзор». Однак розв'язати за рахунок цього проблему дозованого інформування населення не вдалося — у світ вийшли лише чотири примірники цього збірника.

Повітові та губернські управи — виконавчі органи земства. Положення 1864 р. визначало їх кількісний склад. Повітові управи складалися із голови та двох членів. У разі необхідності повітові збори своїм рішенням могли збільшити склад управи до шести осіб на безоплатній основі. Фактично ж повітові управи Полтавської губернії посередньо налічували від трьох до п'яти осіб. Губернська управа складалася із голови та шести членів управи. Склад губернської управи не міг бути збільшений. Але з дозволу губернських зборів управа мала право на контрактній основі запрошувати сторонніх осіб — кваліфікованих фахівців для виконання окремих робіт³. Так, у період з 1865 по 1882 р. при Полтавській губернській управі за контрактом працювали інженери, техніки, архітектори, журналісти, лікарі, аптекарі, фельдшери, агрономи, вчителі та інші фахівці — всього 243 особи⁴.

Земські управи — постійно діючі установи, котрі функціонували впродовж трьох років. Проте земські збори могли достроково розпустити управу й обрати новий її склад. Рішення зборів про тимчасове усунення з посад членів управи затверджував губернатор, а справу остаточ-

¹ Див.: Журналы Полтавского уездного земского собрания XX очередного созыва 1884 года. — Полтава, 1884. — С. 151.

² Див.: Веселовский Б. Вказ. праця. — Т. 4. — С. 290.

³ Див.: ПСЗ. — 1867. — Собр. 2. — Отд. 3. — Т. 39. — С. 7.

⁴ Див. Систематический свод постановлений и распоряжений.... — С. 106-126.

ного позбавлення посад вирішував Сенат¹. Отже, діяльність земських управ залежала від органів державної влади, що суперечить принципу самостійності місцевого самоврядування.

За ст. 99 Положення 1864 р. свої постанови управи приймали колегіально простою більшістю голосів², як і належить органам місцевого самоврядування.

Таким чином, порядок діяльності земських управ законодавство регламентувало лише у загальних рисах. Тому повітові збори Полтавської губернії на своєму першому засіданні 1865 р. розробили та прийняли «Инструкцию управе»³. Проте і такі повітові інструкції порядок діяльності управ врегульовували лише поверхово. Діяльність губернської управи частково визначалася в «Инструкции о порядке производства дел в Полтавской губернской земской управе, а также об ответственности подчиненных лиц по личным их служебным обязанностям», що була прийнята Полтавськими губернськими зборами 1871 р. та доповнена у 1881 р.⁴

Канцелярію — основний управлінський і технічний орган управи — формувала голова управи. На перших порах вона складалася із двох відділів — секретарського і бухгалтерського. Так, у 1865 р. при Полтавській губернській земській управі було створено канцелярію у складі секретаря, бухгалтера та шести переписувачів⁵. А у 1869 р. створено чотири відділи канцелярії губернської земської управи: розпорядчий, рахунковий, благочинний і страхувальний. Розпорядчий відділ очолював голова управи, іншими відділами завідували члени управи⁶.

Порядок ведення діловодства канцелярією детально регламентувала задувана «Інструкція о порядке производства дел...». Вона встановила чіткий порядок реєстрації вхідної та вихідної кореспонденції, визначала функції чергового секретаря, реєстратора і столоначальників. Згідно з Інструкцією розпорядок роботи канцелярії був таким: з 9 до 14 години і з 18 до 21 години, крім святкових і вихідних днів. Як бачимо, робочий час канцелярії становив вісім годин на день, але за рахунок тривалої обідньої перерви закінчувався досить пізно. У п. 11 Інструкції передбачалося, що за місяць до і місяць після засідання чергових зем-

¹ Див.: ПСЗ. – 1867. – Собр. 2. – Отд. 3. – Т. 39. – С. 13-14.

² Див.: Там само, – С. 13.

³ Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. – С. 166.

⁴ Див.: Систематический свод постановлений и распоряжений... – С. 3.

⁵ Див.: Щербина Ф. А. Вказ. праця. – С. 186.

⁶ Див.: Отчет о действиях и распоряжениях Полтавской губернской земской управы за 2-ю половину 1869 года. – Полтава, 1870. – С. 13, 202, 230, 270.

ських зборів, а також за тиждень до і тиждень після позачергового засідання канцелярії повинна працювати без вихідних, але не більше 10 годин на день¹.

Упродовж 70–80-х років XIX ст. відбувався процес удосконалення структури земських управ та їхніх канцелярій. Збільшується кількісний склад канцелярій, що пояснюється розширенням їхніх функцій та процесом бюрократизації земських установ. Так, у 70 — ті роки канцелярія губернської управи складалася із секретаря, двох бухгалтерів, шести столоначальників — двох титулярних радників, колежського секретаря, архіваріуса, регістратора і журналіста, а також чотирьох архітекторів і техника². Згодом у 80-ті роки було впроваджено ще один відділ губернської земської управи — відділ шляхових споруд³.

Отже, на прикладі Полтавського земства можна стверджувати, що кількісний склад, організаційна структура та порядок діяльності земських установ лише частково відповідали таким принципам місцевого самоврядування, як самостійність, колегіальність та гласність⁴. Варто відзначити доволі демократичний порядок діяльності земських зборів. Але при цьому слід мати на увазі те, що вони в основному складалися із представників панівних станів, які у земстві захищали власні інтереси, а не інтереси всієї громади. Земські управи за короткий час запозичили в урядових структур — повітових та губернського правлінь — бюрократичний стиль роботи і поступово стали перетворюватися на чиновницький бюрократичний апарат.

Надійшла до редколегії 15. 01. 06

¹ Див.: Систематический свод постановлений и распоряжений... — С. 3-4.

² Див.: Памятная книжка Полтавской губернии за 1875 год. — Полтава, 1875. — С. 12.

³ Див.: Действия и распоряжения Полтавской земской управы // Земский обзор. — Полтава, 1884. — С. 4.

⁴ Див.: Любченко П. М. Принципи місцевого самоврядування // Проблеми законності. — Х., 2001. — №50. — С. 43-44.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПрН України

Деякі проблеми, пов'язані з участю держави Україна в цивільно-правових відносинах

У цивільних відносинах беруть участь фізичні та юридичні особи приватного права і суб'єкти публічного права (ст. 2 ЦК України, Підрозділ 3 Розділу 2 Книги першої ЦК України). Одним із них виступає держава Україна. Як специфічний суб'єкт права (безумовно, публічного) для участі в цивільних правовідносинах вона має набути певної форми, притаманної суб'єктам приватного права. Це архіважливе і складне питання в Україні не вирішене ні на законодавчому, ні на доктринальному рівні, що має наслідком невизначеність із багатьма напрямками участі держави в цивільних правовідносинах. Зокрема, це стосується: а) можливості розгляду держави як юридичної особи; б) проблематики органів держави як юридичних осіб та одночасно як представників держави; в) державних юридичних осіб, які не визначаються як органи держави, а здійснюють ту чи іншу соціально значущу та підприємницьку діяльність (державні установи, заклади, підприємства); г) питань правового режиму майна держави, органів держави, державних установ та організацій; ґ) розмежування чи, навпаки, ототожнення їхньої відповідальності як наслідок участі у цивільних правовідносинах та ін.

З приводу зазначеного кола проблем слід виходити передусім із розмежування таких суб'єктів публічного права:

- утворення, якими є держава Україна, Автономна Республіка Крим (АРК), територіальні громади;
- їх органи, які діють не лише в публічних, а й у приватних відносинах;
- суб'єкти публічного права, які не пов'язані з виконанням державних управлінських функцій, не є органами держави, а здійснюють діяльність у різноманітних сферах — науки, освіти, культури, оборони тощо, як і суб'єкти приватного права;

- державні підприємства, в тому числі казенні, державні акціонерні товариства, які також не пов'язані з виконанням державних управлінських функцій, не є органами держави, а здійснюють діяльність у підприємницькій сфері. При цьому така діяльність може як повністю збігатися з діяльністю суб'єктів приватного права, так і мати свою специфіку.

Держава бере участь у цивільних правовідносинах, зокрема власності, не тільки у статичному стані (держава є суб'єктом права власності, тобто має місце закріплення за нею цього права через відносини присвоєності), а й у динамічному (наприклад, при відчуженні об'єктів права державної власності шляхом їх приватизації). В такому разі постає питання: як *хту* вона бере участь у приватних відносинах? Одразу ж відкидаючи різні форми такої участі як владного суб'єкта, констатуємо, що залишається єдина можливість для неї — це стати таким самим суб'єктом, яким є суб'єкти цивільного права. Це може відбуватися у такі способи.

Перший. Оскільки в цивільних правовідносинах беруть участь лише особи, то держава має розумітися як юридична особа. Слід підкреслити, що взагалі такий статус їй не потрібен, він необхідний лише для цивільних правовідносин. Включення держави до цивільних відносин у тому вигляді, як це має місце нині, вимагає визнання її юридичною особою. Такий підхід споріднений із застосовуваням у США, де припускаються позови, наприклад, «Крамер проти держави». Невизначеність нашого бачення з цього питання такої можливості не надає. В деяких країнах (Німеччина, Франція, Грузія та ін.) держава розуміється юридичною особою публічного права

Другий. Держава є специфічним, особливим учасником цивільних правовідносин, який діє на рівних засадах з такими суб'єктами, як юридичні та фізичні особи. Саме так врегульована участь держави, як і територіальних громад та АРК, у цивільних кодексах України, Російської Федерації, Республіки Казахстан, Республіки Беларусь, Республіки Вірменія та ін.

Втім у цьому випадку одні вчені розглядають державу як учасника цивільних правовідносин, котрий не є суб'єктом цивільного права¹. Тим самим розрізняють суб'єктів цивільного права й учасників цивільних правовідносин. Першими є приватні особи, а другими — як приватні, так і публічні особи. Інші ж не вбачають відмінності між цими понят-

¹ Див.: *Первомайський О. О.* Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах. — Х., 2005. — С. 29.

тями¹. Ще державу йменують особливим суб'єктом права², або особливим учасником цивільного обороту³, самостійним суб'єктом міжнародного приватного права з особливим статусом, якого не можна ототожнювати з іншими суб'єктами (фізичними та юридичними особами)⁴.

У будь-якому разі розуміння держави і як юридичної особи, і як суб'єкта цивільного права тягне за собою низку питань, оскільки такий її правовий стан породжує багато невідповідностей її статусу як владного суб'єкта з констrukцією юридичної особи, розробленої для участі у невлadних відносинах. Тому поняття держави як юридичної особи або як суб'єкта цивільного права можна «натягнути», але з численними застереженнями. Ними є: (1) владні повноваження, котрі властиві державі як такий і мають яkось нівелюватися у цивільних правовідносинах; (2) визначення осіб та механізмів, через які вона бере участь у цивільних правовідносинах; (3) розуміння взагалі юридичних осіб публічного права; (4) встановлення особливостей регулювання відповідальності держави як наслідок її участі (а також участі її органів і створюваних нею юридичних осіб) у цивільних правовідносинах. Причому окреслені проблеми потребують розв'язання безвідносно до того чи іншого розуміння держави як учасника цивільних правовідносин.

1. Щодо *владних повноважень держави*, то їх безсумнівний вплив на ті чи інші правовідносини, в яких перебуває держава, навряд чи можна заперечувати. Втім думкам учених з цього приводу не притаманна однозначність. Більше того, їх бачення коливаються абсолютно в протилежному напрямі. Так, стверджується, що держава не перестає бути носієм публічної влади, вступаючи в цивільні правовідносини, а лише наділяється деякими властивостями юридичної особи, необхідними їй для цього⁵. Пом'якшує враження від цього позиція про добровільне

¹ Див.: Сулейменов М. К. Коллективные образования в праве. – Цивилистические исследования. – М., 2004. – Вып. 1. – С. 55; Пятков Д. В. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований // Ежегодник российского права. – 1999. – М., 2000. – С. 129; Кліменко О. М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006.

² Див.: Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учеб. пособие. – М., 2003. – С. 34.

³ Див.: Гражданское право: Учебник. – 3-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1999. – Ч. 1. – С. 183.

⁴ Див.: Ніколаєв І. С. Держава України як суб'єкт міжнародного приватного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – С. 6, 7.

⁵ Див.: Андреев Ю. Н. Участие государства в гражданско-правовых отношениях. – СПб., 2005. – С. 13; Гражданское право. Учебник. – 3-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – 1999. – Ч. 1. – С. 179 (автор – А. А. Иванов).

обмеження держави в силу закону своїх владних повноважень у момент вступу до цивільних правовідносин, які не допускаються нею при реалізації цих правовідносин, одночасно зберігаючи ці владні повноваження поза їх межами¹. Ще одним кроком до наближення розуміння держави як будь-якого іншого суб'єкта цивільних правовідносин є твердження про те, що особливості суб'єктів права, перелічених у гл. 5 ЦК РФ (відповідно гл. 9 ЦК України), не повинні істотно впливати на правовідносини з їх участю². І вже зовсім інший окрас має точка зору про те, що особливість властивостей правосуб'єктності держави не повинна змінювати природу цивільно-правових відносин, в яких вона бере участь, перетворювати їх на «змішані» відносини з елементами влади та підкорення³. Нарешті, доходить до зазначення на те, що держава з моменту вступу до цивільних правовідносин полишає свої публічні повноваження (тобто — владу) за їх межами, оскільки інакше неможливе існування приватних правовідносин⁴.

Отже, як видно з наведених позицій, не може не враховуватися те, що держава внаслідок своїх особливостей як суб'єкта публічного права має і владні повноваження, яких не залишає при вступі до цивільних правовідносин. Річ лише в тому, що вона їх не використовує, але така її пасивна позиція, тим не менш, залежить від неї самої, адже ніхто не може на неї вплинути. І хоча при цьому постійно наголошується на тому, що саме така модель поведінки держави зумовлюється цивільними правовідносинами і відхід від неї недопустимий, тим не менш не тільки існує загроза зворотного, а й відсутні механізми реагування на це. Звісно, що в цій моделі правовідносин приватна особа має розумітися як потенційно слабша сторона при декларованій рівності. Це можна порівняти зі становищем споживача, правам якого поміж іншим надається особливе регулювання, що відсутнє у відносинах з участю держави.

Таким чином, можна стверджувати, що, незважаючи на складність і неоднозначність цивільних правовідносин із участю держави, сучасним українським законодавством не врегульовано особливості такої участі

¹ Див.: *Пятков Д. В.* Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в гражданских правоотношениях: на примере разграничения публичной собственности. — СПб., 2003. — С. 58.

² Див.: *Пятков Д. В.* О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. — С. 129.

³ Див.: Комментарий части первой ГК РФ. — М., 1995. — С. 183 (автор: В. П. Звекон).

⁴ Див.: Гражданское право. — Учебник: в 2 т. — Отв. ред.: Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1998. — Т. 1. — С. 281, 282. (автор — Е. А. Суханов).

з передбаченням певних засобів і гарантій прав приватної особи в цих правовідносинах.

2. *Визначення осіб та механізмів, через які держава бере участь у цивільних правовідносинах.* Згідно з ст. 170 ЦК України держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через органи державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом. При цьому постає низка питань щодо правової природи відносин між державою та її органом у ракурсі цивільно-правового їх бачення; чи можна їх вважати представницькими; хто буде відповідачем по цивільних зобов'язаннях, в яких зазначаються обидва суб'єкти (і держава, і її орган); які джерела коштів, що спрямовуватимуться для цього. Важливо також з'ясувати, чи можливе виключення безпосередньої участі держави з приватноправових відносин і як розуміти, наприклад те, що держава є суб'єктом права власності (ст. 326 ЦК України), тобто перебуває внаслідок цього у речових правовідносинах? Чи може прийматися однозначно таке становище, коли держава позначається як суб'єкт цивільного права (права власності) і не більше того, адже здійснювати вона його (як суб'єкт) може через свої органи? Питання власності мають основоположне значення для численних правовідносин, до яких вступають учасники, а відтак, і для держави як учасника цивільних правовідносин. Не вщухають і спори щодо того, чи є право державної власності цивільним, тобто чи має воно приватну природу, оскільки це ж публічна власність. Набуло поширення розмежування державної власності на публічну та приватну. Перша являє собою всенародне надбання (земля та інші природні ресурси як основа діяльності народу), а друга — те, що до нього не увійшло (як правило, те, що використовується у підприємницькій діяльності)¹.

Аналіз тих чи інших позицій із цього приводу залишає враження повної плутанини, і найбільше, на що наслідуються вчені, це зазначити на державну власність як міжгалузеву державно-правову підгалузь юридичної науки². Мало місце й висловлення про те, що поняття «публічна власність» є доктринальним, а по суті при участі в цивільному обороті державна власність та комунальна (або муніципальна) власність мають загальні ознаки й належать до одного типу. Проте, існують особливості, пов'язані з суб'єктним складом присвоєння, загальнодоступністю тощо³.

¹ Див.: *Андреев В. К.* Право государственной собственности в России. – М., 2004. – С. 46.

² Див.: Там само. – С. 4.

³ Див.: *Мазаев В. Д.* Публичная собственность в России: конституционные основы. – М., 2004. – С. 47-49.

У розвиток питання про безпосередню чи опосередковану участь держави у цивільних правовідносинах потребує визначення її статусу органів держави, через які вона діє. Не може не звернути на себе увагу, що у ст. 170 ЦК України використовується такий вираз, як «органи, через які діє держава у цивільних відносинах», а у ст. 173 — «представники держави». Чи можуть органи держави вважатися її представниками? Який правовий статус мають органи держави і як йменуються ті дії, які вони здійснюють відповідно до ст. 170 ЦК? Від імені кого вони їх здійснюють, як при цьому мають укладатися правочини та хто зазнає негативних наслідків їх невиконання (несе відповідальність)?

Ураховуючи межі статті, зазначимо лише на деякі аспекти в цьому плані. Органам держави, як і державі, за великим рахунком статус юридичної особи сам по собі також не потрібен для виконання своїх функцій. Для цього їм достатньо поняття компетенції¹. Однак надання їм цього статусу вимагає не лише їхня безпосередня участь у приватних відносинах (придбати обладнання, орендувати приміщення), а й виконання дій для набуття державною цивільних прав та обов'язків — укладення договорів із державним майном при приватизації, виступ засновниками та акціонерами АТ тощо.

При цьому виявляється абсолютно різне становище державного органу. В першому випадку (наприклад, при перебуванні в правовідносинах з приводу оренди приміщень, в яких розташований державний орган) вони виступають як суто приватні особи і діють у своєму приватному інтересі. В другому випадку (при укладенні договору оренди єдиного майнового комплексу державного підприємства з орендарем) вони також виступають як приватні особи, бо тим самим перебувають у цивільних договірних правовідносинах. Однак, по-перше, тут проглядається й публічний інтерес, а по-друге, спостерігається плутанина з визначенням сторони таких правовідносин через те, що іноді зазначається, що нею є «держава в особі Фонду державного майна України», а іноді — сам ФДМУ.

Відповідь на це питання не надає й ст. 326 ЦК, в ч. 2 якої передбачено, що від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідно органи державної влади. Це співзвучно ст. 237 ЦК, в якій визначається поняття представництва. Однак чому ж тоді, як уже відмічалось, Глава 10 ЦК розмежовує органи та представників держави?

¹ З приводу компетенції див.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. — М., 2001.

На жаль, ґрунтовних досліджень цих питань в Україні немає. Науковці інших країн ставили за мету розв'язати окреслені проблеми, але їх бачення важко однозначно схвалити. Так, Ю. Басін впевнений, що основоположним у визначенні того, у кого виникнуть права й обов'язки з договору, укладеного органом держави — у цього органу чи у держави, — є посилання на це в договорі. Якщо в договорі не зазначається, що компетентний орган діє від імені держави або прямо передбачається, що він діє від власного імені, то його стороною має бути підписант. Тому не має значення, що власником майна останнього є держава. Безумовним винятком з цього правила автор бачить укладення договору Урядом від свого імені або кимсь від імені Уряду. Він вказує на те, що Уряд ніколи не є самостійним учасником цивільних правовідносин. За ним завжди стоїть держава¹. При всій вагомості цих аргументів не слід скидати з рахунку те, що тому чи іншому виразу в договорі навряд чи можна надавати такого значення. Критерій має бути не у формулюванні тексту договору², а в сутності правовідносин, до яких вступає безпосередньо держава або її орган.

Це питання також має бути однозначно вирішене з метою уникнення проблем із наслідками участі держави в такого роду правовідносинах. Відомий спір з приводу літаків «Руслан» більшою мірою стосувався визначення з боку суддів інших країн того, хто ж дійсно є стороною цивільних правовідносин — держава Україна чи ФДМУ.

Не можна не враховувати й те, що стосовно державної власності вживається не тріада правомочностей власника по володінню, користуванню та розпоряджанню (ч. 1 ст. 317, ч. 1 ст. 319 ЦК), а йдеться про право управління об'єктами державної власності. Тривалий час визначення цього права в нормативно-правових актах взагалі не було, хоча сам термін постійно вживався, і навіть у нормативних актах відносно державного майна таке право піддавалося регулюванню³. І тільки у щойно прийнятому Законі України «Про управління об'єктами державної власності» визначається, що управлінням об'єктами державної власності — це здійснення Кабінетом Міністрів України та уповноваженими ним органами, іншими суб'єктами, визначеними цим Законом, повно-

¹ Див.: *Басин Ю. Г.* Правовое регулирование сделок, заключаемых государством. – *Гражданско-правовые исследования*. – М., 2004. – Вып. 1. – С. 31, 32.

² Як і хоч у порядку приписів і міститься в нормативно-правових актах, що регулюють ці питання, але, як свідчить практика, існує велика вірогідність неврахування цього при укладенні договорів.

³ Наприклад, Декрет Кабінету Міністрів України від 15 грудня 1992 р. «Про управління майном, що є у загальнодержавній власності».

важень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних з володінням, користуванням і розпорядженням ними, у межах, визначених законодавством України, з метою задоволення державних та суспільних потреб.

3. *Розуміння юридичних осіб публічного права*, як і попередні питання, є абсолютно різним. В. Бєлих слушно відмічає, що публічна юридична особа — це категорія цивільного права, навіть у тих випадках, коли вона (особа) створюється в особливому порядку¹. Міністерства ж та відомства, які мають статус юридичної особи, на його думку, тим не менш не виходять із зони приватноправового регулювання хоча б тому, що іншої зони просто не існує. У свій час ще А. Венедиктов зважував на те, що зазначення на юридичних осіб публічного права означає застосування до них цивільної правоздатності, розуміння їх як учасників цивільного обороту, а відтак, підхід до них як до юридичних осіб саме цивільного права².

При всій неоднозначності такого твердження слід, однак, погодитися з тим, що навіть якщо публічне право і надає регулювання таким суб'єктам, як міністерства та відомства, але воно аж ніяк не стосується їх правового статусу як юридичних осіб публічного права.

Суб'єкти публічного права, не пов'язані з виконанням державних управлінських функцій, не є органами держави, а здійснюють діяльність у підприємницькій та інших різноманітних сферах з надання послуг, виконання робіт, здійснення різної діяльності, фактично діють як юридичні особи приватного права. Різниця між ними та юридичними особами приватного права полягає в їхньому порядку створення, правовому режимі майна, зв'язку із засновником (який зумовлюється передусім правовим режимом майна, тобто речовим чи корпоративним характером правовідносин між ними), відповідальності юридичної особи та її засновника, управлінні юридичною особою. Тобто відмінностей досить багато, але питання у тому, чи можна від них абстрагуватися, аби поєднати цих осіб з особами приватного права (товариствами та установами),

¹ Він наводить як приклад Банк Росії. Тобто тим самим автор підкреслює не звичайну відмінність створення юридичних осіб приватного і публічного права, про яку ми завжди наголошуємо як властивий першим реєстраційний або добровільний порядок створення, а другим — розпорядчий. Науковець доводить існування особливостей іншого порядку. (див.: *Бєлых В. С.* О соотношении частного и публичного права в правовом регулировании общественных отношений // *Гражданско-правовые записки*. — М., 2004. — Вып. 3. — С. 71.

² Див.: *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. — М., Л., 1948. — С. 646.

- органи держави (зокрема ФДМУ) у відносинах, в яких вони виступають не у власних інтересах, а в інтересах держави (а часто й від її імені), не мають юридичної особистості, окремої від держави Україна;

- залишається проблематичним те, яким чином модус (статус, властивість) одного суб'єкта права (держави) отримує вираз в правосуб'єктності іншої особи (спеціальної організації або органу)¹.

4. *Особливості регулювання відповідальності держави* є наслідком викладених міркувань стосовно форм її участі в цивільних правовідносинах. Вони зумовлені тим, хто від імені Української держави виступав у правовідносинах або в яких саме правовідносинах. Перший випадок становить відповідальність держави як окремого суб'єкта (відповідальності) у відносинах, в яких вона стає учасником унаслідок дій своїх органів, наприклад, при невиконанні ФДМУ своїх обов'язків із договору, який було ним укладено від імені держави (скажімо, при приватизації або оренді державного майна), чи проведенні ним конкурсу або аукціону, результати якого не тільки оспоруються, а й якими заподіяно шкоду. Трохи відрізняється ситуація у разі заподіяння шкоди приватній особі та/або її майну органами держави, наприклад, у процесі дізнання або досудового слідства. При цьому діяльність цих органів є публічною, приватні правовідносини при цьому не виникають. Однак у разі заподіяння шкоди незаконним засудженням, незаконним притягненням як обвинуваченого, незаконним взяттям під варту і триманням під вартою, а також в інших випадках, передбачених в Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду», у громадянина виникає право вимагати її відшкодування, тобто з'являються деліктні правовідносини.

Другий випадок охоплює ситуації, коли держава заявила на рівні закону про свою відповідальність за наслідки діяльності певних державних юридичних осіб — казенних підприємств або установ, наприклад, вищих навчальних чи наукових закладів (ст. 39 Закону України «Про власність», ч. 7 ст. 77 Господарського кодексу України).

Незважаючи на істотне значення, яке має приділятися врегулюванню питання відповідальності взагалі, а відповідальності такого неординарного суб'єкта цивільних правовідносин, як держава, зокрема, все це практично залишається тривалий час майже не врегульованим. Адже

¹ Див.: Пятков Д. В. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. — С. 128.

важно назвати регулюванням просте зазначення у цих законах на те, що в таких випадках «при недостатності у державної установи (організації) коштів відповідальність за її зобов'язаннями несе власник» (ст. 39 Закону України «Про власність»). Звісно, що одразу постає питання про те, *хто* такий цей власник, ким він представлений у матеріальних та процесуальних відносинах. Трохи пролив світла на це питання ГК, у ст. 77 якого вказується, що це буде держава в особі органу, до сфери управління якого входить казенне підприємство. Однак це стосується лише казенних підприємств. Чи слід за аналогією застосовувати це правило і при вирішенні питань про притягнення до відповідальності державу і за боргами державних установ, державних органів? Судова практика саме так розв'язує ці проблеми.

Ще один немаловажливий аспект — це *чим* відповідатимуть державні органи та установи і чим держава. Очевидно, що замало вказати в законі, що «відшкодування шкоди провадиться за рахунок коштів державного бюджету» (ст. 4 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду»). Відомо, що як суб'єкти, що фінансуються з бюджету, вони вільних коштів для цього не мають, бо отримують кошти лише в межах кошторисів. Логічно було б припустити, що платитиме державне казначейство, але чи може воно притягуватись як відповідач або лише виконавець рішення суду? І якщо у державного органу або установи немає вільних коштів, то навіщо її притягувати взагалі до відповідальності? А тоді чи є сенс у субсидіарній відповідальності держави? До того ж, висновок про саме цей вид відповідальності також не є однозначним. Так, Ю. Басін, наприклад, зазначав, що договір може одночасно укладатися від імені держави і від імені державного органу. І оскільки вони діють спільно на боці сторони підприємницького договору, то стають солідарно зобов'язаними суб'єктами¹. Нарешті, якщо йдеться про відповідальність держави, то абсолютно зрозуміло, що питання фінансів для цього аж ніяк не вирішуються на рівні цивільного законодавства, а має йтися про бюджетне законодавство.

Отже, в законі треба чітко вказати: (а) яка має бути відповідальність — чи у всіх випадках вона носитиме субсидіарний характер; (б) хто буде відповідачем від імені держави, тобто якщо йдеться про відповідальність державного органу або казенного підприємства чи державної установи, то очевидно, що має йтися про таких суб'єктів відпові-

¹ Див.: Басин Ю. Г. Вказ. праця. – С. 31.

дальності, як самі ці юридичні особи публічного права, та того, хто представлятиме державу; (в) хто виконуватиме рішення суду про стягнення з держави коштів на виконання своїх зобов'язань — чи це буде казначейство, чи інша державна структура; (г) як це питання пов'язуватиметься з бюджетним законодавством і як бути у випадках, коли в Державному бюджеті не вистачає коштів на такі виплати; (г) які наслідки невиконання або несвоєчасного виконання судових рішень, чи може при цьому йтися про проценти річних та інфляційні втрати та ін. ?

В Україні відсутнє поняття казни як публічної юридичної особи, яка б представляла державу і була єдиним суб'єктом, незважаючи на те що господарську діяльність держави здійснюють різні органи. Саме вона розумілася раніше¹ і пропонувалася й у сучасності як особливий суб'єкт права, що виконує функцію державного управління і виступає в майнових відносинах від імені держави².

Не можна не враховувати й те, що участь у цивільних відносинах вимагає від держави чіткості в цих питаннях, адже приватній особі невідомо, хто представлятиме державу в тих чи інших відносинах, вона не освічена в цьому з огляду на складності в питаннях формування і компетенції державного апарату. І це не повинно впливати на рівень захисту прав тих осіб, які перебувають у правовідносинах із державою. Гадаємо, що у зазначених випадках Українська держава має позначатися безпосереднім відповідачем, виключаючи участь інших ланцюгів — її органів, які управляють державним майном, залучатимуться до справи виключно в процесуальному порядку.

Наведене свідчить про істотні прогалини в регулюванні участі держави в цивільних правовідносинах, які мають бути заповнені. Повинні бути запропоновані однозначні й прозорі, чіткі й вивірені механізми такої участі як у цивільному, так і у публічному (фінансовому, бюджетному) законодавстві.

Надійшла до редколегії 14. 08. 06

¹ Див.: *Шершеневич Г. Ф.* Ученик русского гражданского права (по изданию 1907 г.) – М., 1995.

² Див.: *Красько И.* Некоторые проблемы теории юридических лиц и их прикладное значение (классификация, корпоративные права, ответственность участников) // *Предпринимательство, хозяйство и право.* – 1998. – № 10. – С. 3.

Момент набрання чинності Сімейним кодексом України (далі — СК України) вже віддалився від нас у часі. У зв'язку з цим виникає можливість зробити перші висновки щодо реалій існування й ефективності його норм. Серед низки проблем, які виникли в практиці застосування СК, принципово важливою можна визнати проблему визначення дії норм сімейного законодавства у часі. На жаль, ця проблема має не частковий, а системний характер. На думку Ж. -Л. Бержелія, проблема застосування закону в часі понад уся її невизначеність є питанням класичним. Вона визначається через вирішення засобами позитивного права двох питань: тривалості застосування закону (А) і відсутності зворотної сили (Б)¹.

Як відомо, кодифіковані нормативні акти закріплюють спеціальні правила щодо їх дії у часі. Це викликано в першу чергу суто практичними потребами. При застосуванні положень нормативного акта необхідно чітко знати, на які саме відносини він поширює свою дію і, навпаки, які відносини його нормами не охоплюються. Саме такого підходу можна було б очікувати від СК, норми якого регулюють тривалі за часом і складні за структурою відносини. Однак цього не сталося. Прикінцеві положення СК взагалі не містять правил щодо дії сімейно-правових норм у часі. Не обтяжена ними і загальна частина СК. Це спричиняє різнобій у правозастосуванні та численні питання практичних працівників щодо поширення на відповідні сімейні відносини норм старого або нового закону: Кодексу про шлюб та сім'ю (далі — КпШС) 1969 р. або СК 2002 р. Заповнити прогалину, що виникла, вимушений був Верховний Суд України, який надав свої роз'яснення щодо дії окремих норм СК у часі².

В теоретичному плані таке складне й принципово важливе питання також залишається відкритим. Для його вирішення треба звернутися до загальних темпоральних правил, розроблених і закріплених у Рішенні Конституційного Суду України, а також у Цивільному кодексі України (далі — ЦК). З урахуванням загальних правил Конституційний Суд України визначив, що нормативно-правові акти можуть діяти у часі:

¹ Див.: Бержель Ж. -Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко: Пер. с фр. – М., 2000. – С. 213.

² Див.: Постанова №3 Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15. 05. 2006 р.

-
- 1) негайно (безпосередня дія);
 - 2) шляхом перехідного періоду (ультраактивна форма);
 - 3) шляхом зворотної дії (ретроактивна форма).

Розглянемо дію зазначених темпоральних правил у площині основного сімейного закону.

1. Принцип негайної (безпосередньої) дії закону у часі вважається основним. Він визначає загальний вектор дії нормативних актів і встановлює основне правило: закон діє наперед. У літературі принцип негайної дії зазвичай розглядається як такий спосіб дії закону в часі, коли він застосовується до:

а) відносин, що виникають після набрання чинності новим законом;

б) якщо відносини виникли до набрання чинності новим законом, то до тих прав і обов'язків, що виникли після набрання ним чинності;

в) відносин, що виникли до набрання чинності новим законом, однак з дати набрання ним чинності.

а) Перш за все необхідно розглянути питання щодо негайної дії закону стосовно відносин, *які виникли після набрання ним чинності*. Конституційний Суд України визначив, що за загальноувизнаним принципом права дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце (п. 2)¹. Таким чином, усі факти, що виникли після набрання чинності новим актом, підпадають під його дію². Такий перехід однієї форми регулювання суспільних відносин до іншої Конституційний Суд визначив як принцип негайної (безпосередньої) дії закону.

Треба відзначити, що в теорії права існує інше розуміння принципу негайної дії у часі регулятивних матеріальних норм. Д. Бахрах вважає, що цей принцип застосовується, по-перше, у випадках, прямо передбачених законом, та, по-друге, до відносин, що виникли до набрання чинності новим законом, але з моменту набрання ним чинності. Що ж до відносин, які виникли після набрання чинності новим законом і які

¹ Див.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 року. Справа N 1-7/99, N 1-рп/99.

² Див.: Загальна теорія держави і права / За ред. проф. М. В. Цвіка, доц. В. Д. Ткаченка, проф. О. В. Петришина. – Х., 2002. – С. 311.

відповідно не існували на момент набрання ним чинності, то до них, за думкою Д. Бахраха, застосовується принцип перспективної дії норм¹. Однак більш поширеною можна визначити думку, відображену в Рішенні Конституційного Суду України, згідно з якою застосування нового закону до усіх фактів, що виникли після набрання ним чинності, є проявом принципу саме негайної дії норм закону в часі².

Розбіжність ключових термінів, що застосовуються в праві, не сприяє успішному розвитку теорії і практики. В даному випадку залишається приділити основну увагу саме сутності розглядуваних відносин. Яку б назву не мав принцип, котрий застосовується, йдеться про те, що на відносини, які виникли після набрання чинності тим чи іншим нормативним актом, саме його норми і поширюються. Цей основний принцип дії нормативного акта проявляється в ч. 1 ст. 5 ЦК та п. 4 Прикінцевих та перехідних положеннях ЦК. В них, зокрема, передбачено, що ЦК застосовується до цивільних відносин, котрі виникли після набрання ним чинності. Для вирішення питання щодо назви зазначеного принципу (негайної або перспективної дії) із суто практичних міркувань та з метою усунення термінологічних розбіжностей можна погодитися з позицією Конституційного Суду України щодо визначення цього принципу як принципу негайної дії закону в часі.

Без сумніву, цей принцип є також основним при застосуванні норм сімейного законодавства. Він відтворений в п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду від 15 травня 2006 р., в якому, зокрема, сказано, що за загальним правилом дії законів та інших нормативно-правових актів у часі норми СК застосовуються до сімейних відносин, які виникли після набрання ним чинності, тобто не раніше 1 січня 2004 р. Таким чином, якщо будь-який юридичний факт (реєстрація шлюбу, народження, усиновлення дитини тощо) відбувся після набрання чинності СК (тобто після 1 січня 2004 р.), то сімейні відносини, що виникли, підпадають під дію його норм.

В постанові Пленуму Верховного Суду України йдеться і про конкретні сімейні відносини, які відчувають на себе вплив часового чинника. Так, в п. 3 постанови Пленум визначив, що оскільки підстави для визнання батьківства за рішенням суду, зазначені у ст. 128 СК, істотно відрізняються від підстав його встановлення, передбачених у ст. 53

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени: Теория, законодательство, судебная практика. – М., 2004. – С. 172.

² Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. II. – С. 241; Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве. – М., 1965. – С. 95.

КпШС, суди, вирішуючи питання про те, якою нормою слід керуватися при розгляді справ цієї категорії, повинні виходити з дати народження дитини. При розгляді справ про встановлення батьківства щодо дитини, яка народилася до 1 січня 2004 р., треба застосовувати відповідні норми КпШС. Справи про визнання батьківства щодо дитини, яка народилася не раніше 1 січня 2004 р., суд має вирішувати відповідно до норм СК, зокрема ч. 2 ст. 128 СК, на підставі будь-яких доказів, що засвідчують походження дитини від певної особи й зібрані з додержанням норм цивільного процесуального законодавства.

б) Перейдемо до розгляду другого прояву принципу негайної дії закону в часі. Правило, згідно з яким той чи інший закон застосовується до відносин, що виникли після набрання ним чинності, при його застосуванні не викликає проблем. Більш складні ситуації виникають у процесі регулювання тривалих відносин, під час існування яких законодавство зазнає змін. Це і є та ситуація, коли правовідносини «перетинаються»¹ новим законом або «розтинаються» на дві частини, перша з яких формально опиняється в сфері дії старого закону, а друга — нового. Для того щоб визначитися стосовно закону, який потрібно застосувати в такому випадку, існують спеціальні правила.

Так, новий закон може поширювати свою дію стосовно таких відносин не в повному обсязі, а лише частково. Таке правило закріплено в ч. 3 ст. 5 ЦК. В ній, зокрема, сказано, що якщо цивільні відносини виникли раніше і регулювалися актом цивільного законодавства, який втратив чинність, новий акт цивільного законодавства застосовується *до прав та обов'язків*, що виникли з моменту набрання ним чинності. Це правило дублюється в п. 4 Прикінцевих та перехідних положень ЦК.

Як уже відзначалося, в СК аналогічного правила немає. Тому виникає питання щодо можливості його застосування у сфері сімейних відносин. Це питання є вкрай актуальним саме у зв'язку з тривалістю багатьох сімейних відносин, їх протяжністю в часі. В цій сфері нерідко є ситуація коли правовідношення виникло до набрання чинності СК, у той час, як окремих прав й обов'язків учасники сімейних відносин набувають вже під час його дії.

Наприклад, подружжя набуло право власності на житловий будинок у 2000 р., а поділ спільного майна здійснює у 2006 р. Очевидно, що подружнє правовідношення виникає під час дії КпШС 1969 р. У свою чергу права й обов'язки, яких сторони набувають у зв'язку з поділом спільного майна, виникають уже після того, як набув чинності СК. Поділ

¹ Див.: Тилле А. А. Вказ. праця. — С. 89.

правовідношення на дві частини з погляду законодавства, що діяло в процесі його існування та «розгортання» у часі, спричиняє відповідні наслідки. Одна частина правовідношення «опиняється» у сфері впливу старого закону (КпШС 1969 р.), а друга — нового (СК 2002 р.). У зв'язку з цим порядок набуття спільного майна та його правовий режим визначаються старим законом, а поділ майна подружжя має здійснюватися за правилами, передбаченими новим законом. За таких обставин розмір часток подружжя у майні, що є об'єктом права спільної сумісної власності, способи та порядок його поділу визначатимуться за правилами СК (ст. ст. 70, 71). Аналогічно має вирішуватися питання стосовно регулювання відносин, що виникають з факту усиновлення дитини. Якщо цей факт відбувся за часів дії КпШС, то відносини сторін мають визначатися саме цим нормативним актом. Якщо ж унаслідок розвитку взаємостосунків усиновлювача й усиновленої дитини виникають підстави для скасування усиновлення і ця обставина має місце після набуття чинності СК, то до відповідних прав та обов'язків сторін застосовуються положення нового закону (ст. 239 СК).

Ситуацій, коли сімейні правовідносини мають тривалу дію і можуть «перетинати» часові етапи чинності законодавчих актів, існує чимало. Вирішуючи це питання, Пленум Верховного Суду України відзначив, що до сімейних відносин, які вже існували на дату набрання чинності СК, його норми застосовуються в частині лише тих прав і обов'язків, що виникли після набрання ним чинності. Ці права й обов'язки визначаються на підставах, передбачених СК¹. Такий висновок є цілком правильним, однак його встановлення в постанові Пленуму Верховного Суду України не є достатнім. Тому правило щодо поширення на відповідні відносини норм того чи іншого нормативного акта мають бути визначені в законі.

в) Останнім різновидом принципу негайної (безпосередньої) дії закону в часі є *застосування норм до відносин, що виникли до набрання чинності новим законом, однак з дати набрання ним чинності*. Це те, що, на думку Д. Бахраха, і є випадком саме негайної дії, бо норма закону поширюється не на майбутні відносини (перспективна дія закону), а на ті, що вже існують. При цьому новий закон застосовується не до *нових* прав і обов'язків, як це мало місце в попередньому випадку, а до тих, які вже існують, негайно починаючи їх регулювання за новими правилами.

¹ Див.: Постанова № 3 Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15. 05. 2006 р. (п. 1).

Прикладом такої дії сімейного закону може бути ст. 182 СК. Ця норма закону зазнала змін. В первісному варіанті ст. 182 СК передбачалося, що мінімальний розмір аліментів на одну дитину за жодних обставин не може бути меншим за неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Однак Законом N 2901-IV від 22 вересня 2005 р. «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо збільшення розміру аліментів на дітей» було встановлено нове правило. Згідно з новою редакцією ст. 182 СК мінімальний розмір аліментів на одну дитину не може бути меншим ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Виникає питання щодо долі правовідносин, які виникли за часів дії старої норми СК і існують після набрання чинності новим Законом. Наприклад, за рішенням суду дитині у березні 2005 р. були призначені аліменти з одного із батьків. Розмір цих аліментів є більшим за неоподатковуваний мінімум доходів громадян, однак меншим ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Після набрання чинності новим законом щодо зміни мінімального розміру аліментів правовідношення, що вже існує, також має бути змінене, бо новий Закон застосовується негайно. Стан дітей, які одержують аліменти у розмірі не меншим за неоподатковуваний мінімум доходів громадян має бути «підтягнутий» до стану дітей, які одержують аліменти не менш ніж 30 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, бо цей розмір аліментів є більш високим. У цьому випадку існуюче правовідношення не змінилося, а його учасники не набули нових прав і обов'язків. Зазнав змін лише закон, який регулює аліментні відносини батьків і дітей. З дати набрання чинності новим законом він діє негайно.

Можна відзначити, що в літературі така дія закону в часі не має однозначного визначення. Так, С. Алексєєв вважає, що це прояв ревізійної зворотної дії закону, бо новий нормативний акт впливає на факти, які відбулися і повністю «спрацювали» до набрання чинності новим законом¹. Однак А. Тілле свого часу висловив думку, яка видається більш переконливою. Він звернув увагу на необхідність розмежування випадків негайної та зворотної дії закону в часі. Головним, на його думку, є не те, що новий нормативний акт діє відносно фактів і подій, що виникли до набрання ним чинності, а те, що його дія поширюється лише наперед, на ту часину відносин, яка опинилася в «часовому поясі» нового закону. А. Тілле підкреслює, що під зворотною дією треба розуміти такий вплив на відношення, при якому *«новий закон передбачається існуючим на момент виникнення правовідношення»*. За таких обставин «наслідки, що

¹ Див.: Алексєєв С. С. Вказ. праця. – С. 245.

Ультерактивність старого закону не є поширеною формою дії закону в часі. У зв'язку з цим випадки застосування старого закону до відносин, що існують після набрання чинності новим законом, мають бути визначені в спеціальних нормах. Це питання є вкрай важливим, бо сьогодні висновок про існування перехідного періоду (ультерактивна форма) в

114

певних випадках доводиться робити на підставі логічного тлумачення норм сімейного закону.

Найбільш проблемним у цьому плані є питання щодо визначення моменту розірвання шлюбу. За СК днем розірвання шлюбу вважається день набрання чинності рішенням суду (ч. 2 ст. 114 СК). Згідно із законодавством, що діяло раніше, шлюб припинявся у день, коли подружжя (один з них) на підставі рішення суду реєстрували розірвання шлюбу в органах ЗАГС (ст. 44 КпШС). Таким чином, рішення суду щодо розірвання шлюбу не мало вирішального значення. Вважалося, що і після набрання ним чинності сторони можуть змінити свою думку та прийняти рішення про збереження сім'ї. Час «на роздуми» подружжя не обмежувався, сторони мали право звернутися до органів ЗАГС незалежно від того, скільки часу сплигло після винесення судом рішення про розірвання шлюбу.

Після набрання чинності СК на практиці вкрай гостро постало питання щодо юридичної долі шлюбів, які за рішенням суду були розірвані до 1 січня 2004 р., якщо факт розірвання шлюбу не був зареєстрований в органах ЗАГС. Чи потрібно подружжю після набрання чинності СК звертатися до органів РАЦС або їхній шлюб автоматично після 1 січня 2004 р. вважається розірваним, бо новий закон пов'язує розірвання шлюбу саме з рішенням суду, а не реєстрацією його в органах РАЦС?

З аналізу норм сімейного законодавства можна зробити висновок про те, що в даному випадку має місце ультраактивна форма дії закону в часі. До відносин, що виникли, необхідно застосовувати ст. 44 КпШС навіть після 1 січня 2004 р. Це означає таке. Якщо суд ухвалив рішення про розірвання шлюбу, яке набрало чинності до 1 січня 2004 р., то сторони мають діяти за правилами КпШС і після набрання чинності СК. Коли сторони зверталися до суду з позовом про розірвання шлюбу і суд ухвалював відповідне рішення, він пояснював сторонам, що до моменту реєстрації розлучення в органах ЗАГС їх шлюб ще не вважається розірваним. З урахуванням цього сторони і діяли. Якщо вони не знайшли підстав для звернення до органу ЗАГС, то це може свідчити про їх бажання зберегти свій шлюб.

В іншому випадку виникають питання, на які важко відповісти. Уявімо собі таку ситуацію. Суд ухвалив рішення про розірвання шлюбу у 1998 р. Подружжя не зверталося за розлученням до органів ЗАГС. Лише в 2005 р. до органів РАЦС звернулася дружина, яка бажає оформити розірвання шлюбу. Якщо вважати, що тут діють норми СК, то виникає питання: з якого моменту шлюб вважатиметься розірваним? З часу набрання чинності рішенням суду, як цього вимагає СК? Однак це немож-

ливо. Шлюб розірвано судом у 1998 р., а норми СК не мають зворотної дії і не можуть регулювати відносини, що виникли до 1 січня 2004 р. Не можна пов'язати момент розірвання шлюбу і з часом набрання чинності СК (1 січня 2004 р.), бо при цьому неясно, які норми регулюватимуть відносини подружжя, що існували з часу набрання чинності рішенням суду (1998 р.) до набрання чинності СК. Очевидно, що вихід тут один: у разі набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу до 1 січня 2004 р. (до початку дії СК) відносини, що виникли, регулюються нормами КпШС. При цьому сторони мають зареєструвати розлучення у державному відділі РАЦС відповідно до вимог ст. 44 КпШС незалежно від часу їх звернення. При цьому орган РАЦС не повинен виносити постанову про розірвання шлюбу, як це передбачається новими правилами реєстрації актів цивільного стану, а здійснити реєстрацію розірвання шлюбу, як це передбачалося нормами старого законодавства.

3. Розглядаючи правила щодо дії норм сімейного законодавства у часі, не можна оминати питання *про зворотну силу закону*. Відомо, що в деяких випадках новий закон може поширюватися на відносини, які виникли до набрання ним чинності і продовжують існувати після цього. Така ретроактивна (зворотна) дія норми можлива за певних обставин. Конституційний Суд України у своєму рішенні підкреслив, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплено у ч. 1 ст. 58 Конституції України. Водночас Конституція передбачає їх зворотню дію в часі у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують юридичну відповідальність особи, що є загальноновизнаним принципом права.

Основний напрямок такого правила не викликає сумнівів — це захист прав та інтересів особи, до якої не можуть бути застосовані засоби, які б збільшували її відповідальність, якщо вона вже була визначена. У зв'язку з цим Конституційний Суд підкреслив, що «відповідальність можлива лише за наявності в законі чи іншому нормативно-правовому акті визначення правопорушення, за яке така юридична відповідальність особи передбачена, і яка може реалізовуватись у формі примусу зі сторони уповноваженого державою органу».

В ЦК правило ст. 58 Конституції повторюється майже дослівно. В ч. 2 ст. 5 ЦК зазначено, що акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи. Можна повністю погодитися з думкою Н. Кузнецової, що «таке механічне запозичення конституційної норми не можна визнати вдалим, оскільки вона більшою мірою розрахована на застосування інституту кримінальної та адміністративної або іншої

публічної відповідальності»¹. Що ж до відносин приватного права, то їх специфіка є настільки значною, що правило стосовно зворотної сили закону мало б формулюватися інакше. Якщо пом'якшення відповідальності в публічній сфері стосується відносин особи та держави, то пом'якшення відповідальності в приватному праві — це в першу чергу зменшення відповідальності боржника перед кредитором, що у більшості випадків означатиме порушення прав останнього.

Якщо ж новий закон, навпаки, розширює можливості особи в приватній сфері, надає їй додаткові особисті або майнові цивільні права, то він може мати зворотну силу і впливати на ті відносини, що виникли до набрання ним чинності. Це можливо лише за наявності прямої вказівки на це в самому законі. Відомо, що ЦК передбачає такі випадки. Так, в п. 8 Прикінцевих та перехідних положень ЦК зазначено, що правила про набувальну давність поширюються також на випадки, коли володіння майном почалося за три роки до набрання ним чинності. Виключити можливість застосування принципу зворотної дії стосовно сімейних відносин також немає підстав. Наприклад, можна припустити, що норми СК будуть змінені таким чином, що діти певного віку набуватимуть право на одержання відповідних грошових сум від держави додатково до сум аліментів. Немає заборон для надання такій нормі зворотної сили і поширення її щодо дітей, які народилися, наприклад, за три роки до набрання чинності новим законом.

Переводячи теоретичні міркування у практичну площину, можна запропонувати внесення до СК статті, яка б встановлювала загальні правила дії сімейно-правових норм у часі.

Стаття 7¹ СК України

1. Норми сімейного законодавства діють у часі негайно.

1) Сімейний кодекс України застосовується до сімейних відносин, що виникли після набрання ним чинності;

2) щодо сімейних відносин, які виникли до набрання чинності

Сімейним кодексом України, положення цього Кодексу застосовуються до тих прав і обов'язків, що виникли після набрання ним чинності;

3) щодо сімейних відносин, які виникли до набрання чинності Сімейним кодексом України, положення цього Кодексу застосовуються до

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. — 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К., 2006. — Т. 1. — С. 21.

2. У випадках, прямо передбачених законом, норми сімейного законодавства можуть регулювати сімейні відносини, що виникли на їх підставі, і після набрання чинності новим нормативним актом.

3. Норми сімейного законодавства не мають зворотної дії у часі, крім випадків, коли вони збільшують обсяг прав учасників сімейних відносин і якщо це прямо передбачено законом.

Надійшла до редколегії 14. 08. 06

І. Пучковська, доцент НЮА України

Щодо визначення характерних ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання

Питання щодо визначення того, які ж правові інструменти можуть бути віднесені до видів забезпечення виконання зобов'язання і відповідно використані сторонами договірною зобов'язання з метою забезпечення його виконання, не є простим. Проблема полягає в тому, що в законодавстві відсутня легальна дефініція виду забезпечення виконання зобов'язання, а законодавець, назвавши неустойку, поруку, заставу, гарантію, завдаток та притримання як види забезпечення виконання зобов'язань, залишив перелік цих видів відкритим.

Дослідники схильні розглядати види забезпечення виконання зобов'язань як заходи майнові, попередні, спеціальні, додаткові, акцесорні, встановлені на випадок невиконання зобов'язання, такі, що виконують функції стимулювання боржника до виконання зобов'язання та захисту прав кредитора на випадок невиконання зобов'язання боржником¹. У

¹ Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін; За заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 31–33; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. /О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2002. – С. 659–66; *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 22; *Хохлов В. А.* Обеспечение исполнения обязательств: Учеб. пособ. – Самара, 1997. – С. 4; *Йоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. – Т. III: Обязательственное право. – СПб., 2004. – С. 201–202; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотип. – М., 2001. – С. 480–481 та ін.

договірній практиці сторони зобов'язальних відносин використовують різні правові інструменти для забезпечення виконання зобов'язання боржником. Але чи можна ті чи інші правові інструменти відносити до видів забезпечення виконання зобов'язання у розумінні їх як заходів, передбачених гл. 49 ЦК України? Вважаємо, аби певні правові інструменти були віднесені до видів забезпечення виконання зобов'язань, вони повинні мати спільні риси, що дозволить віднести їх до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання як самостійного цивільно-правового інституту.

Перш за все ті чи інші правові інструменти необхідно розглядати під кутом зору положень норм глави ЦК, спеціально присвяченої забезпеченню виконання зобов'язань, а саме — загальним положенням про забезпечення виконання зобов'язання, розташованим у § 1 гл. 49 ЦК. Виходячи із назви та змісту статей, що складають загальні положення, ми бачимо, що законодавець видом (способом) забезпечення виконання зобов'язання називає певний правовий інструмент, який використовується для забезпечувальних цілей. За своєю природою цей правовий інструмент є зобов'язанням між зацікавленими особами, який виконує забезпечувальну функцію. Отже, можна поставити знак рівності між такими поняттями, як вид (спосіб) забезпечення виконання зобов'язання, забезпечувальне зобов'язання або забезпечення.

Метою цієї статті є з'ясування ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання, за наявності яких певні правові інструменти можуть бути віднесені до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання як самостійного інституту цивільного права. Для досягнення даної мети розглянемо поіменовані види забезпечення виконання зобов'язань на предмет спільних рис, що дозволяють об'єднати їх і підкорити вимогам гл. 49 ЦК відповідно до загальних положень про забезпечення виконання зобов'язання.

Розпочинаючи дослідження забезпечень, слід зазначити, що окремі способи забезпечення виконання зобов'язання достатньо висвітлені як у дореволюційній, так і в радянській правовій літературі. При цьому за радянських часів аналізувалися переважно способи забезпечення виконання господарських зобов'язань, найчастіше неустойка. Питанням же загальних положень про забезпечення зобов'язань дослідники приділяли дуже мало уваги. Крім того, ці питання і в законі в різні часи були врегульовані неповно і суперечливо. В сучасній цивілістичній літературі ці питання піднімаються деякими російськими дослідниками¹, але сталої

¹ Див.: Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М., 2002; Гонгало Б. М. Вказ. праця; Хохлов В. А. Вказ. праця; Рассказова Н. Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. — 2004. — № 4. — С. 41-59.

думки щодо визначальних ознак і виконуваних забезпеченнями функцій ще не склалося.

Характеризуючи певний вид забезпечення виконання зобов'язання, вчені, як правило, називають ознаки, характерні для цього інституту в цілому. Але під час подальшого дослідження виявляється, що ці ознаки існують самі по собі, а перелік видів забезпечень розглядається як традиційний і про наявність виділених ознак при характеристиці певного виду забезпечення вже не згадується. Так, давно визнаним в доктрині цивільного права є твердження про те, що спосіб забезпечення зобов'язання створює між кредитором за цим зобов'язанням та особою, що забезпечує зобов'язання, зобов'язальне відношення, яке є додатковим (акцесорним) щодо основного зобов'язання. Традиційно додаткове (акцесорне) зобов'язання кваліфікується як зобов'язання, залежне від існування та дійсності основного, в зв'язку з чим воно поділяє його долю¹. У новому ЦК в загальних положеннях гл. 49 це положення знайшло законодавче закріплення. Так, у ст. 548 ЦК зазначено, що недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання. В свою чергу недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом. Зрозуміло, що введення застереження «якщо інше не встановлено цим Кодексом» обумовлено включенням до видів забезпечення виконання зобов'язання гарантії, яка у новому ЦК має зовсім інший, порівняно з попереднім законодавством, зміст. Гарантію сьогодні сконструйовано як незалежне від основного зобов'язання. Так, у ст. 562 ЦК передбачено, що зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Закріплення зазначеного положення означає, що нова правова конструкція гарантії не може належати до інституту видів забезпечення виконання зобов'язання, для якого додатковість (акцесорність) забезпечень є визначальною ознакою. У такому вигляді, а саме як самостійне зобов'язання гаранта сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії

¹ Див.: Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар /За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2005. -С. 399; Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, О. Л. Яроцького. – Т. 2. – С. 33; Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзери (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – С. 659.

з правом на оплату наданої боржникові послуги, норми щодо гарантії претендують на виділення їх у окремий вид зобов'язань, що належить до договорів з надання фінансових послуг і відповідне розташування у Розділі III ЦК (можливо, поряд з договором факторингу). Договір гарантії, безумовно, має забезпечувальний характер, але він сконструйований законодавцем як самостійний, незалежний договір з надання фінансових послуг, і саме ця незалежність від долі основного зобов'язання не дозволяє відносити його, як це було раніше, до видів забезпечення виконання зобов'язання.

Враховуючи наведене вважаємо, що не можуть визнаватися видами забезпечення виконання зобов'язань правові інструменти, що мають забезпечувальний елемент, використання яких не передбачає існування додаткових (акцесорних) зобов'язань. Є багато правових інструментів, що містять у своїй конструкції забезпечувальний елемент, але, як слушно підкреслює В. Хохлов, види забезпечення виконання зобов'язань виділяються серед інших ще й тим, що за загальним правилом не є самостійними юридичними засобами, не можуть з'явитися без залежності від основного правовідношення¹.

Крім додатковості (акцесорності) як визначальної риси засобів забезпечення виконання зобов'язання, дослідники забезпечень наголошують на існуванні самого забезпечувального зобов'язання як такого, залежного, але окремого від зобов'язання основного. Б. Гонгало слідом за А. Маковським відмічає, що принципово необхідно відрізнити способи забезпечення виконання зобов'язань від передбачених законом чи договором умов виконання зобов'язань, багато з яких (про зарахування взаємних вимог, про акредитивну форму розрахунків, про переведення покупця за договором поставки на попередню оплату продукції та товарів тощо) мають яскраво виражений забезпечувальний характер. Схожість деяких цих умов із забезпеченнями зобов'язань посилюється тим, що вони можуть застосовуватись як наслідок неналежної у минулому поведінки боржника. Але на відміну від заходів забезпечення зобов'язань, які не визначають порядок його виконання і реалізуються лише у разі порушення зобов'язання, ці умови мають на меті попередити порушення зобов'язання саме шляхом установа особливого порядку його виконання і застосовуються виключно на стадії виконання зобов'язання². Дійсно, встановлення в договорі поставки умови щодо попередньої оплати товару не створює додаткового зобов'язання між

¹ Див.: Хохлов В. А. Вказ. праця. – С. 6.

² Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 38.

постачальником і покупцем. В силу умов самого договору покупець зобов'язаний сплатити за товар. Попередня оплата гарантує забезпечення інтересів постачальника і тому є забезпечувальним заходом. Але цей захід – одна з умов договору, що визначає порядок виконання існуючого за договором обов'язку, а не окреме зобов'язання. Вид же забезпечення виконання зобов'язання – залежне від основного зобов'язання, що не має самостійного значення без зв'язку з іншим (основним) зобов'язанням, але це зобов'язання окреме. Воно може бути закріплене як в основному договорі, так і в окремому договорі, що укладається виключно з метою забезпечення виконання зобов'язання за основним договором, але це зобов'язання з своїм предметом, правами та обов'язками сторін, а не одна із умов основного договору. Саме в цьому полягає принципова різниця між видами забезпечення виконання зобов'язань, передбачених гл. 49 ЦК, та зазначеними умовами договорів, що мають забезпечувальний елемент у самій конструкції договору. Правові інструменти не повинні зливатися з основним зобов'язанням. Якщо виконання зобов'язання здійснюється за рахунок юридичних механізмів, закладених у ньому самому, то вряд чи можна говорити про самостійний правовий інструмент, яким має виступати певний вид забезпечення виконання зобов'язання. Важливим моментом є те, що відокремленість забезпечувального зобов'язання від основного означає, що ці зобов'язання виникають з різних правових підстав. Так, основне зобов'язання виникає з домовленості сторін щодо передання майна, виконання робіт, надання послуг, а забезпечувальне – з домовленості сторін щодо створення альтернативного джерела виконання зобов'язання (майнового чи особистого) з метою задоволення інтересів кредитора на випадок порушення основного зобов'язання боржником.

Вказавши на додатковий (акцесорний) характер забезпечувальних зобов'язань та їх цінність як окремих правових інструментів, подивимось, які функції вони виконують. Розглядаючи поіменовані способи забезпечення виконання зобов'язань з точки зору виконання ними характерних функцій, Б. Гонгало зазначає, що одним забезпеченням притаманна стимулююча функція (неустойка, завдаток), другим - захисна функція (порука, гарантія), а третім – як стимулююча, так і захисна функція (застава та притримання)¹.

А. Латинцев, аналізуючи певні види забезпечення виконання зобов'язань, виділяє захисну та стимулюючу ознаки як притаманні засобам забезпечення виконання зобов'язання і наголошує на тому, що

¹ Див.: Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 33–34.

останні найбільш часто зазначаються дослідниками забезпечувальних відносин. При цьому він підкреслює, що захисна (або компенсаційна) ознака відображає властивості способів забезпечення виконання зобов'язань, що покликані компенсувати або відвернути несприятливі наслідки щодо кредитора, які виникають або можуть виникнути у разі порушення боржником умов забезпечених (основних) зобов'язань. А. Латинцев підкреслює, що дані властивості пов'язані з фігурою кредитора і починають грати свою роль після моменту, коли забезпечене зобов'язання повинно було бути виконане, але з якихось причин не було виконане належним чином боржником. У свою чергу, на думку дослідника, стимулююча ознака відображає властивості способів забезпечення виконання зобов'язань, спрямованих на спонукання боржника виконати забезпечене зобов'язання належним чином під страхом настання для нього несприятливих наслідків, в основному матеріального характеру. А. Латинцев зазначає, що ці властивості спрямовані на фігуру боржника і у більшій частині відіграють свою роль до моменту, коли забезпечене зобов'язання повинно було бути виконане. Підкреслюючи, що наведені ознаки взаємопов'язані і у певних способах важко визначити, яка з них домінує, він робить висновок про те, що обидві ознаки (захисна і стимулююча) спрямовані на охорону інтересів кредитора від порушення боржником забезпеченого договірною зобов'язання і що з правової точки зору механізм забезпечення у даному випадку полягає в наділенні забезпеченої сторони (кредитора) додатковими правами, крім основних прав за забезпеченим зобов'язанням¹.

Дійсно, висновок щодо додаткових прав або додаткового джерела, запасного варіанту задоволення вимог кредитора завдяки встановленим видам забезпечення виконання зобов'язання заслуговує на повну й безумовну підтримку. А от висновок про віднесення того чи іншого правового механізму до способів забезпечення виконання зобов'язання в зв'язку з притаманністю останньому одночасно двох названих ознак (захисної і стимулюючої) і відсутність будь-якої з них не дозволяє кваліфікувати правовий інструмент як спосіб забезпечення виконання зобов'язання², викликає певні сумніви. По-перше, сам автор як приклад, коли виду забезпечення виконання зобов'язання притаманні обидві ознаки, наводить лише заставу, що цілком зрозуміло, оскільки тільки заставі та притриманню серед поіменованих видів забезпечення виконання зобов'язання притаманна стимулююча і захисна функції. По-друге,

¹ Див.: *Латынцев А. В.* Вказ. праця. – С. 7.

² Див.: Там само. – С. 8.

інші дослідники підкреслюють, що одні із способів забезпечення виконання зобов'язань безпосередньо спрямовані на те, аби стимулювати боржника до виконання своїх зобов'язків, другі – захистити інтереси кредитора, треті – як стимулювати боржника до належного виконання, так і захистити кредитора на випадок порушення зобов'язання. До перших одноголосно відносять неустойку та завдаток. Загроза втрати завдатку, як і можливість стягнення неустойки орієнтують боржника на виконання зобов'язання в натурі¹.

Як підкреслює Г. Шершеневич, неустойка та завдаток використовуються тоді, коли кредитор «надзвичайно зацікавлений в тому, аби боржник виконав ту саму дію, до якої він зобов'язувався. Тому він старається спонукати його до точного виконання побоюванням ще більш невідгодних наслідків при ухиленні»². Порука та гарантія покликані захистити інтереси кредитора на випадок порушення зобов'язання боржником. Безпосередньої мети стимулювання боржника до виконання зобов'язання тут немає, інтереси кредитора забезпечені можливістю стягнення грошової суми з поручителя або гаранта. Застава та притримання спонукують боржника до належного виконання зобов'язання, а у разі його порушення гарантують захист інтересів кредитора. Застава з самого моменту її встановлення стимулює боржника до виконання зобов'язання. Притримання ж як спосіб забезпечення виконання зобов'язання може фігурувати лише після порушення боржником своїх зобов'язків, але з цього моменту притримання, безумовно, виконує стимулюючу функцію, оскільки якщо боржникові потрібне притримуване майно, він постарається виконати зобов'язання якнайшвидше. У разі ж, якщо стимулююча функція застави та притримання не досягла своєї мети, інтереси кредитора в зв'язку з порушенням зобов'язання боржником задовольняються за рахунок заставленого (притримуваного) майна, тобто завдяки здійсненню названими забезпеченнями захисної функції як визначальної функції забезпечень.

Як бачимо, виключно стимулюючу функцію дослідники називають при характеристиці лише таких видів забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка та завдаток, і це закономірно, оскільки саме неустойка та завдаток виступають формами цивільно-правової відповідальності.

На нашу думку, слід принципово відокремити види забезпечення виконання зобов'язань від заходів цивільно-правової відповідальності.

¹ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 479; Гонгалло Б. М. Вказ. праця. – С. 33–34.

² Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула, 2001. – С. 379.

Це різні інститути, хоча їх роль щодо виконання зобов'язань досить близька. Останнє підтверджується тим, що певні форми цивільно-правової відповідальності, а саме неустойку та завдаток, традиційно прийнято вважати видами забезпечення виконання зобов'язання.

Досліджуючи такі способи забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка та завдаток, дослідники обов'язково підкреслюють додаткові втрати майнового характеру для боржника у разі невиконання зобов'язання і в зв'язку з цим вказують на стимулюючу функцію даних способів забезпечення виконання зобов'язання. Дійсно, цивільно-правова відповідальність тягне для боржника додаткові втрати у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку. І небажання нести їх спонукає особу до відповідної поведінки. Саме тому за заходами відповідальності безумовно визнана стимулююча (превентивна) функція¹.

Так, може, прийшов час зробити висновок про те, що неустойка та завдаток — це лише заходи цивільно-правової відповідальності, і не покладати на них подвійне навантаження — ще й видів забезпечення виконання зобов'язань? Дійсно, чи ж виконують неустойка та завдаток як види забезпечення виконання зобов'язання особливу стимулюючу функцію, якщо як заходи цивільно-правової відповідальності вони виконують стимулюючу функцію, завдяки чому їх традиційно і відносять до заходів відповідальності (ч.1 ст. 571, ст. 624 ЦК)?

Вважаємо, що неустойка та завдаток як забезпечення не виконують особливої стимулюючої функції, котра була б відмінною від виконання ними стимулюючої функції як заходів цивільно-правової відповідальності, як заходів державного примусу на випадок порушення зобов'язання у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру. Результатом застосування цивільно-правової відповідальності завжди є покладання на правопорушника негативних наслідків, і саме їх несприятливість, не вигідність стимулюють учасників до належної поведінки.

Види забезпечення виконання зобов'язання спрямовані не на стимулювання боржника до виконання зобов'язання, а на захист кредитора від ризику його невиконання, і тому саме захисна функція має бути визначальною у питанні визнання того чи іншого правового інструмента видом забезпечення виконання зобов'язання, що останнім часом

¹ Див.: Гражданское право: Учебник. — Ч. I. — Изд-е 2-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — С. 525; *Йоффе О.С.* Избранные труды: В 4 т. — Т. I: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. — СПб., 2003. — С. 206–208.

підтримується в науковій літературі¹.

Очевидно, що на сторожі інтересів кредитора у зв'язку з невиконання боржником зобов'язання стоять інститути як цивільно-правової відповідальності, так і видів забезпечення виконання зобов'язання. Але мета цих інститутів різна і кожен з них відіграє певну, визначену йому законом роль. Так, цивільно-правова відповідальність встановлюється з метою попередження порушення зобов'язань та усунення їх наслідків у вигляді санкції за вчинене правопорушення. Інститут же забезпечення виконання зобов'язання має на меті забезпечити інтереси кредитора на випадок невиконання основного зобов'язання боржником за рахунок створеного додаткового, альтернативного джерела виконання. Це різні інститути і, як слушно підкреслює Н. Рассказова, заходи відповідальності не повинні визнаватися забезпеченнями саме тому, що різними є функції цих інститутів, ризики, проти яких спрямовані їх норми, а відмінні один від одного ризики усуваються в різні способи². Такої ж думки дотримується й Б. Гонгало, вказуючи на «недопустимість віднесення до числа способів забезпечення зобов'язань норм права, договору, відповідальності». Він зазначає, що «не можна визнавати такими способами ті забезпечувальні заходи, які слугують інтересам не тільки учасників зобов'язання, а й інших юридичних відношень»³.

Таким чином, на наш погляд, як поіменовані види забезпечення виконання зобов'язання, так і нові правові механізми, що мають забезпечувальний елемент, можуть бути використані сторонами договірних відносин з метою підсилення гарантій щодо виконання боржником зобов'язання, задовольняючи вимоги обороту. З погляду теорії цивільного права перелічені у ст. 546 ЦК правові інструменти потребують перегляду на предмет можливості їх віднесення до інституту забезпечення виконання зобов'язання як самостійного інституту цивільного права. Йдеться про відсутність додатковості (акцесорності) як визначальної риси забезпечень у правовій конструкції гарантії та невиконання захисної функції, як основної функції забезпечень неустойкою та завдатком – формами цивільно-правової відповідальності.

Надійшла до редколегії 08.10.06

¹ Див.: *Рассказова Н. Ю.* Вказ. праця. – С. 46.

² Див.: Там само. – С. 56.

³ Гонгало Б. М. Вказ. праця. – С. 33.

ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Д. Задихайло, доцент НЮА України

Конституційний економічний порядок: проблема систематизації нормативно-правового забезпечення

Не потребує доказів факт бурхливого розвитку господарського законодавства, кодифікація якого є логічним кроком законодавця на шляху утримання його подальшої центробіжної спеціалізації у вигляді нових і нових підсистемних блоків в єдиному концептуальному і режимно-якісному стані, що має визначатися як правовий господарський порядок. Слід зазначити, що Господарський кодекс України утворює собою вищу ієрархічну ланку в системі господарського законодавства, але тією чи іншою мірою свою кодифікацію одержало законодавство про окремі види господарської діяльності на визначених ринках товарів і послуг, утворюючи умовно другу або третю ланку цього господарського законодавства як такого. Прикладом може слугувати ринок фінансових послуг, законодавче регулювання якого з урахуванням законодавства про ринок цінних паперів, банківську та страхову діяльність, діяльність інвестиційних посередників можна вважати за кількарівневу кодифікацію, що є продуктом еволюційного розвитку господарського законодавства останніх 10-15 років. Безперечним є визнання кодифікації законодавства однією з найефективніших форм його розвитку та вдосконалення. Недивними в цьому контексті є пропозиції щодо розроблення та прийняття Інвестиційного, Інноваційного кодексів України, кодифікації законодавства про торговельну діяльність, про систему державного регулювання економічних відносин, про державну економічну політику та програми економічного розвитку тощо.

В умовах такої активної динаміки законодавства об'єктивно зростає суспільно-політична ціна функціонування конституційно-правових механізмів забезпечення відповідності змісту, зокрема, актів господарського законодавства основним принциповим положенням національної правової політики, що закріплені в Конституції України. Гово-

рячи про конституційно-правові норми, що призначені регулювати економічні відносини, слід погодитись із Г. Гаджієвим у тому, що ними встановлюється певний конституційний економічний публічний порядок¹. Тому механізм забезпечення такої відповідності, в тому числі і через діяльність Конституційного Суду України, вимагає у першу чергу встановлення основних змістовних рис такого конституційного економічного порядку, аби на його основі визначитись із оцінкою правового господарського порядку в контексті його відповідності і власне конституційності.

Правовою особливістю конституційного економічного порядку є те, що відповідні конституційно-правові норми не тільки визначають зміст поточного господарського законодавства, а таким чином і зміст правового господарського порядку, а й на підставі ст. 8 Конституції є нормами прямої дії, що має підвищувати значення конституційно-правових засад для ефективного розвитку економічних відносин. Положення про пряму дію конституційно-правових норм робить категорію конституційно-економічного порядку не тільки доктринальною, концептуальною категорією, а й безпосередньо самостійним регулятивним правовим феноменом.

Власне, економічні відносини можна визначити як суспільні відносини, пов'язані з виробництвом, розподілом, обміном та споживанням, в основі яких лежить реалізація економічної влади на засоби і чинники виробництва. Реалізація такої влади в умовах правового господарського порядку вимагає її відповідності тому чи іншому правовому титулу. Саме тому закріплення форм власності стало головним об'єктом конституційно-правового регулювання в конституціях так званого першого етапу (до Першої світової війни). В той же час конституції держав, що приймалися останнім часом, не обмежуються лише закріпленням форм власності, а йдуть значно далі, закріплюючи принципи економічної діяльності держав, її спрямованість, а також основні засоби регулювання цих відносин². Власне, таке становище відповідає змісту трансформації доктринальних уявлень про роль держави в економічних процесах, життєву необхідність стабілізуючого й стимулюючого державного регулювання економічних ринкових відносин.

Регулююча функція держави в економічній сфері одержала достатньо широке конституційне закріплення, головним чином після Другої світо-

¹ Див.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. – М., 2002. – С. 14.

² Див.: *Маклаков В. В.* Конституционное право Зарубежных стран. Общая часть: М.:Волтерс Клувер, 2006. – С. 265.

вої війни. Високорозвинуті держави одразу після війни почали активно втручатися в економічні процеси, здійснюючи їх прогнозування та планування на індикативній основі, регулюючи їх за рахунок податкових та інших засобів. Так, зокрема, велика частка державної власності в інфраструктурних сферах економіки (енергетика, транспорт, видобуток корисних копалин тощо) дозволяє державі за допомогою тарифної політики впливати на інші сфери економіки¹.

Дійсно, недивлячись на тенденцію до ослаблення державної інтервенції в економіку, що позначилася наприкінці минулого століття, під гаслами реанімації теорій вільного ринкового господарства, розширення сфери конкуренції, вільного підприємництва держава тримає сьогодні міцні позиції як регулятор найбільш важливих параметрів суспільного відтворення в короткострокових періодах і довгостроковій перспективі².

Взагалі, говорячи про функції держави, зокрема про її економічні функції, слід урахувувати дві ключові обставини. По-перше, це об'єктивний процес еволюції функцій держави, адже вони залежать не тільки від впливу власне структурних змін у системі державної влади, державного апарату, а й головним чином від змін зовнішніх умов існування самої держави. Так, на думку А. Венгерова, ХХІ ст. характеризуватиметься соціальними конфліктами у сфері речової й інтелектуальної власності, а не тільки у сфері приватної та державної, як це було раніше. Відповідно на функції держави визначальний вплив справлятиме науково-технічний інтелектуальний розвиток усієї цивілізації³. По-друге, це реальна можливість для людства опинитися у кризовому стані під впливом екологічного, демографічного, сировинного чинників, що можуть набути загрозуючих усьому людству масштабів. Тому неважко передбачити, що тільки новий розвиток держави, виникнення нових загальносоціальних функцій можуть стати запорукою необхідного порядку, координації, що забезпечить існування та відтворення цивілізації⁴. Саме тому на часі не спроби пониження ролі та функцій держави щодо економічної складової суспільного життя, а зосередження уваги на подоланні бюрократизації, корупції та обслуговуванні інтересів окремих економічних угруповань. З'ясування реальних обсягів фактичного розкрадання державного та комунального майна, його подальша «пост-приватизаційна» доля, що здійснювалося під гаслами «держава — най-

¹ Див.: Там само. – С. 267.

² Див.: Хохлов Н. П. Экономическая политика: Учеб. пособ. – Х., 2005. – С. 8.

³ Див.: Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник – М., 2006. – С. 179-180.

⁴ Див.: Там само. – С. 174.

гірший власник», мало б шокуючий для суспільства характер. Саме тому в першу чергу конституційна доктрина, а відтак, і конституційно-правове регулювання повинні бути відкритою системою, в яку на підставі еволюційної перспективи має бути закладено прогноз можливих у майбутньому функціональних трансформацій, вектор яких — посилення ролі і значення держави в суспільному розвитку. Однак, актуалізуючи питання здійснення конституційної юрисдикції Конституційним Судом України і, головне, забезпечення відповідності правового господарського порядку конституційному економічному порядку, слід з'ясувати як його змістовні аспекти, так і особливості законодавчої техніки викладення відповідних конституційно-правових норм.

Ураховуючи те, що в чинній Конституції не знайшлося місця для об'єднання норм, які визначають конституційний економічний порядок в одному або декількох окремо виділених структурних підрозділах, систематизація таких норм становить певні труднощі. Тим більше складність являє собою і класифікація названих норм, а саме — поділ їх на окремі групи за певними типологічними ознаками з метою встановлення місця кожної з них у системі галузі права¹. В. Основін виділяє низку критеріїв для класифікації конституційно-правових норм: за змістом; за об'єктом правового регулювання; за ступенем визначеності припису; за сферою використання правової норми; за характером обов'язковості припису; за формою викладання; за юридичною силою; за часом вступу в дію; за дією у просторі². Не викликає сумнівів доцільність здійснення класифікації конституційно-правових норм, що визначають конституційний економічний порядок за усіма названими критеріями, але це тема окремого дослідження. Слід погодитися із В. Лучіним у тому, що основою класифікації виступають не будь-які ознаки (хоча формально і такі, що відображають специфіку класу, виду), а лише ті з них, які відображають внутрішні закономірності, суттєве загальне³. В цьому сенсі, як видається, спроба обмежитися поділом цих норм за критерієм місця відповідних економічних відносин у системі функціонування ринкової економіки заслуговує на увагу. Стало аксіоматичним при визначенні сутності ринкової економіки виділяти чотири принципових її чинники:

¹ Див.: Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А. Конституционное право в Российской Федерации: Курс лекций: В 9 т. — Т. 1: Основы конституционного права. — М., 2005. — С. 99.

² Див.: Основин В. С. Нормы советского государственного права. — М., 1963. — С. 49-50.

³ Див.: Лучин В. О. О типологии конституционных норм // Труды МГЮА, 1997. — С. 5.

економічну багатоманітність, включаючи приватну власність на засоби виробництва; свобода підприємництва; вільну конкуренцію та вільне ціноутворення; роль державного регулювання ринкової економіки.

Саме тому пропонуємо виділити чотири групи конституційно-правових норм, що, власне, і визначають принципові аспекти змісту економічних відносин, а відтак, і принципові аспекти змісту конституційного економічного порядку: суб'єкти й об'єкти економічних відносин; свобода економічної діяльності; умови її здійснення; роль держави в функціонуванні ринкового механізму. Для визначення існуючого становища слід провести певну «інвентаризацію» нормативного конституційно-правового матеріалу.

Так, до групи *суб'єкти й об'єкти економічних відносин* слід віднести в першу чергу фіксацію загальних правових категорій «суб'єкти права власності» та «суб'єкти господарювання», що здійснена законодавцем у контексті закріплення обов'язку держави забезпечити цим суб'єктам захист у ч. 4 ст. 13 Конституції.

Відповідно до ст. ст. 142 та 143 Конституції обсяг повноважень територіальних громад і згадка про комунальні підприємства дозволяють кваліфікувати їх як учасників економічних відносин.

З огляду на повноваження Кабінету Міністрів України, викладені у ст. 116 Конституції, можна стверджувати, що держава в його особі є учасником економічних відносин, зокрема відповідно до ч. п. 5 ст. 116 щодо здійснення управління об'єктами державної власності та п. 3 цієї ж статті щодо забезпечення проведення цінової, інвестиційної політики тощо.

З відносно більшою послідовністю Конституція фіксує базові для економічних системи форми власності. Так, у ст. 13 через пряме диспозитивне викладення переліку об'єктів зафіксоване право власності українського народу. В той же час ст. 41 Конституції прямо фіксує право приватної власності, а право державної та комунальної власності в цій статті зафіксоване не прямо, а в контексті права користування громадянами об'єктами зазначених форм власності.

Право державної власності згадується в Конституції також у п. 36 ст. 85 щодо повноважень Верховної Ради України затверджувати перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, а також у п. 5 ст. 116 щодо повноважень Кабінету Міністрів України з управління об'єктами державної власності. Виникає питання: чому український законодавець не скористався російським досвідом прямого викладення у ст. 8 Конституції РФ переліку форм власності, зокрема

приватної, державної, муніципальної та ін., що визнаються та захищаються в країні на засадах рівності?

Вельми цікаво, що ст. 14 Конституції України називає серед об'єктів конституційно-правового регулювання категорію «національне багатство», що потребує особливої охорони з боку держави. На жаль, ця категорія не одержала подальшого конституційного розвитку.

Що стосується фіксації на конституційно-правовому рівні питань права власності доцільно звернути увагу на те, що Конституція РФ у ст. 35 закріплює право спільної власності через встановлення права кожного мати майно у власності, володіти, користуватися та розпоряджатися ним як одноособово, так і спільно з іншими особами.

Щодо закріплення принципів *свободи економічної діяльності* слід зазначити, що фактично конституційно-правове регулювання цієї групи представлено нормами ст. ст. 41 та 42 Конституції України, які фіксують право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності та право на підприємницьку діяльність. Таким чином, Конституція надає правову базу для головної рушійної сили ринкової економіки — підприємництва, а також забезпечує правові можливості використання в процесі підприємницької діяльності власних майна, майнових прав і прав на об'єкти інтелектуальної власності або залучення останні в інших осіб.

З певними застереженнями до цієї групи конституційно-правового регулювання можна віднести також положення ст. 13, а саме — про право громадян користуватися природними об'єктами права власності народу, хоча гадаємо, що законодавець має на увазі в першу чергу загальне природокористування, а не спеціальне, а в такому разі для функціонування економічних ринкових відносин ця норма має дуже опосередковане значення.

До певної міри аналогічно можна враховувати і положення ст. 41, згідно з яким громадяни для задоволення своїх потреб можуть користуватися об'єктами права державної та комунальної власності, в усякому разі орендні та концесійні відносини за участю приватних підприємств, можна віднести до сфери дії цієї конституційно-правової норми.

Важко обминати і питання законодавчої техніки викладення названих норм, зокрема ч. 1 ст. 42 Конституції, згідно з якою кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Таким чином, ця норма відсилає до поточного законодавства, яке, встановлюючи сфери державної монополії на ті чи інші види господарської діяльності, фактично визначає обсяг і межі дії конституційно-правової норми.

В той же час ч. 3 ст. 22 Конституції передбачає, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Але дія цієї норми компенсується нормою, викладеною в ст. 64 Конституції: «Конституційні права і свободи людини і громадянина на можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України». Власне ч. 2 ст. 64 вказує на такі випадки — введення воєнного або надзвичайного стану, але якщо розширено тлумачити «випадки» і вважати такими загальні відсилання до поточного законодавства, то ми знову повертаємося до ст. 42, обсяг права на підприємницьку діяльність в якій буквально залежить від змісту поточного законодавства. Держава в такому разі обмежена лише загальними посиланнями на конституційні принципи економічної багатоманітності та рівності усіх суб'єктів права власності.

Проблема змістовної ієрархії між конституційно-правовими нормами та нормами поточного законодавства, що утворюють механізм реалізації перших, досить слушно розв'язана у п. 3 ст. 55 Конституції РФ. Так, у цій нормі сформульовано алгоритм, згідно з яким права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені федеральним законом тільки в тій частині, в якій це необхідно для захисту конституційного ладу, моралі, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави.

Звертаючись до іноземного досвіду формування конституційного економічного порядку, слід звернути увагу на ст. 34 Конституції Іспанії, яка фіксує право громадян на створення підприємств. Адже, закріплюючи в Конституції України лише право на підприємницьку діяльність, ми фактично ігноруємо масовий випадок участі громадян в економічній діяльності, економічних відносинах, що відбуваються через набуття корпоративних прав, через участь у господарських товариствах або через заснування приватних підприємств тощо. В цьому сенсі більш універсальним є зміст ст. 34 Конституції РФ, згідно з якою кожен має право на вільне використання своїх здібностей і майна для підприємницької та іншої не забороненої законом економічної діяльності.

Що стосується застережень, вказівок на чинники, які визначаються достатніми підставами для внесення в законодавство обмежень відносно свободи економічної діяльності, то доцільно посилатися на досвід італійської законотворчості, згідно з якою в ст. 41 Конституції Італії зафіксовано, що приватна господарська ініціатива не може розвиватися всупереч суспільному благу або завдаючи шкоди безпеці та людській гідності. Закон визначає програми таких заходів, у тому числі й контро-

лю, зазначається у нормі названої статті, за допомогою яких публічна й приватна економічна діяльність може бути спрямована та координована для суспільного блага. Аналогічною за змістом і призначенням, але більш лаконічною, є норма ст. 38 Конституції Іспанії, відповідно до якої визнається свобода приватнопідприємницької діяльності в умовах ринкового господарства. Але держава гарантує і захищає це право згідно із вимогами національної економіки і планування.

Переходячи до групи відносин щодо умов здійснення економічної (господарської) діяльності, слід зазначити, що фактично відповідно до Конституції України вони визначені через два застереження:

— власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ст. 13 Конституції). Це застереження про дубльоване положення ст. 41 Конституції, де зафіксовано, що використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі;

— не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція, (ст. 42 Конституції).

Слід зазначити, що Конституція РФ у ст. 8 містить спробу визначити перелік ключових умов функціонування ринкового механізму, а саме — через гарантування єдності економічного простору, вільного руху товарів, послуг та фінансових інструментів, підтримки конкуренції, свободи економічної діяльності. Надзвичайно важливим серед умов здійснення економічної діяльності є конституційно-правове застереження, що міститься у ст. 31 Конституції Іспанії, відносно обов'язків громадян щодо оподаткування. В цій нормі зафіксовано, що податки в жодному разі не повинні мати характер конфіскації. Це положення особливо контрастує з імперативним і беззастережним викладенням обов'язку сплачувати податки і збори відповідно до ст. 67 Конституції України.

Говорячи про роль держави в стабільному функціонуванні економічних відносин, треба зазначити, що цьому блоку суспільних відносин законодавець приділив кількісно найбільшу увагу. До нього слід віднести:

— забезпечення економічної самостійності України як повноваження та завдання Кабінету Міністрів України (п. 1 ст. 116 Конституції);

— забезпечення економічної та інформаційної безпеки, що визнано згідно із ст. 17 Конституції, найважливішою функцією держави;

— забезпечення рівних умов розвитку всіх форм власності, що покладено на Кабінет Міністрів України відповідно до п. 5 ст. 116 Конституції;

— забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності (ст. 42 Конституції);

— захист прав споживачів, контроль за якістю і безпечністю продукції усіх видів послуг і робіт (ст. 42 Конституції);

— забезпечення соціальної спрямованості економіки (ст. 13 Конституції);

— забезпечення проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики (п. 3 ст. 116 Конституції);

— розробка і здійснення загальнодержавних програм економічного та науково-технічного розвитку України (п. 4 ст. 116 Конституції);

— здійснення управління об'єктами державної власності (п. 5 ст. 116 Конституції);

— здійснення прав власника від імені Українського народу (ст. 13 Конституції).

Конституція Іспанії містить низку надзвичайно важливих з точки зору з'ясування кола функціональних завдань держави у сфері економіки правових положень. Зокрема, слід виділити право державної ініціативи в економічній діяльності, зафіксоване у ст. 128. Це право підкріплене можливістю для держави зберігати за державним сектором необхідні ресурси і служби, що мають важливий характер для суспільних інтересів. Наступне положення Конституції Іспанії полягає в тому, що держава згідно із ст. 129 надає можливості для спрощення доступу працівників до власності на засоби виробництва. Фактично йдеться про поділ економічної влади, обов'язок держави контролювати в цьому аспекті розвиток економічних процесів, забезпечувати ту соціальну спрямованість економіки, яку український законодавець закріпив у ст. 13 Конституції України. Логічним у цьому контексті є положення ст. 131 Конституції Іспанії щодо повноважень держави планувати економічну діяльність з метою задоволення публічних інтересів, вирівнювання регіонального і секторального розвитку, стимулювання зростання доходів та їх справедливого розподілу. Таким чином, іспанський законодавець прямо ставить перед державою завдання за рахунок регулювання економічних процесів впливати на небезпечні соціальні диспропорції, що виникають. В ст. 132 Конституції Іспанії регулюються питання закріплення правового режиму державного майна і наводиться перелік основних об'єктів права власності держави.

Підбиваючи підсумки фрагментарної демонстрації окремих досягнень зарубіжної конституційно-правової доктрини у сфері регулювання економічних відносин, досвід яких не використано при підготовці про-

екту Конституції України, хотілося б послатися на ст. 170 Конституції Бразилії 1988 р. Згідно з її нормами, економічний порядок базується на цінностях людської праці та вільного підприємництва і має своїм завданням забезпечити усім гідне і сумісне з соціальною справедливістю існування, що передбачає реалізацію таких принципів: національний суверенітет, приватна власність, соціальна функція власності, свобода конкуренції, захист споживачів, захист довкілля, скорочення соціальної та регіональної нерівності, спрямованість до повної зайнятості, преференційний режим для дрібного національного підприємництва.

Викладене дозволяє зробити такі висновки.

1. Конституція України не містить систематизації норм, що визначали б конституційний економічний порядок як системне явище і були б достатньою конституційно-правовою основою для формування господарського законодавства — господарського правового порядку.

2. Відсутність такої систематизації конституційно-правових норм у сфері регулювання економічних відносин є наслідком несформованої сучасної конституційної доктрини конституційного економічного порядку.

3. Відсутність цієї доктрини та практичної систематизації відповідних конституційно-правових норм викликає здивування, адже зарубіжний досвід конституційної законотворчості знає більш-менш вдалі випадки такої систематизації. Так, Конституція Італії 1947 р. містить окремий розділ «Економічні відносини», а Конституція Іспанії — розділи «Про основні принципи соціальної та економічної політики» та «Про економіку та господарювання», які до певної міри могли б бути прикладами конституційно-правового регулювання економічних відносин.

4. Пропонуючи інкорпорацію в Конституцію України окремого розділу «Економічна система», слід урахувати необхідність диференціації предмета регулювання на чотири системоутворюючі елементи, що, втім, мають і власну структурну будову: форми власності та суб'єкти господарювання; свобода економічної діяльності; умови здійснення економічної діяльності (господарювання); роль держави у функціонуванні ринкового економічного механізму.

5. При формуванні нового розділу Конституції України особливої уваги потребує законодавча техніка його формування, адже викладення існуючих в Конституції норм, що регулюють економічні відносини, має численні дефекти.

6. При формуванні розділу Конституції України «Економічна система» має бути використаний сучасний досвід зарубіжної конституційної зако-

нотворчості, навіть і у тих випадках, коли регулювання економічних відносин не є структурованим в окремі підрозділи відповідних конституцій.

7. Конституційний Суд України фактично обмежений у своїх можливостях впливати на зміст правового господарського порядку через оцінку конституційності актів господарського законодавства, і цей факт додатково актуалізує необхідність систематизації конституційно-правових норм у сфері регулювання економічних відносин у вигляді окремого розділу Конституції України.

Надійшла до редколегії 25. 09. 06

О. Бринцев, доцент НЮА України,
М. Міщенко, студентка 5-го курсу
НЮА України

Вільні економічні зони: PRO ET CONTRA

Гармонійне поєднання приватних і публічних інтересів під час регулювання суспільних економічних відносин є одним з головних принципів господарського права. Прикладом використання приватних інтересів на користь усього суспільства є вільні економічні зони (ВЕЗ) та території пріоритетного розвитку (ТПР). В них за допомогою спеціального режиму господарювання¹, а саме — створеного ним особливо сприятливого економічного клімату, держава намагається комплексно розв'язати глобальні соціально-економічні проблеми за допомогою приватних осіб.

Проблеми створення, розвитку та функціонування ВЕЗ і ТПР протягом останніх років притягують до себе увагу багатьох вітчизняних дослідників, таких як Л. Таран, В. Пила, О. Чмир, Г. Барчан, О. Зельді-

¹ Спеціальний режим господарювання — це особливий порядок правового регулювання певних суспільних відносин, який встановлюється стосовно конкретного кола суб'єктів чи сфери їх діяльності та відрізняється від загального режиму або пільговою, або обмежувальною спрямованістю регулювання, зумовленою публічним інтересом, проявляючись у всіх елементах його механізму, зокрема через гарантії, пільги, форми державної підтримки, обмеження, заборони і додаткові підстави юридичної відповідальності (див.: *Таран Л. В.* Спеціальний правовий режим підприємницької діяльності в свободних економічних зонах України (комплексное исследование). — Х., 2004. — С. 92).

на, Ю. Бек та ін. Ставлення науковців (як і законодавця) до ВЕЗ і ТПР завжди було неоднозначним. І це не дивно, адже в самій суті цього питання закладена суперечність. Провідній ідеї спеціального режиму — винятковості із загальних правил — протистоять базові ідеї ринкової економіки — забезпечення рівності прав суб'єктів господарювання, недопущення дискримінації суб'єктів, забезпечення одноманітності й уніфікованості правового регулювання подібних економічних правовідносин, захист економічної конкуренції тощо.

На даному етапі розвитку ринкових реформ в Україні питання про доцільність існування ВЕЗ і ТПР постало особливо гостро. Це пов'язано з тим, що відносно більшості ВЕЗ і ТПР настав умовний звітний п'ятирічний період, за результатами якого можна впевнено судити про ефективність їх функціонування та вирішувати їх подальшу долю¹. Крім цього про актуальність проблеми свідчить те, що український законодавець неодноразово робив окремі кроки в напрямку вирішення подальшої долі ВЕЗ і ТПР. Йдеться перш за все про Закон України від 25 березня 2005 р. «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» та до деяких інших законодавчих актів України», яким було виключено із законів, присвячених регулюванню діяльності ВЕЗ і ТПР, норми, що запроваджували пільговий режим господарювання для відповідних суб'єктів, та норми, що встановлювали гарантії стабільності законодавства у ВЕЗ й ТПР. Зокрема, ст. 12 Закону України від 13 жовтня 1992 р. «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» викладено в новій редакції, відповідно до якої митні, податкові, валютно-фінансові умови функціонування ВЕЗ зведені тільки до валютно-фінансових, які створюються для розвитку банківсько-кредитної системи, страхування і системи державного інвестування. Цим звужено коло операцій, котрі підпадають під пільговий режим, виключно до кредитно-фінансових операцій. Проте зазначені операції, як відмічають деякі фахівці, характерні лише для таких ВЕЗ, як банківсько-страхові (офшорні)². Останніх, однак, сьогодні в державі не існує.

¹ У законодавстві деяких штатів США передбачено, що за результатами п'ятирічного періоду роботи стосовно ВЕЗ має бути прийняте одне з двох рішень: або про припинення ВЕЗ, або про подальшу протягом 25-30 років їх роботу (див.: *Проскурін В.* Міфи про СЕЗ // *Економіст*. – 2003. – №3. – С. 65). В Україні в листопаді 2003 р. накладено мораторій на створення нових ВЕЗ до з'ясування їх ефективності (див.: *Закон України від 27. 11. 2003 р. «Про Державний бюджет на 2004 рік»* // *Відомости Верховної Ради України*. – 2004. – № 17-18. – Ст. 250).

² Див.: Буткевич О. В. Ліквідація пільгового режиму господарювання вільних економічних зон України// Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 4. – С. 160.

Разом із зазначеними кроками в напрямку припинення ВЕЗ і ТПР робляться й інші — в протилежному напрямку. Верховна Рада України прийняла постанову від 27 липня 2006 р. «Про основні напрями бюджетної політики на 2007 рік» та проект Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік». Постановою із посиланням на необхідність виправлення негативних наслідків обмеження функціонування спеціальних (вільних) економічних зон передбачається відновлення пільг і гарантій суб'єктів господарювання ВЕЗ і ТПР відповідно до режиму оподаткування, який діяв до 1 квітня 2005 р. Проектом Закону про бюджет передбачається не звільнення від податків, а запровадження інвестиційного податкового кредиту у вигляді відстрочки виплати податку на прибуток з обов'язковим цільовим використанням звільнених коштів, у першу чергу на модернізацію матеріально-технічної бази цих підприємств. Звільнення від сплати митних зборів передбачається поширювати виключно на непідакцизне обладнання, оснащення та комплектуючі до нього вироби, які не були у використанні. Пільги не поширюватимуться на сировину і товари так званої 1–24 групи, тобто на продовольчі товари. Проте ці пропозиції не підтримує Президент України, в тому числі з мотивів неприйнятності закріпленої в проекті позиції щодо реанімації податкових пільг під виглядом податкового кредиту.

Такі суперечливі дії влади ще раз свідчать, з одного боку, про нестабільність правового регулювання економічних відносин у державі, підвищену чутливість вектора правового регулювання економіки до коливань політичного вектора, а з другого — про переломний характер моменту стосовно подальшої долі ВЕЗ і ТПР. Видається, що для вирішення питання про доцільність їх функціонування необхідними є об'єктивний аналіз результатів діяльності ВЕЗ і ТПР, твереза оцінка як негативного, так позитивного досвіду їх регулювання і, найголовніше, формування чіткого плану подальших дій.

Метою цієї статті є узагальнення на основі аналізу чинного законодавства та думок, висловлених у науковій літературі, недоліків та переваг ВЕЗ і ТПР, а також формулювання й обґрунтування власних пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства з цих питань.

Нагадаємо, ВЕЗ згідно із Законом України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон» являє собою законодавчо визначену частину території держави, на якій спеціальним внутрішнім законодавством на певний строк для певних суб'єктів встановлюється спеціальний пільговий правовий режим господарської діяльності і створюються спеціальні органи управління з метою залучення інвестицій для досягнення законодавчо встановлених

економічних, соціальних та науково-технічних завдань. Визначення ТПР чинне законодавство не містить. У літературі ТПР визначається як територія, на якій склалися несприятливі соціально-економічні умови і на яких вводиться спеціальним режим інвестиційної діяльності¹.

Для забезпечення спеціального режиму господарювання у ВЕЗ і ТПР запроваджуються пільги, які умовно прийнято групувати в три категорії².

Митні пільги. Перш за все це звільнення від обкладання ввізним митом і податком на додану вартість під час ввезення в Україну устаткування, матеріалів, обладнання, призначених для реалізації того або іншого інвестиційного проекту, а також інші митні пільги, які характерні для окремих спеціальних економічних зон і пов'язані зі специфікою їх створення та функціонування. Слід зазначити, що у деяких нормативно-правових актах, які регулюють діяльність у ВЕЗ, передбачається можливість стягнення податків і мита у тому разі, якщо матеріали, устаткування, обладнання, сировина, комплектуючі вироби використовуються не за цільовим призначенням, тобто не для реалізації інвестиційних проектів. Ця правова норма покликана забезпечити належну спрямованість інвестицій і відповідальність суб'єктів господарювання.

Податкові пільги. Для усіх ВЕЗ, що функціонують на території України, характерні такі види податкових пільг: 1) повне або часткове звільнення від сплати податку на прибуток, одержаний у процесі реалізації інвестиційних проєктів (у нормативно-правових актах встановлено різні тимчасові строки дії таких пільг, що коливаються у межах від двох до шести років); 2) виключення з валового прибутку суб'єктів підприємницької діяльності сум інвестиційних вкладень у вигляді коштів, матеріальних цінностей, нематеріальних активів.

Валютно-фінансові пільги. Останні не є загальними для всіх ВЕЗ, однак вони мають важливе значення для інвесторів. Серед таких пільг можна назвати, наприклад, звільнення від обов'язку продажу надходжень в іноземній валюті від реалізації продукції, товарів (робіт, послуг), вироблених або наданих в зоні (ВЕЗ «Донецьк», «Азов», «Славутич»).

Головними цілями створення ВЕЗ і ТПР прийнято вважати такі: залучення вітчизняних та іноземних інвестицій і сприяння їм; активіза-

¹ Див.: Зельдина Е. Р. Специальный режим хозяйствования: проблемы и пути их решения: Монография. – Донецк, 2004. – С. 126.

² Див.: Зельдина Е. Льготные режимы в специальных экономических зонах (СЭЗ) и на территориях приоритетного развития: проблемы и пути их решения // Підприємство, господарство і право. – 2003. – № 7. – С. 6; Хозяйственное право: Учебник/ В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под. ред. Мамутова В. К. – К., 2002. – С. 850.

ція спільно з іноземними інвесторами підприємницької діяльності для нарощування експорту товарів і послуг; активізація зовнішньої торгівлі; залучення і впровадження нових технологій; розвиток інфраструктури ринку; поліпшення використання природних і трудових ресурсів; прискорення соціально-економічного розвитку України; розв'язання соціальних проблем тощо¹. Зазначені цілі завжди приводять як аргумент на користь розвитку ВЕЗ і ТПР в Україні. Крім цих «священних коров», прихильники функціонування ВЕЗ і ТПР в Україні вказують також на багатовікову практику їх існування у світі та на успішний сучасний зарубіжний досвід (найчастіше Китаю)².

Ми не будемо зосереджуватись на визначенні переліку і аналізі всіх переваг, які несуть з собою ВЕЗ і ТПР. Цьому питанню присвячено багато літератури. Загальновизнані переваги ВЕЗ і ТПР є значущими, перелік їх є дійсно широким і заперечувати їх неможливо. Тому звернемо увагу на протилежний бік барикади і узагальнює аргументи, що наводяться не на користь функціонування ВЕЗ і ТПР.

По-перше, *це відсутність реальних економічних і соціальних досягнень ВЕЗ і ТПР*. Якщо трезво дивитися на речі, то слід констатувати, що декларовані цілі запровадження ВЕЗ і ТПР залишились деклараціями. Можна скільки завгодно наводити звітно-статистичні дані, котрі підтверджують ефективність діяльності деяких ВЕЗ і ТПР, посилятися на недосконалість і суб'єктивність методик оцінки результатів їх діяльності, але в будь-якому разі очевидно, що економічного чуда не сталося. Так, певні досягнення деяких ВЕЗ і ТПР, звісно, є, але вони є цілком закономірними на загальному тлі зростання ВВП і оздоровлення економіки держави. Економічного буму на кшталт китайського у жодній з українських ВЕЗ і ТПР, на жаль, не спостерігається.

По-друге, *це висока собівартість ВЕЗ і ТПР для держави*. На відміну від показників ефективності інвестиційної діяльності підрахувати неoderжані державою податки доволі просто. Це можна зробити як окремо по кожному підприємству на підставі його податкової звітності, так і в загальному вигляді, використовуючи середньостатистичні дані

¹ Див.: Дерюгина С. В. Правовые аспекты понятия «свободная экономическая зона» // Государство и право. – 1997. – № 5. – С. 116; Пила В., Чмир О. Итоги и перспективы создания СЭЗ в Украине // Экономика Украины. – 1998. – № 8. – С. 28.

² Див.: Таран Л. В. Вказ. праця. – С. 23; Барчан Г. Мировой опыт создания и функционирования свободных экономических зон // Персонал – 2004. – № 4 – С. 25; Чжан Шуйбао. Специальные экономические зоны в Китайской Народной Республике и возможности опыта их деятельности в Украине // Юрид. вестник. – 2000. – № 2. – С. 86.

способів, за допомогою яких це робиться, людству відомі два: підвищення якості продукції і зниження собівартості її виробництва. В умовах ВЕЗ і ТПР з'являється третій спосіб — використання пільгового режиму господарювання. Останній на відміну від перших більше залежить від органів влади, органів місцевого самоврядування, а також органів адміністративно-господарського управління та контролю, ніж від самих суб'єктів господарювання. Крім згаданого механізму індивідуального відбору, суб'єктів господарювання розподіляє також територіальний критерій. Часто за межами ВЕЗ і ТПР, окресленими відповідним законодавчим актом, залишаються сусідні території, соціально-економічні проблеми й умови господарювання на яких є такі самі і потребують не меншої уваги. Так, міста Трускавець і Моршин є курортно-лікувальними центрами, але перший користується пільгами ВЕЗ, а другий — ні, чим порушується справедливість конкуренції¹. Інший приклад: занадто велика площа ВЕЗ. Однією з причин невдалого функціонування ВЕЗ «Закарпаття» є віднесення до її території Указом Президента України всієї Закарпатської області², а це може зумовити порушення ієрархічності управління економікою³.

Узагальнення думок щодо причин наявності таких негативних проявів функціонування в Україні ВЕЗ і ТПР дозволяє назвати як основні такі: недостатнє наукове розроблення проблематики ВЕЗ і ТПР на доктринальному рівні; недосконале правове регулювання механізмів запровадження й функціонування ВЕЗ і ТПР; відсутність об'єктивного й прозорого механізму доступу до режиму ВЕЗ і ТПР; відсутність єдиних об'єктивних критеріїв оцінки ефективності діяльності в ВЕЗ і ТПР; недосконалість механізмів моніторингу і контролю; використання ВЕЗ як елемента патерналізму регіональним елітам з боку місцевої влади; невдалі вибір територій та визначення кордонів ВЕЗ і ТПР; об'єктивно необумовлена неоднорідність правового регулювання в різних ВЕЗ і ТПР; відсутність принципової правової межі між ВЕЗ і ТПР, що веде до змішування цих понять.

Викладене приводить до висновку про необхідність термінового розв'язання проблеми, що склалася в Україні із ВЕЗ і ТПР. При цьому вбачаються два шляхи: або кардинальне реформування, або припинення існування ВЕЗ і ТПР.

¹ Див.: Бузко Л. Спеціальні економічні зони: be or not to be... // Гал-info.

² Див.: Указ Президента України від 09. 12. 1998 р. № 1339/98 «Про спеціальну економічну зону «Закарпаття»» // Офіц. вісник України. — 1998. — № 49. — Ст. 1789.

³ Див.: Принц Г. Вільна зона: що, де, як? // Віче. — 1999. — № 12 (93). — С. 34.

У разі прийняття законодавцем рішення про збереження ВЕЗ і ТПР під час їх подальшого реформування обов'язково слід урахувати набутий за роки їх існування досвід (дуже цінний в усіх сенсах цього слова) з метою уникнення або зменшення негативного впливу виявлених проблем. Видається, що для цього необхідно здійснити низку заходів, основними з яких можна назвати такі: уніфікувати законодавство про ВЕЗ і ТПР з метою їх регулювання в рамках ВЕЗ на базі спільних принципів і норм; закріпити принцип, згідно з яким спеціальний режим ВЕЗ є винятком із загального правила, яке допускається тільки в особливих випадках; на базі ґрунтовних наукових досліджень та всебічного аналізу соціально-економічної ситуації законодавчо визначити вичерпний перелік таких випадків; закріпити правило, за яким запровадження ВЕЗ здійснювалося б лише тоді, коли інших шляхів розв'язання відповідних проблем не існує, або розв'язання їх за допомогою ВЕЗ є набагато ефективнішим; переглянути перелік існуючих ВЕЗ і ТПР, закривши непрацюючі (такі, де не зареєстровано жодного інвестиційного проекту), явно неефективні та, найголовніше, штучні (створені спеціально для «оптимізації» оподаткування); чітко встановити межі ВЕЗ і у відповідних випадках делімітувати і демаркувати їх кордони, обмежити доступ до їх території (з метою запобігання використання ВЕЗ як «митних шлюзів»); встановити загальні для всіх ВЕЗ правила моніторингу їх діяльності, критерії оцінки ефективності, способи контролю з боку держави та громадськості, заходи відповідальності суб'єктів господарювання за нецільове використання наданих їм пільг тощо; визначити і закріпити на законодавчому рівні об'єктивні критерії кваліфікаційного відбору проектів, що реалізуються в рамках ВЕЗ; замість довільного розробити явочний механізм доступу суб'єктів до ВЕЗ, який би забезпечував, з одного боку, надання пільг тільки для тих проектів, котрі відповідають кваліфікаційним вимогам, а з другого — рівні можливості участі всіх бажаючих і виключав суб'єктивний чинник у вирішенні цього питання.

В разі ухвалення остаточного вердикту про припинення існування ВЕЗ і ТПР в Україні також необхідний системний підхід. Не можна здійснювати припинення похалцем і нашвидкоруч. Такий підхід до припинення ВЕЗ і ТПР може завдати ще більше шкоди, ніж саме їх існування. Слід пам'ятати про сумний досвід боротьби із підприємствами з іноземними інвестиціями, котрі, скориставшись прорахунками законодавця, здобули собі в судових баталіях право існувати в своєрідному податковому офшорі протягом багатьох років¹. Як свого часу Закон України «Про іноземні інвестиції», так і

¹ Див.: *Бринцев О.* До питання про право іноземного інвестора на гарантії від змін законодавства // *Предпринимательство, хозяйство и право.* – 2000. – № 8. – С. 19.

сьогодні кожний спеціальний закон про створення й функціонування конкретної ВЕЗ і ТПР містить норму, яка передбачає, що у разі зміни законодавства України з питань оподаткування, інвестиційної діяльності та митного регулювання суб'єктів ВЕЗ на їх вимогу протягом періоду функціонування конкретної ВЕЗ застосовуються особливості оподаткування, митного регулювання, передбачені цим спеціальним законом, на день їх реєстрації як суб'єктів конкретної ВЕЗ. Таким чином, дана норма прямо вказує на те, що суб'єкти кожної конкретної ВЕЗ мають право вимагати застосування до них податкових, митних та інших пільг, установлених чинним законодавством на момент їх реєстрації як суб'єктів ВЕЗ.

Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» та до деяких інших законодавчих актів України» скасовано пільги ВЕЗ і ТПР і зазначену гарантію від зміни законодавства. При цьому, однак, законодавець не вирішив питання про дію відповідного закону в часі, що дає підстави для постановки питання про можливість застосування до суб'єктів ВЕЗ, які вже реалізують інвестиційний проект відповідно до умов договору (контракту), пільг, котрі були встановлені законодавцем на момент їх реєстрації як суб'єктів ВЕЗ і застосування котрих гарантувала виключена норма. До того ж, Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» та до деяких інших законодавчих актів України» є бюджетним законом, а тому відповідно до ст. 1 Закону України від 26 червня 1991 р. «Про систему оподаткування» пільги щодо оподаткування не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів про оподаткування. Такі порушення законодавчих норм і неузгодженості між ними в сукупності призводять до того, що всі правовідносини, які сьогодні існують у державі в зв'язку з функціонуванням та припиненням функціонування ВЕЗ, є спірними.

Ініціатори припинення ВЕЗ і ТПР свого часу в 2005 р. не скористалися порядком ліквідації ВЕЗ, визначеним Законом України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон». Згідно з ним ВЕЗ може бути ліквідована законом, прийнятим Верховною Радою України до закінчення строку, на який вона була створена, за поданням Президента України або Кабінету Міністрів України. Сьогодні ж вони не можуть скористатися цим порядком з огляду на розстановку сил на політичній арені держави. Тому залишається лише сподіватись, що ефект від припинення ВЕЗ і ТПР таким, м'яко кажучи, сумнівним шляхом перевищить негативний вплив на міжнародний інвестиційний імідж України.

Надійшла до редколегії 20. 11. 06

дилися до відстоювання його або монічної природи та відповідно ретельного аналізу виділеної тим чи іншим автором окремої правової іпостасі договору, або, навпаки, багатопонятійного тлумачення та виявлення всіх можливих форм його прояву (комплексне розуміння договору як угоди, підстави виникнення правовідносин та форми, якої набуває угода, виникло ще у стародавніх римлян).

Підтримуючи в цілому погляди на договір як багатоаспектне правове явище, вважаємо, що на нормативному рівні з метою однозначного розуміння юридичної термінології та запобігання виникненню юридичних колізій має відобразитися розуміння договору як однієї із його правових іпостасей.

Сам термін «юридична конструкція» досить часто зустрічається в науковій літературі, однак застосовується далеко не однозначно. Одні автори ототожнюють юридичну конструкцію з логічною дедукцією (одиницею логічного мислення); другі — з граматичною конструкцією, визначенням понять; треті — з теоретичними положеннями; четверті — із засобами юридичної техніки, адже їх побудова є одним із конкретних випадків використання моделювання як методу пізнання в правовій науці; п'яті — із засобами регулювання суспільних відносин, ключовим елементом власного змісту права та ін. Юридичним конструкціям, підкреслює А. Черданцев, властиві більшість рис і функцій, притаманних моделям взагалі; як ідеальна модель вони слугують формою відображення дійсності взагалі. *В юридичній конструкції відображуються тільки ті сторони, елементи та властивості суспільних відносин, які врегульовані або можуть бути врегульованими нормами права, відповідно являють собою предмет дослідження саме юридичної науки* (виділено мною — В. М.). Дослідження юридичної конструкції дає змогу одержати більш узагальнені та поглиблені знання про кожні реально існуючі правовідносини¹. В свою чергу, законодавець, спираючись на досягнення юридичної науки, починає свідомо використовувати юридичні конструкції, створені наукою, як засіб побудови нормативного матеріалу. Юридична конструкція може розглядатися і об'єктивно — як засіб правового регулювання, і предметно — як наукова юридична модель²; вона є настільки багатогранним правовим феноменом, що може використовуватися у кожному із названих значень. Первісно юридична

¹ Див.: Черданцев А. Ф. Юридические конструкции, их роль в науке и практике // Правоведение. — 1972. — № 3. — С. 12-13.

² Див.: Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Рос. юрид. журнал. — 2000. — № 3. — С. 27-28.

конструкція виникає як ідеальна модель, сукупність елементів, котра дозволяє дослідити суспільне відношення як об'єкт правового впливу. Після того як об'єкт пізнання досліджено, чітко виявлено змістові характеристики елементів конструкції, остання використовується як засіб побудови нормативно-законодавчого матеріалу, формування термінологічної бази, інакше кажучи, як правовстановлюючий засіб. Юридичною конструкцією можна оперувати з метою формування, обґрунтування теоретичних висновків, а вже у площині правотворчості збудована юридична конструкція виступає як правовий засіб. Крім того, розроблення більшості правових дефініцій неможливе без побудови відповідних теоретичних конструкцій, в противному разі зміст відповідних дефініцій матиме суто формальний характер.

Отже, одним з найважливіших є аспект розуміння категорії «юридична конструкція» як засобу побудови нормативно-законодавчого матеріалу, формування термінологічної бази, який дозволить сформулювати загальне визначення цієї категорії та вирішити інші важливі питання, зокрема окреслити коло підстав визнання недійсним відповідного договору тощо. Теоретичні дослідження господарського, зокрема комерційного, договору підпорядковані практичній меті, якою є ефективна реалізація господарських зв'язків, досягненню котрої, як слушно зазначає М. Овчинников, повністю відповідає погляд на нього як на теоретичну конструкцію, певну систему елементів, що дають змогу ідентифікувати те чи інше відношення як договірне¹. Системою є будь-яка концептуальна сукупність взаємопов'язаних складових, що об'єднуються прямими чи зворотними зв'язками в ціле. Цілісність виникає як система зв'язків між вихідними компонентами. В процесі розвитку цілісного об'єкта змінюються і частини цілого, і сама ця цілісність. Наведені положення використовуються та розвиваються в сучасному філософсько-методологічному напрямі, який одержав назву «системний підхід», та, як справедливо відзначив Б. Пугінський, повною мірою може застосовуватися до такої цілісності як договір².

Нині в правовій науці чітко виокремлюють три основні теорії договору, які намагаються розкрити сутність означеної юридичної конструкції: «консенсуальна теорія» (договір — це домовленість сторін про встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків); «теорія обіцянки» (договір — це обіцянка або набір обіцянок, на які може поклатися контрагент) та «актова теорія» (договір — це спільно, на підставі згоди, здійснені

¹ Див.: Овчинников Н. И. Понятие и классификация хозяйственных договоров: Учеб. пособ. — Владивосток, 1970. — С. 35

² Див.: Пугинский Б. И. Вказ. праця. — С. 41.

відокремлені волевиявлення двох чи більше уповноважених суб'єктів права, спрямовані на регулювання їх поведінки). Відповідно міжгалузева класифікація договорів у межах консенсуальної теорії представлена нормативними договорами (форма позитивного права) та договорами — угодами / правочинами; в межах актової теорії — нормативними й індивідуальними договірними правовими актами, до яких віднесено загальноцивільні (побутові), шлюбні, спадкові, екологічні, трудові, господарські, зокрема комерційні (підприємницькі), договори тощо.

Прихильники тієї чи іншої теорії, що намагається пояснити сутність договору, дійшли висновку про те, що, незважаючи на відмінності між різногалузевими договірними конструкціями, *договір як загальноправовий засіб регулювання суспільних відносин має єдиний «стрижень»*. Наявність спільного «стрижня» є особливістю будь-яких загальноправових конструкцій, що використовуються у різних галузях права.

Загальний «стрижень» загальноправової юридичної конструкції «договір» більшість дослідників пояснюють за допомогою таких понять, як «консенсус», «угода», «згода», «домовленість».

При характеристиці договору особливе значення має його консенсуальність — договір і консенсус як стан згоди за спірними питаннями нерозривно взаємопов'язані. При цьому в одному випадку консенсус є необхідною передумовою правовідносин, у другому — результатом, якого прагнуть суб'єкти¹. А. Корецький до загальних елементів договірної конструкції, крім угоди сторін про встановлення прав та обов'язків, зараховує: намір сторін добровільно виконати договір; суб'єктивну виконуваність; юридичний дозвіл; забезпеченість заходами державного впливу. При цьому він зазначає, що вичленовування «скелету» договору та включення його (повністю або в основній своїй частині) у визначення поняття договору дозволить надати йому міжгалузевого характеру та розробити теоретико-правове вчення про договір. Конструктивні елементи юридичного договору створюють його своєрідний «каркас» (матрицю), наклавши який на конкретне суспільне відношення можна визначити, чи є останнє договором².

Договір — це правовий інструмент, за допомогою якого сторони виражають та узгоджують свою волю³. З. Юдін у договорі як універсаль-

¹ Див.: *Первушин А. Г.* Хозяйственный договор в деятельности предприятий сельского хозяйства. — М., 1976. — С. 131-135.

² Див.: *Корецкий А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб., 2001. — С. 17-22.

³ Див.: *Смолков С. Н.* Недействительные сделки: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 03 / Моск. акад. экономики и права. — М., 2004. — С. 7.

ному регуляторі суспільних відносин вбачає наявність таких загальних елементів: 1) вільне волевиявлення; 2) згоду (домовленість) сторін за усіма істотними аспектами договору; 3) рівність сторін у договірних відносинах; 4) юридичні гарантії виконання договорів; 5) оплатний (за загальним правилом) характер дій сторін у вирішенні передбачених завдань; 6) взаємну відповідальність сторін за невиконання прийнятих обов'язків¹. О. Красавчиков, розкриває сутність договору за допомогою наступних ознак (характеристик): (а) будь-який договір виражається у згоді сторін; (б) договір — це правомірний юридичний акт, який спрямовано на встановлення, зміну чи припинення правового зв'язку його сторін; (в) універсальність договору (він є юридичною категорією більшості галузей права); (г) індивідуальність і неповторність будь-якого договору². До специфічних ознак, що дають змогу виокремити індивідуальний договір між інших правових явищ, О. Плюсіна відносить такі: 1) індивідуальний договір — це регулятор відносин між конкретними особами, і тільки для них його виконання є обов'язковим; 2) індивідуальний договір — це акт волевиявлень двох чи більше сторін; 3) піднормативний характер; 4) якість юридичного факту; 5) наявність певної процедури укладення та відповідної форми. З огляду на ці ознаки авторка розглядає індивідуальний договір як юридичний акт, що закріплює узгоджене волевиявлення сторін, містить індивідуально-визначені обов'язкові для них юридичні приписи та спрямований на регулювання й саморегулювання відносин між людьми, їх колективами та організаціями³.

Г. Дерев'янка вважає, що обов'язковими елементами договору (які у даному дослідженні одержали назву базових системоутворюючих. — В. М.) є: угода сторін; спрямованість угоди на досягнення відповідного правового результату, свобода вираження волі сторін⁴. Р. Халфіна зазначає, що договір становить собою угоду сторін, їх узгоджене волевиявлення, спрямоване на досягнення відповідного результату⁵. Б. Пугінський визначає договір як юридичний засіб організації конкретних зв'язків суб'єктів шляхом встановлення їх учасниками взаємних прав та обо-

¹ Див.: Юдін З. М. Вказ. праця. — С. 10.

² Див.: Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор и его функции / Под ред. Красавчикова О. А. — Свердловск, 1980. — С. 7-9.

³ Див.: Плюсіна О. В. Индивидуально-правовые договоры: природа, практика реализации и толкования: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 01 / Костром. гос. технолог. ун-т. — Кострома, 2003. — С. 15-16.

⁴ Див.: Деревянка Г. Ф. Договор: Лекция для студентов Новосибирского ин-та советской кооперативной торговли. — Новосибирск, 1966. — С. 3.

⁵ Див.: Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. — М., 1954. — С. 50.

в'язків, виконання яких спирається на державний примус¹. А. Бобкова розглядає договір, що опосередковує господарську діяльність, як правовий засіб організації конкретних виробничих і комерційних зв'язків суб'єктів господарської діяльності шляхом вільного формулювання та встановлення їх взаємних прав та обов'язків, виконання яких спирається на можливість застосування державного примусу². О. Беляневич тлумачить господарський договір як засноване на згоді сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язання між суб'єктами господарювання, суб'єктами організаційно-господарських повноважень, негосподарюючими суб'єктами — юридичними особами, змістом якого є взаємні права та обов'язки у галузі господарської діяльності³.

Деякі дослідники заперечують визначення договору через термін «угода (домовленість)». Наприклад, В. Баранов відзначає, що терміни «угода», «домовленість», «контракт» мають розглядатися як синоніми поняття «договір», у зв'язку із чим неможливо за їх допомогою виявити сутність договору⁴. Однак в юридичному аспекті терміни «договір» та «угода (домовленість)» не є синонімами. Договорами слід вважати тільки ті юридично значущі угоди (домовленості), які слугують підставою виникнення (зміни чи припинення) правовідносин⁵.

Отже, як слушно відзначає Ш. Калабеков, такі поняття співвідносяться між собою як частина та ціле; відповідно термін «угода (домовленість)» є більш ширшим за своїм змістом, ніж термін «договір». Разом з тим він справедливо акцентує на тому, що *при використанні терміна «угода» маєтись на увазі, що її досягненню повинен передувати відповідний процес узгодження волі його учасників шляхом обговорень, переговорів*. У той же час низка договорів не є результатом переговорів у власному сенсі цього слова. Угода в таких договорах виражається у *згоді сторін підпорядкуватися заздалегідь підготовленим договірним умовам*. Саме з цих міркувань Ш. Калабеков пропонує будувати визначення договору не за допомогою терміна «угода (домовленість)», а використовуючи словосполучення «акт згоди»⁶. Безперечним аргументом на ко-

¹ Див.: Пугинский Б. И., Сафиуллин Д. Н. Правовая экономика: проблемы становления. — М., 1991. — С. 144.

² Див.: Бобкова А. Г. Правове забезпечення рекреаційної діяльності. — Донецьк, 2000. — С. 200.

³ Див.: Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія. — К., 2006. — С. 61-62.

⁴ Див.: Теория государства и права /Под ред. В. К. Бабаева. — М., 1999. — С. 274.

⁵ Див.: Некрасова М. Е. Вказ. праця. — С. 21.

⁶ Див.: Калабеков Ш. В. Вказ. праця. — С. 23-25.

По-перше, згідно з п. 4 ст. 179 ГК України при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати їх зміст на основі: вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству; примірному договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст; типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли *сторони не можуть відступати від змісту типового договору*, але мають право конкретизувати його умови; договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли *ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на його змісті*¹. По-друге, навіть, якщо у сфері підприємницької діяльності договір став наслідком переговорів, чітке нормування окремих параметрів здійснення такої діяльності (запровадження технічних регламентів, механізму квотування тощо) безпосередньо впливає на зміст деяких договірних умов (відповідно якості й кількості товару та ін.), тобто презумується, що сторони, уклавши відповідний договір, погодилися дотримуватися означених параметрів. По-третє, істотні умови з'являються у договорі внаслідок державного примусу (імперативної норми) чи узгодженої волі його сторін. Імперативна (примусова) норма діє незалежно від волі сторін (виключає автономію їх волі), відповідно існує презумпція, що при укладенні певного різновиду договору сторони погодилися на дію існуючих в договірному праві імперативних приписів. При цьому вирізняються два види велень (імперативних приписів), що містяться в імперативній нормі, яка нормує договірні відносини щодо обов'язковості включення у договір: 1) певних умов з наданням сторонам свободи у формулюванні їх змісту (найбільш поширений вид велень); 2) певних умов з уже чітко сформульованим змістом. Більш того, в окремих

152

випадках укладення договору для однієї із сторін має обов'язковий характер *(інакше кажучи, існує презумпція згоди сторони, яка здійснює той чи інший різновид господарської діяльності, підкорятися імперативним вимогам чинного законодавства в цій сфері)*. Наприклад, згідно із Законом України від 3 березня 1999 р. № 464-XIV «Про державне оборонне замовлення» державні замовники виходячи із затверджених основних показників оборонного замовлення, укладають з виконавцями державні контракти. Вибір виконавців оборонного замовлення здійснюється шляхом проведення державними замовниками конкурсів (тендерів) у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. *У разі невизначення виконавця на конкурсній основі оборонне замовлення є обов'язковим, якщо воно не завдає збитків, і розміщується уповноваженим Кабінетом Міністрів України органом на: казенних підприємствах; державних підприємствах і організаціях; акціонерних товариствах, у статутному фонді яких контрольний пакет акцій належить державі; орендних підприємствах і організаціях, заснованих на державній власності; суб'єктах господарювання, які є єдиними виробниками або відповідно до законодавства України визнані такими, що займають монополію (домінуюче) становище на ринках тих видів товарів, які є предметом державного оборонного замовлення*¹. Прикладом цього є те, що суб'єкти господарювання, які забезпечують споживачів електроенергією, зв'язком, послугами залізничного та інших видів транспорту, а у випадках, передбачених законом, також інші суб'єкти *зобов'язані укласти договори з усіма спживачами їхньої продукції (послуг)*.

Як бачимо, договір, є багатогранним правовим феноменом, який *одночасно виступає актом правовстановлення* (у ньому проявляється автономія волі сторін щодо врегулювання їх взаємовідносин на власний розсуд, у межах дозволених законом — індивідуальне правове регулювання) та *актом правореалізації* (в таких її формах як додержання, виконання та використання). Отже, обов'язковим елементом договірної конструкції є акт згоди, який поєднує волю його учасників щодо встановлення, зміни або припинення їх взаємних прав та обов'язків у межах, окреслених законом, завдяки чому між ними утворюється правовий зв'язок.

Договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов. При цьому договір не просто виводить правила та регулює зв'язки, що виникли на його ґрунті, він безперервно впливає на них, коректує їх та управляє ними. Як головна ланка структури договору «акт згоди» не

¹ Див.: Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 17. – Ст. 111.

зникає з моменту виникнення зобов'язальних правовідносин, і тільки його існування продовжує дію договірних зобов'язань¹. У процесі виконання договору сторони за взаємною згодою можуть змінювати (коректувати) зміст договірних умов, припиняти зобов'язання, що виникли між ними, тощо. Між тим самі зобов'язання можуть мати у своїй підставі не тільки договір, а й інший юридичний факт (правопорушення, набуття, збереження майна без достатньої правової підстави). На необхідності дослідження теорії договору як складової частини теорії правового акта, якою охоплюються акти правотворчості, акти правозастосування (індивідуальні правові встановлення), акти тлумачення, наполягає також В. Іванов. У загальному масиві правових актів він вирізняє спільно здійснені у відповідній необхідній формі відокремлені волевиявлення двох або більше уповноважених суб'єктів права, спрямовані на регулювання поведінки цих чи інших суб'єктів, встановлюючи на основі згоди правовий результат. Одним із різновидів спільних правових актів є договір, котрий автор пропонує розглядати не як угоду, а як «акт згоди»; його унікальною ознакою він називає відокремленість волевиявлень його суб'єктів². Договору як акту згоди між його учасниками, відмічає Ш. А. Калабеков, притаманні такі ознаки: 1) визначення взаємних прав та обов'язків сторін; 2) обов'язкове передбачення певної поведінки; 3) спрямованість на виникнення або зміну прав та обов'язків сторін; 4) відповідна форма; 5) спрямованість на досягнення конкретної мети; 6) еквівалентний характер; 7) універсальність³. Слід звернути увагу на те, що поняття «елементи договору» (те, із чого утворюється власне договірна конструкція) та «ознаки договору» (властивості самих договірних відносин, що виникають на ґрунті укладеного між сторонами договору) не є рівнозначними. Так, правомірність, добровільність виконання, рівність сторін, взаємна відповідальність за виконання чи неналежне виконання, спрямованість на встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків, забезпеченість заходами державного впливу, оплатний характер тощо мусять розглядатися як ознаки договору (до речі, не всі з них мають універсальну природу).

В структурі правового акта, В. Іванов виділяє такі елементи: 1) суб'єкт (суб'єкти), статус якого (яких) дозволяє або зобов'язує здійснити акт;

¹ Див.: Казьмина М. А. Некоторые проблемы юридико-технического содержания договора и ответственности: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 03 / Рос. гос. ин-т интеллектуальной собственности. – М., 2006. – С. 31-32.

² Див.: Иванов В. В. Вказ. праця. – С. 23, 71, 138.

³ Див.: Калабеков Ш. В. Вказ. праця. – С. 37.

2) об'єкт; 3) зміст; 4) форма; 5) мета; 6) результат¹. Щодо структури договірної конструкції маємо зробити наступні зауваження. Дійсно, договір завжди здійснюється з певною метою, для якої він слугує засобом досягнення; договір не має юридичної сили, якщо його мета є протизаконною. Договір як акт згоди являє собою не просто розрізнені вольові дії кожної із сторін, він є виразом поєднання їх волі, що об'єктивується у згоді діяти відповідним чином, аби досягти бажаних результатів. При цьому запланований (бажаний) результат (результати) — це і є мета (цілі) договору, в той час як фактичний результат існує поза межами договірної конструкції та може не збігатися із запланованим (метою договору). Наприклад, комерційний договір укладається обома сторонами з метою одержання прибутку, при цьому не має значення, чи одержала фактично кожна із сторін прибуток. Що стосується об'єкта договору, то останній, на нашу думку, набуває якості самостійного сутнісного елемента тільки у договірних конструкціях, де домінує майновий компонент. У договорах, де превалює організаційний компонент (або майновий взагалі відсутній), «об'єкт договору» як певний корисний результат, що не має безпосереднього цінового вираження, поглинається поняттям «договірна мета» (запланований результат). Так, колективний договір укладається на основі чинного законодавства, прийнятих сторонами зобов'язань з метою регулювання виробничих, трудових та соціально-економічних відносин і узгодження інтересів трудящих, власників та уповноважених ними органів. Отже, нормування означених відносин, узгодження інтересів їх учасників є тим корисним результатом, який водночас слугує об'єктом (благам, з приводу одержання якого сторони вступили у договірні відносини) та метою колективного договору.

Нарешті, форма договору є не елементом його структури, а засобом вираження його змісту. Форма може обиратися майбутніми сторонами спільних актів самостійно чи приписуватися законом. За допомогою форми правовий акт стає доступним для сприйняття та відповідно, знаходить зовнішній вираз воля його учасників.

Підсумовуючи наведене, вважаємо, що загальноправова конструкція договору в найбільш узагальненому вигляді становить систему, яка утворюється з таких елементів: 1) згоди щодо встановлення, зміни або припинення взаємних прав та обов'язків; 2) змісту договору як сукупності прав та обов'язків, зовнішньою формою вираження яких є договірні умови; 3) сторін договору як суб'єктів, що досягли згоди; 4) мети договору як форми усвідомлення інтересів, що реалізуються за його допомогою.

¹ Див.: Іванов В. В. Вказ. праця. — С. 21-22.

Надійшла до редколегії 13. 11. 06

Ю. Атаманова, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Проблеми розбудови інноваційного права в контексті кодифікації інноваційного законодавства

Промислово розвинуті країни з останньої чверті ХХ ст. стали на шлях трансформації економіки в економіку нового типу — постіндустріальну, інформаційну, що припускає необхідність спрямування зусиль на широку підтримку та стимулювання проведення наукових розробок і випуску на їх основі продукції четвертого і п'ятого технологічних укладів, створення умов для залучення приватних інвестицій в інтелектуальний капітал, розв'язання проблеми забезпечення розвитку власної конкурентоздатності через якісне вдосконалення техніко-технологічних характеристик виробничих процесів та споживчих властивостей товарів. Їх успішний та суттєвий ривок в цьому напрямі актуалізував перед ін-

шими державами питання про необхідність цілеспрямованого та скорішого переведення національної економіки на засади постіндустріальної, інноваційної парадигми, що не стало винятком й для України. Зараз серед пріоритетних напрямків державної політики України в науково-технологічній сфері визнано розвиток національної інноваційної системи. Передбачається створити цілісну вітчизняну систему, яка має забезпечити інтеграцію освіти, науково-технологічної сфери та виробництва заради повного задоволення потреби української економіки у високо-технологічній продукції¹.

Зазначені об'єктивні світові тенденції та відповідні їм внутрішньо-державні завдання стимулюють виникнення попиту на інтелектуальні продукти та інноваційну продукцію, що з свого боку зумовлює активізацію людської діяльності, пов'язану із створенням та реалізацією наукових розробок. Іншими словами, в загальному вигляді науково-технічний прогрес та породжені ним трансформації економічної моделі до постіндустріальних засад обумовили виникнення й активізацію *особливого різновиду суспільних відносин — інноваційних*, які складаються з приводу розроблення, створення, комерціалізації і реалізації інтелектуальних та інноваційних продуктів.

Їх розвиток та поширення детермінували появу нового вектора в правотворчій діяльності держави — розроблення та прийняття нормативно-правових актів щодо регулювання інноваційних процесів. Тобто, під впливом суспільного та публічного запиту до стимулювання й активізації інноваційних процесів відбуваються накоплення та становлення відповідного правового матеріалу в системі законодавства — *інноваційного законодавства*. Затребуваність запровадження ефективного й дієвого правового механізму регулювання інноваційних відносин припускає проведення систематизації останнього для забезпечення всеохоплюючого впливу на інноваційні процеси. Виконання цього завдання зумовлює й актуалізує необхідність розроблення та прийняття *Інноваційного кодексу України* як комплексного нормативно-правового акта для забезпечення повного, узагальненого, узгодженого та системного регулювання інноваційних правовідносин, що складаються протягом повного інноваційного циклу, а також таких, що пов'язані із організаційним, фінансовим, правовим забезпеченням, стимулюванням, управлінням та контролем інноваційних процесів, тобто такого, що в цілому

¹ Див.: Інноваційна кузня // Голос України. — 2006. — 5 трав. — № 82. — С. 3.

зумовлюють систему права¹. Тому в міру зміни суспільних відносин з'являється необхідність і в нових юридичних нормах, що їх відображають. Незмінність системи права поряд із трансформацією й ускладненням суспільних відносин може мати негативні наслідки для суспільства, оскільки в такому разі відбувається консервація старих відносин, які вже не відповідають загальним потребам та не можуть їх задовольнити, а розвиток нових гальмується, що унеможливило суспільний прогрес та економічне зростання держави.

Запровадження ефективних правових механізмів вимагає констатування й урахування існування на даному етапі суспільного розвитку інноваційних відносин. Їх активізація стимулюється різними причинами: це й наявність попиту на нові розробки та нову продукцію, й необхідність підтримання конкурентоздатності власної продукції в ринкових умовах, й зацікавленість у зниженні виробничих витрат та підвищенні техніко-технологічних показників самого виробничого процесу. Крім цього, їх розвиток підтримується й державними інтересами для здійснення переходу до інноваційної моделі економіки, що виступає шляхом для соціально-економічного зростання країни, а опосередковано — й геополітичного та геоекономічного її іміджу.

Виокремлення правових норм, спрямованих на врегулювання певної групи суспільних відносин, виступає передумовою для формування окремого інституту, галузі чи підгалузі права, залежно від рівня охоплення своїм регулюючим впливом однорідних суспільних відносин. Поширення дії комплексу однотипних правових норм на певну сферу родових суспільних відносин вказує на їх галузеву належність, простих видових — на належність до правового інституту, а спеціальних видових, що поєднують певні групи простих суспільних зв'язків, — на належність до підгалузі. Як зазначає С. Алексєєв, від рівня регулювання правом поведінки в більшості залежать особливості структури права. Так, за загальним правилом, окрема юридична норма регулює поведінку на рівні операції, інститут права — поступку, галузь права — діяльності².

Центральне місце в інноваційних відносинах належить такому різновиду господарської діяльності, як *інноваційна діяльність*, що пов'язана із розробленням, підготовкою, впровадженням, використанням та комерціалізацією інновацій у сфері суспільного виробництва з метою одержання нової або суттєво вдосконаленої продукції, здійснення інно-

¹ Див.: Черданцев А. Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М., 1999. – С. 237.

² Див.: Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. С. С. Алексеева. – М., 1987. – С. 228.

ваційних робіт, надання інноваційних послуг, а також підвищення техніко-технологічних показників відповідної господарської діяльності та виробничого процесу. Відносини, що складаються протягом її здійснення або протягом реалізації інноваційного циклу, виступають однією з основних груп відносин, що потребують активного правового впливу. Вони складаються з трьох рівнів. *Перший* рівень займають відносини, пов'язані із створенням об'єкта інтелектуальної власності, який надалі становить основу інновації (з виконання науково-дослідницьких, дослідно-конструкторських та технологічних робіт, надання послуг з патентування, юридичного супроводу та правового захисту об'єкта інтелектуальної власності, відносини щодо володіння та використання прав на такий об'єкт). *Другий* рівень посідають відносини, що пов'язані з доведенням об'єкта інтелектуальної власності до стану інноваційного продукту — це відносини з розроблення інноваційного проекту, виготовлення дослідних зразків та партій, проведення проектно-конструкторських робіт, оформлення технічної документації на новий продукт, її стандартизації та ін. Завершується інноваційний цикл впровадженням інновацій у виробничій сфері, відносини з приводу чого становлять останній — *третій* — рівень.

Інноваційні відносини, що складаються протягом здійснення інноваційної діяльності (інноваційного циклу), набувають, як правило, характеру або господарсько-виробничих відносин (горизонтальні), або внутрішньогосподарських. Публічний інтерес у стимулюванні інноваційних процесів зумовлює активну участь держави у регулюванні інноваційної діяльності та контролі за її результатами, внаслідок чого серед інноваційних відносин виокремлюється така група, як відносини вертикального типу, або організаційно-господарські відносини, які мають місце при здійсненні керівництва діяльністю суб'єктів господарювання, залучених до інноваційних процесів.

Інноваційні відносини також складаються у зв'язку із доступом до необхідних ресурсів та одержанням допомоги від сторонніх суб'єктів, які не задіяні безпосередньо у реалізації інноваційного процесу, але діяльність яких сприяє успішному завершенню останнього, тобто на рівні інноваційної інфраструктури. Такі суспільні зв'язки мають комплексний характер, виникаючи навколо різнопланових, досить різнорідних питань, які, однак, об'єднані загальним кінцевим результатом — створенням відповідного інтелектуального або інноваційного продукту, а також його реалізацією як інновації. Наявність єдиного суспільно важливого наслідку взаємодії суб'єктів інноваційної діяльності та

суб'єктів інноваційної інфраструктури, в тому числі в загальнодержавному аспекті, надає підстави для виокремлення та поєднання таких суспільних відносин із відносинами, що складаються протягом здійснення інноваційної діяльності, а їх правове регулювання має здійснюватися через відповідні правові норми, зведені в єдину сукупність.

Відносини щодо інтелектуальних та інноваційних об'єктів складаються також у зв'язку із їх обігом на рівні відповідного інноваційного ринку, становлення якого зумовлено виникненням інноваційного попиту та пропозиції, а також виділенням серед загального числа суб'єктів господарювання спеціальних суб'єктів, які спеціалізуються на здійсненні наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності. Початковий етап становлення національного інноваційного ринку пояснюється недостатнім розвитком законодавства щодо регулювання обігу інноваційних об'єктів та його обмеженням фактично лише питаннями обігу майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності. Але підвищена затребуваність саме інноваційних продуктів для суб'єктів господарювання дає підстави очікувати у найближчому часі різке збільшення обсягу нормативної бази щодо регулювання інноваційного ринку.

При регулюванні відносин, пов'язаних із здійсненням інноваційної діяльності, виокремлюються два головні напрями — це регулювання відносин щодо прав на об'єкти інтелектуальної власності, а також встановлення zasad і правил здійснення окремого різновиду господарської діяльності — інноваційного. Їх поєднання при регулюванні загальної групи інноваційних відносин можна пояснити дуалістичною природою останніх, які пов'язані з реалізацією таких визначальних конституційних суб'єктивних прав, як право на творчу діяльність, у тому числі її результати, та право на здійснення підприємницької діяльності. Їх поєднання при здійсненні інноваційної діяльності зумовлює комплексний характер як інноваційного законодавства, так і відповідного правового утворення, яке охоплює норми права, що призначені здійснювати регулювання суспільних відносин, пов'язаних з винайденням, розробленням, впровадженням та комерціалізацією інтелектуальних та інноваційних об'єктів. Однак визначальне значення саме господарської діяльності, завдяки якій наукові розробки доводяться до стану інноваційного продукту та здійснюється їх реалізація як інновацій, виводить на перший план у регулюванні інноваційних відносин господарсько-правові норми, які дозволяють у цілому вирішити завдання із забезпечення інноваційних процесів. Наведені аргументи надають підстави визнати, що формування нового елемента у системі права, який регулює інноваційні відноси-

ни, відбувається у рамках господарського права із залученням певних правових норм та інститутів інших галузей, що продиктовано потребою розв'язання комплексної проблеми із формування правової бази функціонування національної інноваційної системи в цілому, а не окремих її елементів.

Таким чином, наявність багатьох обставин, що діють разом, дозволяє ставити питання про формування та майбутнє виокремлення нової підгалузі господарського права — інноваційного права, предметом якої виступають суспільні відносини, пов'язані із розробленням, створенням, комерціалізацією об'єктів інтелектуальної власності та інноваційних продуктів, а також їх впровадженням як інновацій. До *передумов* його становлення в загальному вигляді слід віднести зміни в соціально-економічній сфері відповідно до засад постіндустріальної парадигми; активізацію інноваційних процесів; соціально-політичну затребуваність інноваційної діяльності; підвищений державних інтерес до останньої із здійсненням її підтримання та стимулювання в руслі загальносвітових тенденцій соціально-економічного розвитку. Крім того, швидке поповнення законодавчого масиву щодо регулювання всієї сукупності інноваційних відносин надає імпульсу для активного розвитку і відповідного структурного елемента системи права, що дає підстави для констатації факту формування інноваційного права як підгалузі господарського права, ключовим моментом у становленні якого має стати прийняття Інноваційного кодексу України.

Інноваційне право, що формується як підгалузь господарського права, має в своєму арсеналі методи правового регулювання останнього, тобто одночасно використовує і диспозитивний, і імперативний методи, один з котрих, як правило, виступає домінуючим залежно від типу конкретних відносин, що підлягають регулюванню. Однак особливе значення в ньому надається заохочувальному методу, який реалізується через встановлення законодавцем спеціальних режимів та окремих пільгових умов для суб'єктів, задіяних в інноваційній сфері, чи інноваційних проєктів. Зокрема, спеціальним режимом інноваційної діяльності користуються зареєстровані проєкти з затверджених пріоритетних напрямів технологічних парків; суб'єктам інноваційної діяльності надається можливість одержати більш вигідні умови кредитування й одержання державної фінансової підтримки на реалізацію інноваційних проєктів, а для суб'єктів, що включаються до обслуговування інноваційної сфери, передбачається надання державних гарантій для мінімізації високих ризиків, характерних для інноваційних проєктів. У такий спосіб держа-

ва не лише здійснює власне регулювання інноваційних відносин, а й стимулює їх розвиток у потрібному напрямі. З цією ж метою використовується й метод рекомендацій, актуальний для встановлення пріоритетних для інноваційної діяльності галузей народного господарства, що підкреслює їх особливе значення в загальнодержавних масштабах, а практичне здійснення та впровадження інновацій в них, за задумом законодавця, мають користуватися державною підтримкою шляхом запровадження спеціальних програм із встановлення сприятливих організаційних та фінансових умов.

Отже, для інноваційного права характерне специфічне поєднання прийомів та засобів правового регулювання із особливим виокремленням заохочувального й рекомендаційного методів, що зумовлено особливостями інноваційних відносин, а також завданнями та інтересами держави в інноваційній сфері, та вказує на встановлення ним власного юридичного режиму.

Безумовно, інноваційне право знаходиться лише в стадії формування, становлення, але вже на даному етапі можна визначити такі його ключові елементи, як об'єкти та суб'єкти. Об'єктами власне інноваційної діяльності виступають інноваційні проекти, інноваційні продукти та інновації, а також супроводжувальні роботи та послуги. Зазначені об'єкти мають комплексний характер, оскільки охоплюють не лише права на об'єкти інтелектуальної власності, що становлять їх базовий, вирішальний елемент, а й результати інших робіт та послуг, пов'язаних із доведенням його до стану готовності до запровадження або безпосередньою реалізацією в реальному секторі економіки. Власне інновації, таким чином, виступають як впроваджений суб'єктом господарювання у виробничий процес результат комплексної інтелектуальної, науково-технічної та іншої необхідної для цього господарської діяльності, що ґрунтується на оформленому в установленому законом порядку об'єкті інтелектуальної власності та відповідає критеріям новизни та значущості. Однак при законодавчому закріпленні широкого розуміння інноваційної діяльності, яка охоплює в такому разі й наукову та науково-технічну діяльність, до її об'єктів слід віднести й результати інтелектуальної діяльності (наукові, науково-прикладні та інтелектуальні), які набувають економічної форми новацій або нововведень, а також самі об'єкти інтелектуальної власності, що виступають обов'язковим елементом власне інноваційних об'єктів.

Наявність попиту на певні товари зумовлює виникнення певної категорії суб'єктів, діяльність яких спрямована на його задоволення. Ви-

нищення інноваційного попиту з свого боку стало причиною появи спеціалізованої групи суб'єктів господарювання, для яких заняття саме інноваційною діяльністю обирається основним різновидом господарської діяльності, а головним результатом їх роботи стає створення інноваційного продукту та (або) випуск інноваційної продукції. В результаті такої спеціалізації зазначена категорія суб'єктів виокремлюється законодавцем та визнається ним суб'єктами інноваційної діяльності, на яких покладається виконання основної функції з реалізації інноваційних процесів. Проте, крім них, успішне здійснення повномасштабного інноваційного циклу залежить й від інших господарюючих суб'єктів, які сприяють або надають доступ до різноманітних ресурсів, затребуваних для доведення об'єкта інтелектуальної власності до стану інновації. До них належать кредитно-фінансові, страхові, інвестиційні, консалтингові та інші організації, які разом із іншими організаційними та правовими інститутами входять до інноваційної інфраструктури, що складає окремий елемент національної інноваційної системи.

Визнання існування спеціального виду суспільних відносин, які пов'язані із поширенням інноваційних процесів, виокремлення їх спеціальних учасників, а також встановлення відповідних об'єктів вказує на виникнення нового структурного комплексу в системі господарського права — *інноваційного права*, яке складається як вторинне за природою, комплексне та спеціальне правове утворення, що має всі юридичні задатки бути визнаним окремою підгалуззю господарського права. *Його основне призначення* — створення правової бази для регулювання інноваційних відносин, спрямування інноваційних процесів у державі, а в цілому для формування ефективної національної інноваційної системи.

Незважаючи на те що зараз ще зарано говорити про цілісний, повномасштабний та закінчений характер інноваційного права, об'єктивні зміни суспільних відносин, зумовлені та підштовхувані науково-технічним прогресом, виявляють неврегульовані ним питання та стимулюють його динамічний розвиток через прийняття спеціальних норм і формування спеціальних правових механізмів їх вирішення. А у світлі стратегічних завдань держави з формування інноваційної, постіндустріальної моделі економіки потреба у науково-теоретичному правовому дослідженні й якісному наповненні на підставі його результатів інноваційного права стає особливо актуальною.

Надійшла до редколегії 11. 12. 06

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

І. Бойко, доцент НЮА України

Забезпечення адміністративно-правовими засобами свободи вибору громадянами місця проживання

Стаття 33 Конституції України проголошує, що кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Ці права належать до невід'ємних прав людини і є проявом особистої свободи. Для сучасної людини такі права набувають особливого значення, адже умови життя потребують мобільності і нерідко мобільність стає життєвою потребою людини, яка повинна мати можливість вільно рухатися по країні та перебувати там, де це видається їй найбільш сприятливим для розвитку її особистості.

Сучасне життя характеризується динамічністю трудових ресурсів. Й перш за все йдеться про можливість громадян обирати собі заняття (роботу) на свій розсуд, у тому числі місце знаходження закладу (підприємства), де вони працюватимуть. З іншого боку, розвиток сучасних мереж зв'язку (зокрема, Інтернет) дає можливість особам не бути пов'язаними з місцем знаходження своєї роботи, а жити і перебувати там, де вони бажають. Усе це впливає на перерозподіл трудових ресурсів і, як наслідок, на мобільність громадян, зміни місця проживання та перебування.

Питання правового регулювання свободи вільного вибору місця проживання висвітлено в низці наукових статей, в яких здійснено спробу розглянути різноманітні аспекти інституту реєстрації місця проживання громадянина¹. Проте у правовому регулюванні свободи вибіру

¹ Див.: *Аносенков А.* Адміністративно-правове забезпечення права на свободу пересування потребує удосконалення // *Право України*. – 2003. – № 6. – С. 71-73; *Баймуратов М., Максименко С.* Імплементация нори міжнародного права про свободу пересування і вибір місця проживання у право України // *Там само*. – № 9. – С. 133-137; *Сатановська О.* Еволюція інституту прописки: що далі? // *Юрид. журнал*. – 2003. – № 4(10). – С. 34-36; *Максименко С. В.* Інститут прописки в Україні і права людини // *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*. – 2001. – № 2. – С. 92-97.

місця проживання ще залишаються деякі не вирішені питання. Саме спроба їх проаналізувати та запропонувати авторські шляхи вирішення є метою пропонованої статті.

Інститут реєстрації (раніше — прописки) у нашій країні має давню історію. За радянських часів та у перші роки незалежності України він існував як прописка громадян і мав дозвільний характер, що суперечило Конституції України 1996 р. Тому в 2001 р. Конституційний Суд України ухвалив рішення про визнання неконституційними положень щодо дозвільного характеру прописки. Це викликало необхідність прийняття нових законів з цього питання, які б відповідали ст. 33 Конституції України, а також розроблення підзаконних нормативно-правових актів на виконання цих законів.

Вільний вибір місця проживання за своєю сутністю є свободою людини, яка також є певною людською можливістю. Така думка висловлювалася і в науковій літературі¹. Стосовно свобод людини, то, як вважає П. Рабінович, держава повинна тільки охороняти і захищати відповідні можливості².

Поняття «охорона» і «захист» за своїм змістом є неоднозначними. Під охороною розуміють профілактичні заходи, які здійснюються державними органами шляхом попередження порушень прав громадян, а також з усунення різних перешкод для реалізації цих прав. Під захистом мається на увазі примусовий (стосовно зобов'язаної особи) спосіб здійснення порушеного права з метою його поновлення. Таким чином, охорона охоплює заходи, які застосовуються до порушення прав і свобод, а захист — заходи, які застосовуються після правопорушення для поновлення порушеного права³.

Саме про гарантування свободи вільного вибору місця проживання і йдеться в ст. 33 Конституції України. Особливістю юридичних гарантій забезпечення прав і свобод громадян є їх правовий характер. Питання про поняття та систему юридичних гарантій розглянуто в науковій літературі.

Так, на думку П. Недбайла, правові гарантії становлять передбачені законом засоби, що безпосередньо забезпечують правомірність поведінки суб'єктів суспільних відносин⁴.

¹ Див.: Динько О. Ф. Правова природа та зміст категорії «свобода пересування» // Держава і право. — 2002. — № 15. — С. 162 — 166.

² Див.: Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). — Х., 1997. — С. 7.

³ Див.: Пучкова М. В. Обеспечение прав граждан органами управления союзной республики / Отв. ред. Б. М. Лазарев. — М., 1987. — С. 14.

⁴ Див.: Недбайло П. Е. Система юридических гарантий применения советский правовых норм // Правоведение. — 1971. — № 3. — С. 44.

І. Самощенко визначає юридичні гарантії як спеціальні нормативно-правові засоби, що гарантують неухильне виконання вимог права всіма учасниками суспільних відносин і забезпечують поновлення порушених прав¹.

Забезпечення реалізації, охорони й захисту прав, свобод і обов'язків людини і громадянина передбачає створення юридичних гарантій. Законодавство розмежовує реалізацію прав і обов'язків та їх охорону (захист). Реалізація у своєму змісті передбачає забезпечення прав і обов'язків і безпосередню реалізацію. Під забезпеченням слід розуміти, з одного боку, систему гарантування, тобто загальні умови та спеціальні (юридичні) засоби, що сприяють правомірній реалізації, а з другого — спрямування діяльності державних органів з створення умов для реалізації прав, свобод і обов'язків громадян. Значення забезпечення полягає в тому, що на цій стадії реалізації створюються передумови і засоби, необхідні для фактичного втілення правової норми в життя.

Безпосередня реалізація являє собою процес спеціальної діяльності як самого носія права, свободи або обов'язку, так і зобов'язаних відносно нього органів або посадових осіб.

До юридичних гарантій реалізації права або свободи громадянина відносять правові засоби, що конкретизують зміст права, зокрема його межі, закріплені в чинному законодавстві, юридичні факти, з якими пов'язується реалізація прав, свобод і обов'язків.

Таким чином, гарантування свободи вільного вибору місця проживання здійснюється перш за все через її юридичне закріплення. Декларовану в Конституції України норму про свободу пересування та вільний вибір місця проживання розвинуто у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання».

Основною категорією цього Закону є поняття «місце проживання громадянина». Воно тлумачиться в декількох нормативно-правових актах. Так, у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання» під місцем проживання громадянина розуміється адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік.

ЦК України місцем проживання фізичної особи визначає житловий будинок, квартиру, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово (ст. 29).

¹ Див.: *Самощенко І. С.* Охрана режима законности советским государством. — М., 1960. — С. 64.

Аналогічна норма міститься в ст. 1 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». В останньому випадку в правовій нормі зазначено також на певну адресу, що характеризує місце проживання фізичної особи.

На нашу думку, в ЦК України правильніше визначено поняття місця проживання фізичної особи, оскільки ним може бути конкретне приміщення, яке має свою адресу, а не тільки адміністративно-територіальна одиниця, де мешкає громадянин. До того ж місцем проживання слід також вважати заклади для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, дитячі будинки сімейного типу, спеціальні заклади для престарілих, інвалідів, ветеранів, установи кримінально-виконавчої системи.

Однією із ознак місця проживання є наявність адреси мешкання. Це, так би мовити, юридична адреса фізичної особи. Адреса важлива для врегулювання різноманітних відносин: податкових, пов'язаних з діяльністю органів внутрішніх справ, у сфері підприємницької діяльності тощо.

Реалізація свободи вибору місця проживання має адміністративно-правовий аспект, оскільки безпосередньо пов'язана з діяльністю органів внутрішніх справ. І в цьому аспекті вільний вибір місця проживання трансформується в інститут реєстрації місця проживання фізичної особи. Реєстрація як адміністративна процедура полягає у внесенні відомостей до паспортного документа про місце проживання або перебування із зазначенням адреси житла особи та внесенням цих даних до реєстраційного обліку відповідного органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації.

Право вільного вибору місця проживання не є абсолютним. Воно межує з правами інших громадян. Гегель писав: «Будь особистістю і поважай інших особистостей»¹. Це означає, що громадянин може обрати для проживання не будь-яке приміщення, а тільки те, щодо якого він має право проживати в ньому на підставі власності на це житло, за умовами оренди житлового приміщення тощо.

Видається, що право зареєструвати місце проживання за певною адресою мають: 1) власники будинків (квартир); 2) наймачі житла; 3) члени сім'ї 1 і 2 категорій осіб; 4) особи, які одержали згоду від осіб 1, 2 і 3 категорій на проживання в приміщенні за даною адресою.

Останнє положення потребує пояснення. Йдеться про тих громадян, які не є членами сім'ї власників або наймачів житлових приміщень. Це

¹ Гегель Г. Ф. В. Філософія права. – М., 1990. – С. 90.

можуть бути інші особи (в тому числі родичі), щодо яких власник або наймач не заперечує проти проживання за даною адресою. У такому разі може не укладатися договір найма житла. І, як правило, перебування цих осіб за даною адресою є тимчасовим (навчання, лікування). Аналогічну думку висловив А. Аносенков. Він говорить про дозвіл на проживання, який мешканець будинку чи квартири міг би надавати особі, яка перебуває з ним у родинних відносинах¹. Проте вважаємо, що таку згоду чи дозвіл мають надавати всі особи, що проживають в даному приміщенні, а не хтось з мешканців.

З'ясуємо, чи є реєстрація місця проживання особи її правом або обов'язком. У науковій літературі висловлена думка, що особа одержала не право реєструватися там, де вона бажає, а обов'язок це зробити². Ми не погоджуємося з таким підходом.

Оскільки свобода вибору місця проживання не є абсолютною, а обмежена принаймні такою ж свободою інших осіб і має свої межі — права інших громадян на вибір місця проживання, остільки громадянин може обрати місце проживання, але тільки в певних варіантах. Було б некоректним стверджувати, що громадянин може зареєструватися там, де він бажає. Його свобода при цьому обмежується його певними можливостями (набути право власності (найма) на житло). В межах цих можливостей він дійсно може зареєструватися там, де бажає.

Вільний вибір місця проживання не можна ототожнювати з правом зареєструвати місце свого проживання або перебування. Адже в самому Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання» вказується на те, що громадянин України, а також іноземець чи особа без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, зобов'язані зареєструвати місце проживання (ч. 1 ст. 6)

До того ж Кодекс України про адміністративні правопорушення встановлює відповідальність за проживання без реєстрації, що також свідчить на користь того, що реєстрація — це обов'язок фізичної особи (ст. 197).

В Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання» передбачено, що єдиною підставою для реєстрації місця проживання особи є її заява про реєстрацію (ч. 4 ст. 6). На наш погляд, це не достатньо для реєстрації. Адже при здійсненні процедури реєстрації слід ураховувати, чи має особа право на проживання в приміщенні за даною адресою. В противному разі порушувались би права інших

¹ Див.: Аносенков А. Вказ. праця. — С. 71–73.

² Див.: Сатановська О. Вказ. праця. — С. 34.

громадян. Вважаємо, що підставою для реєстрації місця проживання громадянина за даною адресою також мають бути:

- 1) документ, що посвідчує право власності на житловий будинок або квартиру за даною адресою;
- 2) документ, що посвідчує право на проживання в квартирі чи будинку державної власності (ордер на вселення);
- 3) договір найма житла (піднайма);
- 4) документ, що посвідчує родинні стосунки осіб;
- 5) письмова згода власника або наймача житла та осіб, зареєстрованих з ним за даною адресою, на проживання і реєстрацію в даному приміщенні іншої особи.

Поняття членів сім'ї розкрито в Сімейному кодексі України. Ними є особи, які сумісно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права й обов'язки. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного рідства, всиновлення, а також на інших підставах, що не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 3).

Реєстрацію місця проживання дітей-сиріт, дітей, які знаходяться в дитячих закладах, осіб, засуджених до позбавлення волі, ми не розглядаємо, оскільки це не охоплюється вільним вибором місця проживання. Обов'язок зареєструвати місце проживання цих осіб покладатиметься на адміністрацію закладів, в яких перебувають зазначені особи.

Питання вибору місця проживання регулюють також норми житлового права. Так, ст. 47 Житлового кодексу України встановлює норму житлової площі в розмірі 13,65 квадратних метрів на одну людину. Ця норма являє собою розрахунковий норматив забезпечення житловою площею в узагальненому житловому фонді на одну людину і відображає принцип споживчого використання житлового фонду. Наука житлового права розглядає це положення як таке, що має значення, зокрема, для визначення розміру надання житлової площі громадянам, розміру зайвої житлової площі. На нашу думку, це положення слід ураховувати при здійсненні реєстрації громадян, зокрема, якщо реєструються особи, які не є членами сім'ї власника або наймача житлового приміщення. В такому випадку відсутність вільної для проживання житлової площі треба розглядати як обмеження для реєстрації місця проживання громадян.

Наведене дає змогу дійти висновків про те, що правове регулювання інституту реєстрації місця проживання фізичної особи потребує подальшого вдосконалення. Зокрема, доцільно встановити підстави для реєстрації фізичної особи за даною адресою. Ними має бути не тільки заява особи, а й документ, що підтверджує її право на проживання або

перебування в приміщенні за даною адресою. До того ж при реєстрації осіб, щодо проживання яких надана згода власника, наймача приміщення та інших осіб, що проживають у ньому, слід враховувати наявність вільної житлової площі з огляду на норми житлової площі, встановленої житловим законодавством України. Зазначені вимоги аж ніяк не повертають до встановлення дозвільного порядку реєстрації місця проживання фізичної особи. Вони регламентують реалізацію обов'язку особи зареєструвати своє місце проживання та забезпечують право громадян на особисту свободу і недоторканність житла.

Надійшла до редколегії 30. 10. 06

Ф. Фіночко, доцент НІОА України

Специфіка функцій управління

Вихідною теоретичною позицією цієї статті є понятійний апарат. Що таке функція? Функція управління — це теоретична абстракція. Термін «абстракція» походить від латинського *abstractio*, що в перекладі означає виділятися, відокремлюватися. Для теоретичної абстракції типова якість «всезагальності», що характерна для всіх конкретних функцій управління. В. Ленін вживав вираз «всезагальність» стосовно категорій, стверджуючи, що «будь-яке загальне є (частинка або сторона, або сутність) окремого»¹. В категорії «функція управління» також має знайти відображення те загальне, що є характерним для всіх окремих функцій державного управління. Поняття «функції» — це основні напрямки діяльності органів державного управління, виконавчої влади. Вони означають відповідну діяльність, певне коло робіт, що виконується яким-небудь матеріальним утворенням, чи то галузевими органами управління, чи то установами. Коли ставиться питання про дослідження змісту управління, необхідний функціональний аналіз, оскільки функції управління, які представляють види трудової діяльності, їх взаємодію, становлять зміст управління. Поняття «функціонування» тлумачиться як діяльність системи управління, реалізація функцій управління. Проблема дослідження функцій управління є найбільш актуальною, суперечливою і трудомісткою, бо її розв'язання приводить до зміни організації управління, раціоналізації всієї системи управління.

¹ *Ленин В. И.* Полное собрание сочинений. — Изд. 5-е. — Т. 29. — С. 318.

Концепція функціонального розмежування управління базується на положенні про те, що функції управління об'єктивні і постійні відносно їх виконавців. Управління є науковим тоді, коли дотримується принцип спеціалізації функцій управління. Існують різні класифікації управлінських функцій. Але ми, зважаючи на обсяг тематичного складу, зосередимо увагу на такому питанні, як функції управління, що відображають зміст процесу управління (специфіку загальних функцій управління).

В спеціальній літературі з управління є низка сформульованих функцій управління, в яких найбільш часто зазначаються такі ознаки: об'єктивність; складова, спеціалізована частина управлінської діяльності; єдність і однорідність змісту; конкретність; продукт процесу розподілу та спеціалізації управлінської праці; відокремленість і самостійність; однотипність методів виконання; цілеспрямованість; сукупність однорідних операцій; стабільність і повторюваність операцій тощо. Функцію характеризують: вид роботи, обов'язок, коло діяльності або робота, що підлягає виконанню; специфічна діяльність тваринного чи рослинного організму, тканин і клітин. У різних науках поняття «функція» тлумачиться специфічно, неоднаково: в психології — це результат складної рефлекторної діяльності¹; в соціології — використовується при характеристиці ролі і місця того чи іншого соціального утворення (групи, індивіда, соціального інституту) в системі більш широкого цілого². Звідси можна зробити висновок про те, що функція — це вид діяльності, складна діяльність, в процесі якої вирішуються завдання та здійснюється урівноваження матеріального об'єкта з середовищем, виробляється система зв'язків і відносин³. Слід також звернути увагу на те, що жодну управлінську функцію неможливо здійснити, не маючи інформації.

Функції державного управління — це порівняно самостійні, спеціалізовані частини змісту управлінської діяльності, що характеризуються певною цільовою спрямованістю та якісною однорідністю. Існують різні види управлінських функцій. З точки зору внутрішньої технології управлінської діяльності найчастіше виділяють такі, як прогнозування, планування, організація, регулювання, управління, координація, облік, контроль. Ці функції належать до загальних, або основних⁴.

Проблема прогнозування в державному управлінні та форм його юридичного опосередкування майже не вивчена у вітчизняній літературі.

¹ Див.: Лурія А. Р. Высшие корковые функции человека. – М., 1962. – С. 21.

² Див.: Социология в СССР. М., 1965. – Т. 1. – С. 501.

³ Див.: Смирнов Б. В. Функции управления социалистическим производством. — М., 1977. — С. 16.

⁴ Див.: Юридичний словник-довідник. – К., 1996. – С. 676.

Винятком є деякі статті та розділи окремих монографій, що побачили світ наприкінці 70-х років ХХ ст.¹ Прогнозування — це перша важлива функція творчої управлінської діяльності, пов'язаної з усіма циклами управління. Прогностична діяльність дозволяє правильно орієнтуватись у системі складних соціально-економічних відносин, визначати просторово-часові параметри організації і діяльності апарату управління, здатного передбачення зробити реальністю. Необхідність прогнозування як самостійної функції управління зводиться до такого. По-перше, планування і управління здійснюються заради конкретної мети, яка повинна бути реальною. Постановка правильної мети не мислиться без об'єктивного прогнозу розвитку подій, що має безпосереднє відношення до управляемого об'єкта. По-друге, розпочинаючи планування і управління, слід урахувати можливу дію чинників, що заважають досягненню поставленої мети, та завбачно їх запрограмувати, нейтралізувати або усунути. По-третє, в процесі планування і управління передбачати можливі наслідки окремих операцій. Прогнозування являє собою процес добування нової інформації про майбутню подію, явище або процес, що базується на об'єктивному дослідженні їх перспектив, ритму, темпів і строків розвитку з використанням досягнень сучасної науки. В державному управлінні прогнозування подається як: а) діяльність по передбаченню і б) діяльність по здійсненню експериментів.

Передбачення — це екстраполяційне відображення, вища ступінь випередження відображення дійсності².

Важливою також є правова регламентація процедур одержання інформації про майбутнє. Фахівці в галузі прогнозування виділяють три стадії цього процесу: а) ретроспекцію; б) діагноз; в) прогноз. Чіткість правового регулювання процесу передбачення — надійна гарантія ефективності здійснення цієї функції органами державного управління, виконавчої влади.

Функція планування присутня на всіх рівнях ієрархії управління. Вона полягає у визначенні мети, напрямів, завдань, засобів реалізації тих чи інших процесів (соціальних, економічних, політичних, культурних тощо), розробленні програм, за допомогою яких повинна бути досягнута мета. Шлях реалізації функції планування має такий схематичний вигляд: необхідність — завдання — функція — рішення (мета).

¹ Див.: *Кархин Г. И.* Связи настоящего и будущего в науке. Научно-техническая революция и управление. — М., 1970. — С. 121–150; *Эделинг Г.* Прогнозирование и социализм. — М., 1970. — С. 174–215.

² Див.: *Лисичкин В. А.* Теория и практика прогностики. Методологические аспекты. — М., 1972. — С. 12–20.

Методика планування ґрунтується на принципах науковості, комплексності, багатоваріантності рішень, виборі оптимального варіанту, нормативності. Науково обґрунтоване планування можливе лише на основі одержання повної всебічної інформації.

Якщо галузеве планування значною мірою забезпечено правовими засобами, що закріплюють і регулюють організаційні та регулятивні відносини, які виникають в процесі його здійснення, то цього не можна сказати відносно територіального планування. Тим більше, що на сьогодні залишаються не до кінця з'ясованими сутність, зміст останнього. Життя ставить нас перед необхідністю вивчати соціально-політичні, організаційні та юридичні аспекти територіального планування. Треба особливо виділити правові проблеми забезпечення територіального планування, оскільки право є доволі дієвим організаційним засобом державного регулювання суспільних відносин. Територіальне планування можна визначити як державну діяльність спеціальної системи планових органів, спрямовану на комплексне, науково обґрунтоване розв'язання проблем, котрі випливають із взаємодії різних господарських, соціально-культурних і адміністративно-політичних установ, що знаходяться в рамках окремих регіонів України.

В науковій літературі поняття «організація» вживається в різному смисловому значенні. Деякі автори вважають, що організація — більш широке поняття порівняно з управлінням. Коли ми говоримо про організацію, то розуміємо її як вид організаційної діяльності (функції), котра повинна забезпечити виконання плану (програми) або створює умови для прийняття певного плану.

Функція організації пов'язана зі створенням організаційного механізму. Мета цієї функції — сформувати керуючі та керовані системи, а також зв'язки і відносини між ними. Особливість функції організації щодо інших самостійних функцій полягає у тому, що це єдина функція, яка забезпечує взаємозв'язок і ефективність усіх інших функцій управління. Зміст функції організації включає створення органів управління, побудову структури апарату управління, формування управлінських підрозділів, ланок, розроблення положень про органи управління, встановлення взаємозв'язків між управлінськими структурами, добір і розстановку кадрів та ін. Значення організаційних заходів полягає в тому, що вони дозволяють перетворити на реальність ідею, вкладену в управлінське рішення. Як висновок, організаційна діяльність органів виконавчої влади здійснюється у двох напрямках: 1) організація системи ланок управління і 2) організація процесу управління. Вона побудована на

принципах державного управління, котрі являють собою «логічно впорядковану систему ідей, основних положень, які з допомогою критеріїв вибору, що містяться в них, адекватно виражають політичні й організаційні закономірності державного управління і в тій чи іншій мірі затверджені в чинному праві»¹. В основі системи органів в цілому та його окремих ланок лежать організаційно-технічні принципи побудови апарату управління. Значення цих принципів велике, бо вони дозволяють будувати різного роду структури на науковій основі для задоволення практичних потреб суспільного розвитку. Організація означає також реорганізацію та ліквідацію органів управління, підприємств, установ. Здійснення організаційно-структурних перебудов вимагає також наукового обґрунтування ліквідації органу або структурного підрозділу. Підставами ліквідації можуть бути: 1) дублювання роботи іншого органу (структурного підрозділу); 2) визнання функцій, здійснення яких було основним змістом роботи управлінської ланки, такими, що втратили своє значення; 3) поява можливості повністю централізувати або децентралізувати функції, які здійснювались даним органом; 4) наявність такого рівня розвитку комунікацій, які дозволяють подолати територіальну перегороду, збільшити діапазон керованості.

Правове забезпечення рухомості структур вимагає юридичного закріплення науковості організаційних перетворень. З цієї метою, на наш погляд, необхідно розробити і затвердити загальні положення про створення та ліквідацію органів управління і загальне положення про створення та ліквідацію структурних підрозділів органів, в яких доцільно передбачати основні вимоги, без врахування котрих не здійснювалися б перебудови в системі органів України. На сьогодні це питання в українській державі є вельми актуальним.

У цьому акті треба визначити низку питань: а) рівні системи органів, на яких слід приймати рішення про організаційно-структурні перетворення; б) джерела фінансування такого роду заходів; в) умови залучення експертів і фахівців органів управління до розроблення проекту структурних змін; г) етапи наукового обґрунтування процесу перетворення та ліквідації органів і структурних підрозділів відповідних органів. Координація як функція забезпечує узгодження діяльності систем управління. В теорії управління однією із малодосліджених функцій управління є координація. Функція координування забезпечує узгодження робіт усіх ланок системи управління і фахівців. Завдяки координуванню

¹ Яковлев Г. С. Аппарат управления. Принципы организации. – М., 1974. – С. 19.

забезпечується єдність відносин управлінської системи та систем управління. Воно виступає в формі доцільної співорганізованості їх дій. Мета координації — зробити узгодженою роботу всього управлінського апарату. Координація, як пише О. Лунев, «означає узгодження та об'єднання дій з метою швидкого і найбільш правильного вирішення завдань з найменшою витратою сил, грошових коштів та матеріальних цінностей»¹. В функції координування виразно простежується антиентропійна природа управління, в результаті чого усуваються всякого роду невизначеності в системі². Функція координування в управлінні відіграє роль, яку К. Маркс образно порівняв з роллю диригента в оркестрі³. Завдяки координуванню узгоджуються дії не тільки керівників усередині управлінської ланки, а й керівників інших управлінських структур. Загальним між регулюванням і координуванням є те, що вони однаковою мірою пов'язані з поняттями «норма», «нормативність» і вирішують основне завдання — зменшення ентропії і збереження стійкості системи.

Функція обліку пов'язана зі збиранням, передачею, зберіганням та переробленням даних, реєстрацією і групуванням відомостей про діяльність системи управління, наявність і витрати ресурсів та ін.

Облік є передумовою контролю. Поняття контролю багатозначне. Його можна розглядати у декількох аспектах: а) як функцію державного управління (вид, напрям управлінської діяльності); б) як стадію управління (певний етап управлінського циклу); в) як засіб забезпечення законності і дисципліни в державному управлінні. Контроль як важлива управлінська функція органічно пов'язаний з державним управлінням, є його невід'ємним складовим елементом. Він здійснюється у тісному зв'язку з іншими функціями управління. Важливими принципами контролю є: постійність, систематичність, універсальність, реальність, дієвість, оперативність, гласність. Управлінське значення контролю полягає в тому, що він, по-перше, виступає як інформація про перебіг процесу управління. По-друге, контроль є чинником оптимізації та кореляції інших функцій управління. Ця властивість контрольної діяльності випливає з того, що вона пронизує увесь процес виконавчої діяльності. Як завершальну стадію циклу управління ми подаємо контроль тільки ґносеологічно, абстрагуючись від реального процесу управління. В дійсності функції управління переплетені та взаємопов'язані.

¹ Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления. — М., 1974. — С. 178.

² Див.: Ланге О. Введение в экономическую кибернетику / Пер. с польск. — М., 1968. — С. 37.

³ Див.: Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. — Изд. 2-е. — Т. 23. — С. 342.

Контроль взаємодіє з усіма функціями і справляє на них вплив як регулятор, джерело зв'язку і оптимізації різних відокремлених видів управлінської діяльності. Контроль також є джерелом прийняття рішення. Кваліфікаційність контрольної діяльності — необхідна умова для прийняття ефективного рішення і створення сприятливих умов його виконання. Державний контроль має державно-владний, правовий характер, здійснюється різними державними органами в межах їх компетенції. В разі необхідності його дієвість і результативність забезпечуються застосуванням заходів державного примусу.

Для державного контролю характерні такі ознаки: а) між контролюючими і підконтрольними органами здебільшого існують відносини підпорядкованості, або підвідомчості; б) об'єктом уваги контролюючих органів є як законність, так і доцільність дій підконтрольних органів (контролюючий орган наділений правом втручання в оперативно-управлінську діяльність підконтрольного об'єкта, правом давання йому обов'язкових до виконання вказівок); в) контролюючий суб'єкт часто наділений правом безпосереднього скасування рішень підконтрольного об'єкта; г) у певних випадках контролюючий суб'єкт правомочний застосовувати щодо підконтрольного об'єкта відповідні заходи впливу за допущені ним порушення. Але різновидом контролю є нагляд. Треба зазначити вказати як на значний збіг цих понять, так і на їх відмінності. Доцільність виділення нагляду в самостійний вид зводиться до такого: 1) між органами (посадовими особами), що здійснюють нагляд, і піднаглядними об'єктами, як правило, відсутні елементи організаційної підпорядкованості (підлеглості); 2) суб'єкти нагляду не можуть утручатися в оперативно-управлінську (господарську) діяльність піднаглядних об'єктів з огляду на її доцільність; 3) діяльність об'єктів нагляду оцінюється тільки з погляду законності щодо належного додержання певних вимог; 4) зміст нагляду полягає в систематичному спостереженні за додержанням різними об'єктами нагляду загальнообов'язкових норм, спеціальних правил, вимог та стандартів, що існують у різних сферах управління; 5) суб'єктів нагляду наділено повноваженнями щодо самостійного примусу: припинення, запобігання, адміністративне стягнення¹.

В адміністративно-правовій літературі спостерігаються спроби розмежувати контроль і нагляд, і це виправдано з позицій навчального процесу, тобто в академічному, теоретичному плані. На наше переконання, дискусія відносно співвідношення контролю і нагляду лежить також

¹ Див.: Гончарук С. Т. Адміністративне право України: Навч. посіб. — К., 2000. — С. 163.

у площині таких категорій, як дисциплінарна й адміністративна відповідальність, а не тільки глибина і повнота контролю і нагляду. Але співвідношення контролю і нагляду виходять за межі змісту цієї статті і являють собою зовсім окрему тему дослідження. Розглянуті загальні функції управління необхідні для здійснення державного управління як на загальнодержавному рівні, так і на регіональних, місцевих, галузевих рівнях. Спеціальні функції (як найчисельніші) поділяються на види залежно від сфер управління. Така специфічність функцій присутня у сферах економіки, соціально-культурній, адміністративно-політичній.

Надійшла до редколегії 15. 01. 06

О. Дмитрик, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Вплив актів судової влади на формування і застосування фінансово-правових норм

Чи впливають акти судової влади на формування і застосування фінансово-правових норм в Україні? Це лише одне з багатьох питань, що потребують серйозного наукового вирішення у перебігу дослідження вкрай актуальної проблеми джерел фінансового права. Відмітимо, що сьогодні вивченню правової природи актів судової влади (судових рішень, судових прецедентів), окресленню їх ролі та значення у системі джерел права приділяється досить пильна увага як учених-правників, так і практиків. Зокрема, над цією проблемою на пострадянському просторі займаються представники теорії права і галузевих наук, наприклад, М. Марченко, О. Скаун, О. Кутафін, Ю. Тихомиров, Ю. Тодика, у фінансово-правовій галузі — М. Бондар, Ю. Крохіна, І. Кучеров, М. Кучерявенко, Г. Толстопятенко¹ та ін. Але ще й дотепер залишається не вирішеним це питання, навколо нього точиться запекла полеміка.

Порушена тематика дуже тісно пов'язана з вирішенням багатьох питань як правотворчої, так і правозастосовної діяльності. Особливого

¹ Див., напр.: *Марченко М. Н.* Источники права: Учеб. пособ. – М., 2005; *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права: В 6 т. – Т 2: Введение в теорию налогового права. – Х., 2004. – С 521- 549; *Налоговое право России: Учебник* / Отв. ред. Ю. А. Крохина. – М., 2003. – С. 108-158; *Толстомятенко Г. П.* Европейское налоговое право. Сравнительно-правовое исследование. – М., 2001.

значення вона набуває в умовах сьогодення, коли реформування усіх сфер життєдіяльності України потребує все більше грошових коштів, повнота і своєчасність надходження яких до державних фондів, зокрема до бюджетів, залежать від того, яким чином закріплені власні веління держави з цього приводу в праві, від форми їх об'єктивізації. Це зумовлює з'ясування й застосування оптимальної форми вираження та закріплення волі держави в праві, від якої, як відомо, залежить правильна і неухильна реалізація певних фінансово-правових норм. Отже, метою цієї статі є вдосконалення теоретичних знань щодо джерел фінансового права, зокрема, відповідь на питання: чи впливають акти судової влади на формування і застосування фінансово-правових норм?

Традиційно джерелами фінансового права визнають форму вираження правотворчої діяльності держави з приводу прийняття компетентними державними органами нормативних актів, що встановлюють норми фінансового права¹. Тому з'ясування джерел фінансового права зумовлено саме правотворчою діяльністю певних суб'єктів — організаційно врегульованою формою діяльності держави або безпосередньо народу, пов'язаною з офіційним вираженням і закріпленням норм права (що і проявляється у певному джерелі права). Крім того, джерелам фінансового права, як і джерелам права взагалі, притаманні відповідні ознаки, які характеризуються загальнообов'язковістю норм, що в них відображаються, й загальновідомістю², формальною визначеністю та юридичною силою (законністю). Водночас вони мають і певні особливості, зумовлені специфікою предмета фінансового права, а саме — специфічними відносинами, що виникають, змінюються і припиняються у процесі фінансової діяльності держави. Звідси у джерелах фінансового права закріплюються саме його норми — спеціальні приписи держави й органів місцевого самоврядування щодо мобілізації, розподілу і використання централізованих та децентралізованих публічних фондів. Такі приписи мають бути об'єктивовані у певній формі лише тими органами держави та органами місцевого самоврядування, які наділені відповідними правами. Отже, джерела фінансового права виступають формою вираження і закріплення фінансово-правових норм. «Норма права не існує і не може існувати поза джерела права — оболонки буття правової норми»³.

¹ Див. напр.: *Карасева М. В.* Финансовое право: Общая часть: Учебник. — М., 1999. — С. 75; *Фінансове право України: Підручник / За ред. М. П. Кучерявенка.* — К., 2004. — С. 49.

² Див.: *Кучерявенко Н. П.* Вказ. праця. — С. 524, 525.

³ *Зивс Л. С.* Источники права. — М., 1981. — С. 9.

Але чи можна вважати судові рішення такими, що відповідають зазначеним ознакам? Одностайної відповіді на це питання немає. На сьогоднішній час найбільш поширеними є такі точки зору. Наприклад, О. Скаун стверджує, що судовий прецедент, який є нормативним за змістом і казуальним за формою, являє собою самостійне джерело права і функціонує разом із законом та іншими офіційними джерелами права. Разом з тим авторка зауважує, що правова природа судового рішення і закону неоднакова, між ними не можна поставити знак рівності, проголосивши їх результатом дій законодавчої функції Конституційного Суду України та Верховної Ради України, оскільки Конституційний Суд не має загальних повноважень оцінювати й виносити рішення, ідентичні з оцінкою та рішенням парламенту¹. Є. Євграфова відмічає, що рішення та висновки Конституційного Суду органічно пов'язані з чинною системою національного законодавства, є її частиною, важливим джерелом права². Л. Морозова акцентує на тому, що особливий статус рішень Конституційного Суду серед актів судової практики дозволяє визнавати ці рішення джерелом права, оскільки вони виступають підґрунтям для зміни, скасування чи прийняття нового акта або нової норми³.

М. Бондар стверджує: при великій кількості та повазі до різних точок зору треба визнати, що немає жодних підстав сумніватися у можливості й необхідності віднесення актів Конституційного Суду до джерел права. Однак, визначаючи їх місце серед джерел податкового права, автор зауважує, що, природно, не всі вони є джерелами права, а тільки ті постанови та ухвали, що винесені за результатами перевірки конституційності нормативно-правових актів чи окремих норм податкового права або тлумачать ті положення Конституції, які необхідні для з'ясування змісту, значення певних окремих норм та інститутів податкового права⁴.

Близькою до цієї, але дещо ширшою за змістом є позиція й інших науковців. Наприклад, Н. Чужикова до джерел фінансового права відносить судовий прецедент, відображений у таких судових актах: (1) рішеннях Конституційного Суду про визнання неконституційними законів та інших нормативних актів, Верховного Суду, Вищого арбітражного суду про визнання недійсними законів та інших нормативних актів про по-

¹ Див.: Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчості (законотворчості) в Україні // Юрид. Україна. – 2003. – № 1. – С. 31.

² Див.: Євграфова Є. Акти Конституційного Суду України у системі національного законодавства // Право України. – 2001. – № 10. – С. 66.

³ Див.: Морозова Л. А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. – 2004. – № 1. – С. 21.

⁴ Див.: Налоговое право России. – С. 131.

датки та збори; (2) керівних роз'ясненнях із застосування фінансового законодавства, що приймаються пленумами Верховного Суду та Вищого арбітражного суду з податкових питань. При цьому судовим прецедентом слід вважати мотивувальну частину судового рішення, в якій формується та обґрунтовується правова позиція суду з вирішеної справи¹. Такої ж думки дотримуються й вчені інших галузевих наук, наприклад, В. Погорілко, В. Федоренко, М. Тесленко та ін.²

Однозначно погодитися з цими позиціями або їх беззастережно заперечувати неможливо, оскільки, як слушно вказує А. Бризгалін, у сучасний момент проблема судової практики як джерела права знаходиться у площині очевидної суперечності між формальними підходами до визначення джерел права та фактичними справами, коли рішення судів, незважаючи на певні теоретичні позиції, є безпосереднім регулятором суспільних відносин³. Зокрема, можна навести різні аргументи на користь як визнання, так і заперечення зазначених міркувань. По-перше, джерела фінансового права мають встановлюватися лише тими органами, які наділені відповідними правами у сфері правотворчості й тому ними виступають саме правотворчі, а не правозастосовні акти. А, як відомо, суди, у тому числі й конституційні, є саме правозастосовними органами.

По-друге, треба обов'язково враховувати принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, за якого кожна гілка влади управляє суспільством у різні засоби. Але, як відмічає О. Скакун, у реальній дійсності поділ влади відбувається не в ізоляції однієї гілки від іншої, а їх діяльність взаємно переплетена. Всі три гілки державної влади використовують єдиний засіб управління — видання обов'язкових до виконання правил поведінки. Представницька влада приймає найважливіші, загальні правила — закони; виконавча — відповідно до законів більш конкретні правила; судова — правила, що дають змогу вирішувати спірні ситуації⁴.

По-третє, якщо з приводу віднесення рішень загальних судів до джерел фінансового права можна все ж таки сперечатися, то щодо рішень

¹ Див.: *Чужикова Н. И.* Источники финансового права: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — Воронеж, 2004. — С. 10, 20-22.

² Див.: *Погорілко В., Федоренко В.* Джерела права України (загальна теорія джерел конституційного права) // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 1 (28). — С. 46-59; *Тесленко М.* Правова природа актів Конституційного Суду України // Право України. — 2000. — № 2. — С. 6-9.

³ Див.: *Брызгалин А. В., Берник В. Р., Головкин А. Н.* Судебная практика по налоговым и финансовым спорам. 2004 год / Под ред. А. В. Брызгалина. — Екатеринбург, 2005. — С. 16.

⁴ Див.: *Скакун О.* Вказ. праця. — С. 26.

Конституційного Суду України з огляду на зміст Конституції України, зокрема ст. ст. 124, 147, 150-152, та Закону України «Про Конституційний Суд України»¹ можна зробити такі висновки: (1) Конституційний Суд в Україні є єдиним органом конституційної юрисдикції; (2) він вирішує питання щодо відповідності Конституції України законів та інших підзаконних актів, чинних міжнародних договорів або міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, та надає офіційне тлумачення Конституції і законів України; (3) результатом таких розглядів є прийняття відповідних актів: рішень та ухвал (висновків); (4) до повноважень Конституційного Суду України не віднесено можливість правотворення — він не встановлює норм права, оскільки це не властиво його завданням і компетенції. Але Конституційний Суд може визнавати повністю або в окремих їх частині правові акти (чи їх окремі положення) неконституційними (ст. 61 названого Закону), чим опосередковано впливає на процес правового регулювання фінансових відносин у державі, вказує на необхідні напрями правового впливу для законодавця.

У цьому контексті, якщо виходити з розуміння нормативно-правового акта як правотворчого письмового документа, яким встановлюються нові правові норми, вносяться зміни у раніше прийняті чи *скасовуються чинні норми*² (виділено нами. — О. Д.), рішення Конституційного Суду, мабуть, можуть прирівнюватися до нормативно-правових актів, оскільки вони фактично, скасовують визнані неконституційними норми. Однак при цьому все ж таки треба враховувати, як слушно зауважує М. Кучерявенко, завдання конституційних судів — тлумачення норм права з метою їх правильного застосування, вирішення законодавчих колізій, з'ясування змісту того, чому законодавець надав певну словесну форму. Разом з тим він вказує, що розвиток інтеграційних процесів, посилення зв'язків між державами призводять до ситуації, коли судовий чи адміністративний прецедент вже не розглядаються як щось абсолютно незатребуване для перспективного правового регулювання³.

Таким чином, ураховуючи складні законодавчі процедури та динаміку правотворчості в Україні взагалі, саме рішення Конституційного Суду дають можливість якісно й оперативно усувати існуючі недоліки фінансово-правових норм. Наведемо такі приклади. Рішенням Консти-

¹ Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141; — № 49. — Ст. 272.

² Див.: Общая теория права / Под общ. ред. А. С. Пиголкина. — М., 1996. — С. 165.

³ Див.: Кучерявенко Н. П. Вказ. праця. — С. 539.

туційного Суду України від 23 грудня 1997 р. (справа про Рахункову палату) було визнано неконституційними положення Закону України від 11 липня 1996 р. «Про Рахункову палату Верховної Ради України», зокрема, щодо (1) найменування Рахункової палати як «Рахункова палата Верховної Ради України»; (2) визначення Рахункової палати як органу «вищого», «державного фінансово-економічного» контролю та «вищого... фінансово-економічного» контролю; (3) визначення статусу цього органу, наприклад, щодо організації і здійснення контролю за своєчасним виконанням «доходної» частини Державного бюджету України, функції здійснювати контроль за «своєчасним і повним надходженням доходів до Державного бюджету України» та за тією сферою фінансово-економічної діяльності, яка перебуває поза межами використання коштів Державного бюджету України тощо; (4) поширення повноважень Рахункової палати на: «органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, банки, кредитні установи, господарські товариства, страхові компанії, інші фінансові установи і їх спілки, асоціації та інші об'єднання незалежно від форм власності»; «об'єднання громадян, недержавні фонди та інші недержавні некомерційні громадські організації» в тій частині їх діяльності, яка перебуває поза межами використання коштів Державного бюджету України, та ін. Отже, це Рішення стало підґрунтям зміни визначення, правового статусу, завдань, функцій і повноважень Рахункової палати, що істотно вплинуло на здійснення фінансово-контрольних дій цього органу в сфері фінансової діяльності держави.

Наведемо й інший приклад. 5 квітня 2001 р., розглядаючи справу про податки, Конституційний Суд України ухвалив рішення щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», в мотивувальній частині якого зазначено, що принцип незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів означає, що «дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом». Тобто, до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце. Отже, було визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), розділ 1 (щодо зміни порядку справляння та деяких елементів правового механізму прибуткового податку з громадян) та ст. ст. 1 і 3 розділу II «Прикінцеві положення» (щодо зворотної сили нормативно-правового акта) Закону України

від 23 березня 1999 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України». Рішення істотно вплинуло на регулювання відносин щодо порядку справляння прибуткового податку з громадян.

29 січня 2002 р. Конституційний Суд України розглянув справу про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями і в регулятивній частині рішення зазначив: «... положення частини першої статті 5 Закону України »Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження« у взаємодії з іншими положеннями цього Закону є підставою для відмови як у наданні, так і в припиненні раніше наданих пільг у сфері валютного і митного регулювання та справляння податків, зборів (обов'язкових платежів) підприємствам з іноземними інвестиціями, їх дочірнім підприємствам, а також філіям, відділенням, іншим відокремленим підрозділам, включаючи постійні представництва нерезидентів, незалежно від часу внесення іноземних інвестицій та їх реєстрації». Рішення допомогло запобігти ухиленню окремих підприємств з іноземними інвестиціями від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що в цілому дозволило вплинути на збільшення доходної частини бюджетів.

Також важливим для вдосконалення правового регулювання фінансових відносин, зокрема податкових, уникнення колізій фінансового законодавства є Рішення Конституційного Суду України від 5 лютого 2004 р. по справі про тлумачення терміна «передача земельних ділянок», в якому офіційно роз'яснено значення терміна «передача», котрий вживається у п. п. 5. 1. 17 п. 5. 1 ст. 5 Закону України «Про податок на додану вартість». Так, термін «передача» треба розуміти як набуття (перехід) права на вказані земельні ділянки (права власності, права користування) на підставі відповідних юридичних актів, у тому числі за договорами купівлі-продажу, коли така передача дозволена Земельним кодексом. Це дає змогу уникнути розбіжностей при застосування фінансово-правових норм та є підґрунтям для надання пільг платникам податку на додану вартість з операцій по передачі земельних ділянок, що знаходяться під об'єктами нерухомості, або незабудованої землі.

Важливе значення для застосування фінансово-правових норм має і Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень п. 1. 17 ст. 1, ст. 8 Закону України від 24 березня 2005 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (справа про податкову заставу). Так, Конституційний Суд встановив, що положення абз. 2 пп. 8. 2. 1 п. 8. 2 ст. 8 зазначеного

Закону, що закріплює таку підставу виникнення права податкової застави як неподання або несвоєчасне подання платником податків податкової декларації, є неконституційним, оскільки такою нормою законодавець фактично прирівнює неподання або несвоєчасне подання податкової декларації до факту несплати податкового зобов'язання. Але ця підстава ще не свідчить про існування податкового зобов'язання у платника податків, а тим більше про виникнення податкового боргу. Встановлюючи таку підставу для застосування податкової застави, законодавець не врахував наявності чи відсутності існування податкового зобов'язання, а також наслідки, які можуть настати для платника податків у разі неподання або несвоєчасного подання податкової декларації, і неправомірно обмежив право останнього розпоряджатися своєю власністю. Крім того, було вказано, що забезпечення надходження до бюджетів та державних цільових фондів податків і зборів має здійснюватися шляхом запровадження податкової застави на активи платника податків у такому розмірі, який би забезпечував гарантоване відшкодування державі несплачених податків у повному обсязі. Тому поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків, яка перевищує суму податкового зобов'язання чи податкового боргу, може призвести до позбавлення такого платника не тільки прибутків, а й інших активів, ставлячи під загрозу його подальшу підприємницьку діяльність аж до її припинення. Отже, було визнано неконституційним положення пп. 8. 2. 2 п. 8. 2 ст. 8 зазначеного Закону щодо можливості поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків незалежно від суми податкового боргу. Це Рішення істотно вплинуло на регулювання відносин щодо застосування такого засобу забезпечення виконання податкового обов'язку платника податків, як податкова застава.

Цікавим і дуже важливим є досвід у цій сфері інших держав, зокрема Росії. Можна навести такі найяскравіші приклади безсумнівного впливу актів судової влади, а саме — рішень Конституційного Суду РФ, на формування й реалізацію фінансово-правових (податкових) норм. Так, у постанові Конституційного Суду РФ від 18 лютого 1997 р. вказано, що податки та збори повинні встановлюватися федеральним законодавчим органом у відповідній формі, тобто федеральним законом, у передбаченому законом порядку, та введені в дію відповідно до чинного законодавства¹. Відтак,

¹ Див.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 1997 года «По делу о проверке конституционности постановления Правительства РФ от 28 февраля 1995 года «О введении платы за выдачу лицензий на производство, разлив, хранение и оптовую продажу алкогольной продукции» // СЗ РФ. – 1997. – № 8. – Ст. 1010.

було визначено положення, згідно з яким податки й збори вважаються законно встановленими.

Постановою Конституційного Суду РФ від 21 березня 1997 р. введено принцип рівного податкового тиску, який впливає з Конституції РФ (ст. ст. 8, 19, 57) та означає, що у податковій сфері не мають бути встановлені додаткові й підвищені за ставками податки залежно від форми власності, організаційно-правової форми, місцезнаходження платника та інших дискримінаційних підстав¹.

У постанові Конституційного Суду РФ від 11 листопада 1997 р. закріплено, що встановлення податку чи збору не зводиться тільки до визначення його назви. Необхідною умовою є визначення в законі істотних елементів податкового зобов'язання, тобто встановити податок можливо тільки шляхом прямої вказівки в законі про податок істотних елементів. Тільки закон унаслідок його визначеності, стабільності, особливого порядку прийняття може надавати платнику достовірні дані для виконання ним податкової повинності. Якщо істотні елементи податку чи збору встановлюються виконавчою владою, то принцип визначеності податкових зобов'язань в загрозі, оскільки ці зобов'язання можуть бути змінені в гірший для платника бік у спрощеному порядку². Отже, Конституційний Суд РФ ухвалив низку вельми важливих і принципових рішень, які справили суттєвий вплив на реалізацію податково-правових норм у той час, а згодом були закріплені у Податковому кодексі РФ (наприклад, у ст. 3). Можна навести й інші приклади³.

З огляду на викладене можна констатувати, що акти судової влади, зокрема Конституційного Суду, безсумнівно впливають на формування і застосування фінансово-правових норм. Тому, мабуть, є сенс приєднатися до думки А. Бризгаліна, котрий стверджує, що заперечення регулятивної функції, яка об'єктивно й неминуче притаманна судовій практиці у теперішній час, нічим не обґрунтовано й не обумовлено. Теоретичні спори щодо того, чи є судова практика джерелом правового регулювання, вже зараз треба переводити в іншу площину: як держава може

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 1997 года «По делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 2 статьи 18 и статьи 20 закона РФ от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в РФ»» // Там само. – № 13. – Ст. 1602.

² Див.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 ноября 1997 года «По делу о проверке конституционности статьи 11. 1 закона РФ от 1 апреля 1993 года «О государственной границе РФ в редакции от 19 июля 1997 года»» // Там само. – № 46. – Ст. 5339.

³ Див.: Брызгалин А. В., Берник В. Р., Головкин А. Н. Вказ праця; Петрова Г. В. Налоговые споры: практика рассмотрения. – М., 2005.

ефективно впливати на регулювання судовою практикою суспільних відносин; як виключити антагонізм суперечностей, що неминуче виникнуть між формальною нормою й практикою її застосування¹.

Отже, акти судової влади, а саме — рішення Конституційного Суду України, завдяки офіційному тлумаченню і визнанню неконституційними певних нормативно-правових актів усувають недоліки та колізії фінансового законодавства, сприяють його розвитку й активному реформуванню економічних, соціальних, політичних відносин взагалі у нашій державі. Правове регулювання суспільних відносин і розвиток усієї фінансової системи України на сучасному етапі залежать не тільки від виникнення нових фінансових відносин і підвищення активності усіх ланок фінансової системи, а й від неупередженого, доцільного і своєчасного реагування на ці явища законодавця, що допомагає здійснити останньому Конституційний Суд країни.

Надійшла до редколегії 25. 09. 06

¹ Див.: Там само. — С. 19.

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін, доцент НЮА України

Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду

Вже протягом тривалого часу склад міжнародно-правового звичаю залишається незмінним і визначається взаємодією двох основних елементів: об'єктивного (практики) й суб'єктивного (*opinio juris*). Водночас будь-яке уявлення, що розкриває їх органічний взаємозв'язок, дотепер відсутнє. Наукова дискусія зосереджена головним чином на вирішенні питання про те, якому з них належить провідна роль.

Спектр думок надзвичайно широкий. Його полюсами є теорії, в яких вчені, що їх дотримуються, прагнуть обґрунтувати, що для встановлення міжнародного порядку досить продемонструвати наявність одного з елементів: або практики, або *opinio juris*. Хронологічно раніше виникли теорії, що розглядають практику як основний елемент міжнародно-правового звичаю. Вони й тепер мають найбільше прихильників. Достатньо переглянути список Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права (К. Асмал (ΠΑΡ), С. Аврамов (Югославія), К. Бангерт (Данія), Б. Боті (Словенія), М. Бос (Нідерланди) та ін.¹), який у своїй остаточній доповіді підтримав ідею першорядності практики у створенні міжнародно-правових звичаїв. Провідна роль практики визнавалася в радянській доктрині (Г. Тункін, Л. Алексідзе, Г. Даніленко). Ця ж позиція збереглася й у сучасній українській науці. В. Буткевич, аби підкреслити необхідність тривалості практики, навіть виділив як третій елемент міжнародно-правового звичаю фактор часу².

¹ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.

² Див.: Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К., 2002. – С. 122.

Однак останнім часом все частіше з'являються припущення про провідну роль психологічного (суб'єктивного) елемента. З ним, зокрема, пов'язують появу теорії моментального звичаю, в якій роль практики взагалі розглядається як незначна (Б. Ченг, Дж. Брайерлі, І. Лукашук)¹. До цієї ж ідеї підштовхують сучасні послідовники політико орієнтованого й близького до нього ліберально-економічного² напрямів у теорії міжнародного права (Б. Стерн, М. Різман, М. Байерс, Дж. Голдсміт, Е. Познер, Ф. Парізи, Дж. Трачтман, Г. Норманн, А. Гузман), чий зусилля спрямовані на повну дискредитацію практики як основи міжнародного звичаєвого права.

Дані теорії виникають на тлі дуже суперечливих думок про сутнісні характеристики кожного з елементів міжнародно-правового звичаю. У першу чергу це стосується суб'єктивного елемента, самотійну роль якого більшість дослідників сприймають скоріше на інтуїтивному рівні як якусь здатність суб'єктів міжнародного права позначити свою позицію з будь-якого питання міжнародної політики. Відзначаючи цю здатність як властивість психологічного порядку, мало хто намагається виділити в ній власне психологічні якості, звернувшись до відповідної науки — психології. При цьому абсолютно всі юристи-міжнародники найактивнішим чином використовують її спеціальну термінологію.

Ця стаття являє собою спробу, по-перше, усунути зазначений недолік і використати досягнення психологічної науки для розширення теоретико-правових знань про суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю; по-друге, виразити власне (авторське) уявлення про співвідношення й взаємодію *opinio juris* і практики.

Основна відмінність суб'єктивного елемента міжнародно-правового звичаю від об'єктивного (практики) полягає в тому, що він апелює до позицій суб'єктів міжнародного права і насамперед держав. Його «психологізм» полягає у пошуку якогось «внутрішнього» ставлення учасників міжнародних правовідносин до подій на міжнародній арені.

Термінологія, що використовується для характеристики суб'єктивного елемента, досить різноманітна. Відповідно до п. 1 (b) ст. 38 Статуту Міжнародний Суд ООН застосовує «міжнародний звичай як доказ за-

¹ Думку автора див.: Щёкин Ю. В. Феномен «моментальных» международно-правовых обычаев (анализ на примерах формирования обычаев международного космического права) // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2006. — Вип. 79. — С. 135-144.

² О. Мережко описує цей напрямок як метод економічного аналізу міжнародного права (див.: Мережко А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. — К., 2002. — С. 68-74.).

гальної практики, *визнаної* (тут і далі виділено мною. — Ю. Щ.) правовою нормою». В англійському варіанті цієї ж норми говориться про практику, «*прийняту як право*» ('accepted as law'). У рішенні Міжнародного Суду в *справах про континентальний шельф Північного моря (ФРН проти Данії та Нідерландів, 1969 р.)* говориться про «*віру*» ('belief') у те, що практика є обов'язковою для існування звичаєвої правової норми (para. 77)¹. У цілому ж в рішеннях Міжнародного Суду суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю позначається латинським висловом *opinio juris sive necessitates* (скорочено — *opinio juris*), який, слід зазначити, не має коренів у класичному римському праві і з'явився завдяки «винаходу» французького вченого Ф. Жені (F. Geny) наприкінці XIX ст.² Буквально цей вислів можна перекласти як «*думку про правомірність або необхідність*».

В остаточній доповіді Комітету з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, створеного в рамках Асоціації міжнародного права, звертається увага на те, що крім згаданих варіантів суб'єктивний елемент часто розглядається і як *«згода»* ('consent'), і як *«воля»* ('will')³.

Л. Алексідзе, узагальнюючи погляди західноєвропейських учених на природу суб'єктивного елемента, додатково зазначає такі його тлумачення: «переконаність», «упевненість», «заява», «консенсус»⁴. При цьому він сам схиляється до розуміння суб'єктивного елемента як «зоди держави» або «визнання»: «...тому що як інакше можна тлумачити термін »визнання«⁵.

Велика кількість визначень красномовно свідчить про наявність у суб'єктивного елемента безлічі значеннєвих відтінків. Разом з тим їх вдумливе прочитання дозволяє звернути увагу на те, що в більшості з них присутня різна змістовна спрямованість, завдяки якій вони скоріше доповнюють один одне за змістом, ніж розкривають нюанси одного й того ж явища. Наприклад, *визнання*, що найчастіше використовується

¹ Див.: North Sea Continental Shelf Cases. F. R. G. v. Denmark & Netherlands. Judgment, 20 February 1969 // I. C. J. Reports. – P. 45.

² Див., напр.: *Алексидзе Л. А.* Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens*. – Тбилиси, 1982. – С. 244; *Kammerhofer J.* Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems // *European Journal of International Law*. – 2004. – Vol. 15. – No. 3. – P. 534 та ін.

³ Див.: International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. – P. 30. (<http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.)

⁴ Див.: *Алексидзе Л. А.* Вказ. праця. – С. 244-259.

⁵ Там само. – С. 252.

вітчизняною доктриною для характеристики *opinio juris*, є логічним наслідком *віри* або *угоди* (консенсусу). Воно ґрунтується на них. У свою чергу, *заява* може бути однією з форм вираження визнання. А якщо спробувати зіставити поняття «визнання» з поняттям «воля», то з'ясується, що останнє має набагато складніше значення: наповнення, що включає механізм прийняття й реалізації рішень, у якому власне визнання становить тільки один з етапів формування і вираження вольового наміру.

Тут слід зазначити, що поняття «воля» серед вказаних визначень посідає особливе місце. І у своєму суворому науковому розумінні воно може охоплювати як близькі за змістом слова (*віра*, *упевненість*, *переконаність*), так і взаємодоповнюючі (наприклад, *угода* — *визнання* — *заява*). Тому природно, що переважній більшості дослідників саме вольовий аспект бачиться чільним у розумінні природи *opinio juris*.

У принципі вольова сутність суб'єктивного елемента не могла б викликати будь-яких заперечень (прояв волі є нормальна реакція психіки людини, а *opinio juris* — це психологічний елемент), якби не той силовий (волюнтаристський) зміст, яким його традиційно наділяють у світовій доктрині міжнародного права. На думку багатьох фахівців, прояв волі в міжнародних відносинах — це прагнення до політичного домінування в міжнародних відносинах. За цією логікою узгодження воль сторін є єдиним розумним способом у досягненні мирного і взаємовигідного співіснування держав. Саме так міркували радянські вчені¹.

У сучасній зарубіжній (переважно північноамериканській та європейській) юридичній літературі вольове (як волюнтаристичне) тлумачення *opinio juris*, незважаючи на зникнення одного із двох полюсів сили, не тільки не припинилося, а навіть підсилилося, набувши при цьому таких гіпертрофованих форм, які не допускалися навіть у роботах учених країн соціалістичного табору. Так, Б. Стерн стверджує: «Фактично ... зміст *opinio juris* кожної держави залежатиме від того місця, яке посідає його сила (power) у рамках міжнародного порядку. Воля держави, навіть якщо вона й не припускає прояву сили, однаково несе в собі елемент сили. Таким чином, одні держави відчуватимуть себе зобов'язаними, тому що вони хочуть цього, тому що вони погодилися на це, а інші держави, навпаки, відчуватимуть себе зобов'язаними, навіть коли вони не хочуть цього, тільки тому що норма накладає на них свої зобов'язання

¹ Див., напр.: *Тункин Г. И.* Теория международного права / Под общ. ред. проф. Л. Н. Шестакова. — М., 2000. — С. 185-190; *Василенко В. А.* Основы теории международного права. — К., 1988. — С. 120-143.

Так, М. Байєрс переконаний, що «якщо розглядати державну практику як первинний елемент звичаєвого міжнародного права, то досить важко не враховувати розходження в добробуті й військовій силі в процесі формування звичаєвих норм»¹. *Opinio juris*, на його думку, по-перше, дозволяє відрізнити практику, що відповідає праву держав, від тієї, що не відповідає їй; по-друге, використовується для контролю за зловживанням силою з боку держав у процесі створення міжнародного звичаєвого права. Завдяки *opinio juris* тільки деякі випадки державної практики зараховуються для цілей звичаєвого нормоутворення, а величезна частка державної практики, що могла б вплинути на розвиток і зміну звичаєвих норм, виключається².

Що стосується змістовної характеристики *opinio juris*, то М. Байєрс стверджує, що воно є «ключовим моментом у трансформації сили (power) у зобов'язання»³. *Opinio juris* являє собою якийсь «дифузний (diffuse) консенсус, набір домовленостей держав, що поділяються ними, у відношенні «юридичної доречності» ('legal relevance') різних видів поведінки в різних ситуаціях»⁴.

По суті, таким же є широко використовуваний в економічних науках ігровий підхід до розуміння міжнародного звичаєвого права, запропонований американськими вченими Дж. Голдсмітом і Е. Познером⁵. Цей підхід широко обговорюється в сучасній західній доктрині стосовно теорії міжнародного звичаєвого права і має багато прихильників⁶. У його основі — інтерпретація поведінки держав винятково як раціонального вибору. Держава, переконані вони, у своїй зовнішній політиці керується

¹ Byers M. Introduction Power, Obligation, and Customary International Law // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Vol. 11. – No. 1. – P. 84.

² Див.: Там само. – P. 86.

³ Byers M. Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law. – U. K., 1999. – P. 18.

⁴ Там само. – P. 19.

⁵ Див.: Goldsmith J., Posner E. A Theory of Customary International Law // The University of Chicago Law Review. – Fall 1999. – Vol. 66. – No. 4. – P. 1113 – 1177; Goldsmith J. L., Posner E. A. The Limits of International Law. – N. Y., 2005. – P. 23-43.

⁶ Див., напр.: Parisi F. The Formation of Customary Law // George Mason University School of Law. Law and Economics Research Papers Series. – P. No. 01-06. – 2001. – P. 7-18; (http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262032); Swaine E. T. Rational Custom // Duke Law Journal. – 2002. – Vol. 52. – P. 559-627; Trachtman J. P., Norman G. The Customary International Law Supergame // ExpressO Preprint Series. – 2004. – P. 241 (<http://law.bepress.com/expresso/eps/241>); Guzman A. T. Saving Customary International Law (final type) // Michigan Journal of International Law. – Spring 2006. – Vol. 27, No. 1. – P. 1-62.

тільки прагненням до вигоди. Тому міжнародні звичаї можливі тільки тоді, коли вигоди держав будь-яким чином збігаються¹.

Думка Дж. Голдсмита і Е. Познера про суб'єктивний елемент така: «На місце *opinio juris* — спірного й заплутаного талісмана, що пояснює, чому нації »додержуються« міжнародного звичаєвого права, — стає набагато більш близьке й правдоподібне твердження (поняття), що нації діють у відповідності зі своїми інтересами й ресурсами»².

Як бачимо, у наведених точках зору мотивація діяльності суб'єктів міжнародного права дуже спрощена, оскільки спрямована на досягнення очевидних вигод (у цьому сутність «раціонального вибору»). Така думка не враховує безлічі інших чинників, що справляють безпосередній, а в більшості випадків визначальний вплив на поведінку суб'єктів міжнародних правовідносин. Головними з них є моральні цінності, які втілюють загальнолюдські уявлення про добро й зло, справедливе й несправдливе, а також культурна спадщина людей. «Насправді, — пише О. Панарін, — реакції людини на подразники сьогодення опосередковані його минулою культурною історією, інтеріоризованою у його свідомості. Саме це гарантує людині вибірковість її поведінки у світі і робить її суб'єктом, уповноваженим — своєю моральною свідомістю і культурою — відбирати події та вибудовувати з них свої ієрархії значущого й незначущого, адекватного й неадекватного»³.

Це зауваження має пряме відношення до розуміння механізмів формування у суб'єктів міжнародного права вольових настанов, котрі, як довела психологічна наука, залежать від результатів взаємодії тенденцій *повинності* й *потягу* (рос. — *должествования*), (рос. — *влечения*) при виборі цілей, на досягнення яких спрямовуватися подальші зусилля. Так, С. Рубінштейн зазначає, що будь-яка вольова діяльність має цілеспрямований характер⁴. І хоча вибір мети залежить від відповідних спонукань та інтересів конкретного індивіда, постановка мети, а також вибір способів і методів її досягнення обов'язково проходять своєрідний «фільтр» — корегування на суспільно значущі потреби, втілені в моральних нормах. С. Рубінштейн у такий спосіб пояснює психологічні причини подібного

¹ Мою думку про ігровий підхід, що запропонований Дж. Голдсмітом і Е. Познером, див.: *Щекин Ю. В.* Правовая природа международно-правовых обычаев: подход к решению проблемы с позиции теории игр // Проблемы законности: Респ. міжвидом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2005. — Вип. 74. — С. 114-122.

² *Goldsmith J., Posner E.* Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law // *Virginia Journal of International Law.* — 2000. — Vol. 40. — No. 2. — P. 661.

³ *Панарин А. С.* Народ без элиты. — М., 2006. — С. 194.

⁴ Див.: *Рубинштейн С. Л.* Основы общей психологии. — СПб., 2004. — С. 587-590.

корегування в поведінці людини: «У людини як суспільного індивіда, як особистості суспільно значуще, що далеко виходить за межі партикулярно-особистісних інтересів і іноді вступає із ними в найжорстокіший конфлікт, стаючи особисто значущим ... породжує динамічні тенденції іноді великої діючої сили — *тенденції повинності*, однорідні за своїм динамічним ефектом з *тенденціями потягу*, але істотно відмінні від них за своїм змістом і джерелом. Воля людини — це єдність цих двох компонентів»¹.

Тут важливо зупинитися на тім, чому моральні норми мають явно виражений авторитет для суб'єкта при виборі того або іншого варіанта своєї подальшої поведінки, яку він оцінюватиме як правомірну. Навряд чи цю авторитетність можна пояснити *теорією згоди (консенсусу)*. Хоча, звичайно, *згода* взаємодіючих суб'єктів у найбільш загальному розумінні цього слова, безумовно, присутня. Однак вона не дає безумовної *певненості* в правомірності своїх дій, *віри* в них.

Річ в тім, що і мораль, і культура мають ірраціональний характер. І якщо вони «будь-чим зобов'язані» раціональному мисленню, то тільки як попередньому етапу збирання й оброблення матеріально-почуттєвої інформації².

Увібравши моральні й культурні поведінкові стереотипи до підсвідомого рівня, людина тим самим позбавила себе від щохвилинного обмірковування їх життєвої доцільності. Вона придбала стійкі соціальні орієнтири, глибоко повіривши в них. Наприклад, у повсякденному житті люди рідко замислюються про те, що головне призначення моральних норм полягає в збереженні людського суспільства як такого, забезпеченні його виживання і розвитку³. Тому є природним глибокий зв'язок моралі й права⁴.

Універсальні загальнолюдські морально-етичні норми-принципи, на яких ґрунтуються сучасні концепції природного права і які знайшли втілення в основних принципах сучасного міжнародного права, настільки глибоко вкоренилися у світовій суспільній свідомості, що стали сприйматися як незаперечні цінності, що вже не потребують доказів суспільною практикою. Загальна практика людства їх сформулила й незліченними прикладами підтвердила їх істинність.

¹ Там само. — С. 590-591.

² Див.: Бачинин В. А. Морально-правовая философия. — Х., 2000. — С. 40-41.

³ Див.: Wilson J. Q. The Moral Sense. — N. Y., 1993. — P. 23.

⁴ Див., напр.: Вороніна М. А. Право в системі соціальних норм // Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 229.

Загальнонольдська значущість низки моральних норм фактично «на віру» була прийнята творцями міжнародного права після Другої світової війни. Міжнародні судові органи, що компетентні розглядати справи з міжнародних злочинів і з порушень норм права збройних конфліктів (Нюрнберзький і Токійський трибунали, Міжнародний Суд ООН, Міжнародні трибунали з колишньої Югославії й Руанди), майже «бездоказово», тобто без докладного обґрунтування виникнення міжнародно-правових звичаїв до здійснення інкримінованих на їх основі діянь, проголошували моральні норми нормами загального (звичаєвого) міжнародного права і застосовували їх¹. Це надало деяким вченим можливість заявити про «моментальну» появу, зокрема, звичаєвих норм права збройних конфліктів. У російській доктрині цієї позиції дотримується І. Лукашук². У зв'язку із цим він відзначає нову тенденцію у формуванні міжнародно-правових звичаїв, для якої характерне превалювання *opinio juris* над практикою.

На мою думку, той дійсно колосальний вплив *opinio juris* на поточні події міжнародного життя в жодному разі не слід заперечувати. Але цей вплив не веде до переваги якихось абстрактних і утопічних ідей над реальністю. Він є результатом розвитку суспільної практики, закріпленої у теоретичному мисленні у вигляді ціннісних і значеннєвих категорій (принципів). Теоретичне мислення, пройшовши тривалий еволюційний розвиток, з одного боку, вже давно дистанціювалося від власне практики як конкретної матеріально уречевленої діяльності, але, з другого боку, зберегло з нею безпосередні, глибокі й напружені зв'язки. На підтвердження висловленої ідеї знову звернемося до психологічної науки й процитуємо С. Рубінштейна. Він пише: «Мислення зародилося у трудовій діяльності й лише потім виділилося у відносно самостійну теоретичну діяльність. У теоретичному мисленні зв'язок із практикою зберігається, лише характер цього зв'язку змінюється. Практика залишається основою й кінцевим критерієм істинності мислення; зберігаючи свою залежність від практики в цілому, теоретичне мислення вивільняється з первісної прикованості до кожного одиничного випадку практики»³.

Головна особливість теоретичного мислення, що також зазначає С. Рубінштейн, полягає у здатності з висоти накопиченого досвіду пере-

¹ Див., напр.: *Резинский М. Ю., Розенблит С. Я.* Международный процесс главных японских военных преступников. – М.; Л., 1950. – С. 182-187, 204-207; *Лукашук И. И.* Нормы международного права в международной нормативной системе. – М., 1997. – С. 231; *D'Amato A.* Trashing Customary International Law // 81 American Journal of International Law – 1987. – Code 87a. – P. 101-103.

² Див.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Спарк, 1997. – С. 231.

³ Рубинштейн С. Л. Вказ. праця. – 2004. – С. 311.

дбачати розвиток практики, намітити її загальні й конкретні цілі і завдання (функція планування¹). Імовірно, саме ця якість привела до популяризації у світовій доктрині міжнародного права ідеї про «миттєву» («моментальну») появу міжнародних космічних звичаїв, яким буде потрібно ще не одне десятиліття, щоб пройти перевірку реальним життям.

І на закінчення зробимо таке принципове уточнення. *Opinio juris* не є синонімом теоретичного мислення, воно уособлює тільки частину суспільної свідомості, що стосується цілком певних принципів і норм, які регулюють суспільні відносини. А оскільки специфіка *opinio juris*, за загальним визнанням, полягає в тому, що воно характеризує суб'єктивні уявлення (оцінки) учасників міжнародних правовідносин про їх належну (правильну, правову) поведінку в тій або іншій ситуації, остільки, по суті, *opinio juris* — це вираження правосвідомості суб'єктів міжнародного права. І як правосвідомість *opinio juris* несе в собі не розумове (раціональне), а значеннєвий начало у поведінці суб'єктів міжнародного права, яке, важливо зазначити, спирається на велику фактичну практику. І якщо виникає питання про перевагу *opinio juris*, то це, зрештою, є перевага накопиченого практичного досвіду над тими одиничними випадками поточного міжнародного суспільного життя, які з ним не узгоджуються. А щоб «побачити» цю багатовікову практику, слід відкинути умовності волюнтаристського (позитивістського) розуміння міжнародного права, що обмежується лише міждержавними правовідносинами, і досліджувати внутрішню фактичну й правову практику різних держав.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки.

1. За вираженням внутрішнього (психологічного) відношення, що мотивує вольову поведінку будь-яких суб'єктів міжнародного права, у тому числі й таких, як суверенні держави, до певних подій міжнародного життя знаходиться багатовіковий досвід розвитку людської цивілізації, який сформував універсальні морально-правові принципи — ті абсолютні імперативи, що визначають основи правового регулювання міжнародних і внутрішньодержавних відносин.

2. *Opinio juris* — це прояв правосвідомості суб'єктів міжнародного права, здійснюваний ними на підставі уявлень (переконань, віри, упевненості), сформованих внаслідок тривалої міжнародної й внутрішньодержавної суспільної практики, про відповідність праву поведінки в тій або іншій фактичній ситуації на міжнародній арені, і висловлюваний через визнання його як норми міжнародного звичаєвого права.

Надійшла до редколегії 18. 09. 06

¹ Див.: Там само. — С. 311.

не тільки заповнити прогалини в теоретичних дослідженнях, а й матиме важливі практичні результати: чи можуть, а якщо так, то яким чином, українські громадяни й юридичні особи захищати свої права, гарантовані УПС, в рамках правопорядку ЄС, без звернення до міжнародно-правових механізмів. Актуальність дослідження також обумовлюють взаємні плани України і ЄС після закінчення дії УПС у 2008 р. укласти нову «посилену» угоду, яка передбачатиме створення зони вільної торгівлі. При розробленні положень такої угоди українській стороні слід врахувати досвід реалізації УПС у правопорядку ЄС.

Поки що наша держава обмежується захистом прав, що ґрунтуються на УПС¹, тільки в рамках міжнародного правопорядку, до того ж обмежуючись консультаціями². Наразі невідомі випадки, коли б Україна або українська фізична чи юридична особа спробувала захистити свої права за УПС у судових органах ЄС (Суді Європейських співтовариств чи Суді першої інстанції) або в судах держав-членів ЄС. Отже, правозахисний потенціал саме цих форм захисту залишається невикористаним.

Захист суб'єктивного права, наданого міжнародним договором, — складний і багатоступеневий процес, у якому безпосереднє застосування належної матеріально-правової норми є лише верхівкою айсбергу. Цьому передують визначення статусу такої норми у правопорядку (зокрема, її місця в ієрархії норм) і належних засобів правового захисту в разі її порушення. Саме ці питання загального характеру щодо статусу норм УПС у правопорядку ЄС і досліджуються в даній статті.

УПС належить до так званих «змішаних угод» Європейських співтовариств, тобто є двостороннім договором, укладеним між Співтовариством та його однією чи кількома державами-членами³, з одного боку, та третьою державною (державами) — з другого. Такий тип угод, що переважає у договірній практиці співтовариств, застосовується тоді, коли

¹ Україна вже неодноразово вказувала на порушення УПС з боку Європейського Союзу, зокрема її ст. ст. 10, 14, 18, 19, 22, 60 (див.: Спільна доповідь «Виконання Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС». — Березень 2003. — Пункти 70, 71, 107, 113).

² За наявною інформацією лише ЄС намагався задіяти передбачені в ст. 96 УПС процедури врегулювання спорів (передача спору на розгляд Ради з питань співробітництва, призначення мирового посередника), але ці ініціативи були невдалими через неконструктивну позицію України (див.: Посібник з питань імплементації Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами. — Брюссель, 1999. — С. 12, 13; Спільна доповідь «Виконання Угоди про партнерство і співробітництво між Україною та ЄС». — П. 238, 239).

³ На сьогодні сторонами УПС є всі 25 держав-членів ЄС. Протоколи від 10 квітня 1997 р. і 29 квітня 2004 р. про приєднання до УПС нових держав-членів ЄС див.: Основи права Європейського Союзу. Нормативні матеріали. — С. 191–196.

предмет договору частково охоплюється компетенцією Співтовариства і частково — компетенцією держав-членів. На думку Суду співтовариств, було б непрактично вести переговори щодо колективного договору, а потім штучно розділяти його на численні угоди за кількістю учасників переговорів¹. Змішані угоди спочатку ратифікуються всіма державами-членами ЄС, а потім затверджуються Співтовариствами.

Звідси можна зробити висновок про те, що УПС є джерелом норм у правопорядках чотирьох типів: 1) міжнародного публічного права; 2) права кожного з Європейських співтовариств²; 3) права кожної з 25 держав-членів ЄС; 4) права України. Статус норм УПС у кожному з цих правопорядків визначається його нормами. Укладені Співтовариством міжнародні договори «є обов'язковими для інституцій Співтовариства і для держав-членів» (п. 7 ст. 300 Договору про Європейське співтовариство (далі — ДЄСПв)). Згідно з практикою Суду співтовариств вони становлять «невід'ємну частину» права співтовариства³ та його правової системи⁴.

Очевидно, що застосуванню УПС передуватиме виокремлення тих її положень, що охоплюються компетенцією Європейського співтовариства, оскільки саме вони містять норми права цієї організації. Таке виокремлення здійснюється з урахуванням так званої «доктрини паралелізму», розробленої Судом співтовариств ще в 1970-х роках⁵: Співто-

¹ Постанова від 4 жовтня 1979 р. у справі 1/78 *Проект міжнародної угоди з природного каучуку* (European Court Reports. — 1979. — Р. 2871. — Para. 34–36). Згодом Суд підкреслив обов'язок Співтовариства та його держав-членів співпрацювати в цьому питанні: «Коли очевидно, що предмет угоди або конвенції охоплюється частково компетенцією Співтовариства і частково компетенцією держав-членів, суттєвим є забезпечення тісного співробітництва між державами-членами й інституціями Співтовариства як у процесі переговорів і укладання, так і у виконанні взятих зобов'язань» (Висновок 1/94 від 15 листопада 1994 р. у справі *Угода про COT* (Там само. — 1994. — Р. I-5267. — Para. 108).

² Європейського співтовариства та Європейського співтовариства з атомної енергії. Третє співтовариство, що також було учасником УПС, — Європейське співтовариство з вугілля і сталі, припинило існування з 23 липня 2002 р. Його права і обов'язки за УПС перейшли до Європейського співтовариства (див.: Пункт 1 ст. 2 Протоколу до УПС від 29 квітня 2004 р.).

³ Рішення від 30 квітня 1974 р. у справі 181/73 *Haegemann v. Belgian State* (European Court Reports. — 1974. — Р. 449. — Para. 5).

⁴ Рішення від 26 жовтня 1982 р. у справі 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg and Cie.* (Там само. — 1982. — Р. 3641. — Para. 13).

⁵ Першим стало рішення від 31 березня 1971 р. у справі 22/70 *Комісія v. Паду* (Там само. — 1971. — Р. 263). Його аналіз див., напр.: *McGoldrick D. International Relations Law of the European Union.* — L.; N. Y., 1997. — Р. 50–61. Про розвиток практики Суду з цього питання див.: *Хартли Т. К. Основы права Европейского Сообщества: Пер. с англ.* — М., 1998. — С. 175–183.

вариство має правоздатність укладати міжнародні договори з будь-якого питання, що в принципі належить до його компетенції, навіть якщо установчий акт прямо не надає співтовариству права укладати міжнародні договори з цього питання. Тобто правоздатність Співтовариства укладати міжнародні угоди автоматично йде слідом за розвитком його «внутрішньої» компетенції. Отже, застосування будь-якої змішаної угоди як джерела права Співтовариства вимагає ретельного аналізу її предмета для визначення розподілу компетенції між Співтовариством та державами-членами.

В рамках цього дослідження обмежимося лише загальними міркуваннями, які слід враховувати при визначенні переліку положень УПС, що охоплюються компетенцією Європейського співтовариства¹. Відправним пунктом слугуватиме рішення Співтовариства про надання згоди на обов'язковість УПС², у преамбулі якого визначено правову основу повноважень співтовариства на укладання УПС з наведенням переліку конкретних статей ДЕСпв³ та нормативно-правових актів співтовариства. Також важливо звернути увагу на те, що деякі положення УПС охоплюються компетенцією Співтовариства на підставі так званих домислюваних повноважень відповідно до ст. 308 ДЕСпв. Зрештою, остаточне вирішення цього питання вимагає урахування обставин конкретної ситуації, бо, як зауважують навіть найвідоміші фахівці з права ЄС, «без рішення суду не можна бути впевненим, які частини змішаної угоди обов'язкові для Співтовариства і, відповідно, становлять частину правової системи Співтовариства»⁴.

¹ Докладніше про визначення обсягу договірної правоздатності Європейського Співтовариства див: *Verwey D. R. The European Community, the European Union and the International Law of Treaties: A Comparative Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice.* – 2004. – Р. 15–57; *Eeckhout P. External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations.* – Oxford, 2005. – Р. 9–137.

² Див. Рішення Ради та Комісії 98/149/EC, ECSC, Euratom від 26. 01. 1998 р. «Про укладання Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами та їх державами-членами, з одного боку, та Україною, з іншого боку» // Основи права Європейського Союзу. Нормативні матеріали. – С. 128–130.

³ Див.: Договір, що засновує Європейське співтовариство, 1957 р. із наступними змінами і доповненнями // Там само. – С. 35–110.

⁴ *Хартлі Т. К.* Вказ. праця. – С. 194.

Яке ж місце посідає УПС в ієрархії джерел права Європейського співтовариства? Доктрина¹ і судова практика² однозначно визнають пріоритет міжнародних договорів Співтовариства над вторинним правом (правовими актами Співтовариства)³. Тому УПС має вищу юридичну силу щодо будь-якого рішення органів Європейського співтовариства. Водночас у разі конфлікту Суд співтовариств наголошує на необхідності його розв'язання через узгодження вторинного законодавства з міжнародним договором: «...верховенство міжнародних угод, укладених Співтовариством стосовно положень вторинного законодавства Співтовариства, означає, що такі положення повинні, наскільки це можливо, тлумачитися у спосіб, що узгоджується з такими міжнародними угодами»⁴. Так само загальновизнаним є правило, згідно з яким міжнародні договори Співтовариства мають меншу юридичну силу, ніж норми первинного права, насамперед ДЄСПв. Питання про співвідношення міжнародних договорів із загальними принципами права Співтовариства розглядається вкрай рідко через його радше теоретичний характер. Тому обмежимося згодою з припущенням, що у разі такого конфлікту пріоритет матимуть загальні принципи права⁵.

Особливість застосування міжнародного договору у внутрішньому правопорядку держави чи міжнародної організації полягає в тому, що далеко не завжди його положення можуть безпосередньо застосовуватися до певної життєвої ситуації. Аналіз судової практики багатьох країн свідчить про те, що суди застосовують лише так звані «самоздійснювані» або «самовиконувані» положення договорів. У праві Співтовариств їхнім аналогом є норми прямої дії⁶. Вирішення питання про пряму дію має

¹ Див.: *Shaw J. Law of the European Union*. – 3rd edn. – Palgrave, 2000. – P. 241; *Jacquy J. P. Droit institutionnel de l'Union européenne*. – 2^e ed. – P., 2003. – P. 499; *Manin P. Les Communautés Européennes, l'Union Européenne. Droit institutionnel*. – 5^{ème} éd. – P., 1999. – P. 307.

² Див.: Рішення від 9 серпня 1994 р. у справі C-327/91 *Франція v. Ради* (European Court Reports. – 1994. – P. I-3641); рішення від 7 березня 1996 р. у справі C-360/93 *Парламент v. Ради* (Там само. – 1996. – P. I-1195).

³ Зокрема, чинність норм міжнародної угоди не може бути скасована рішенням органу співтовариства, що його імплементує. Натомість останнє може бути скасоване як таке, що суперечить угоді (див.: *Cheyne I. International Agreements and the European Community Legal System* // Там само. – 1994. – Vol. 19. – P. 588).

⁴ Рішення від 10 вересня 1996 р. у справі C-61/94 *Комісія v. Німеччини* (Там само. – 1996. – P. I-3989. – Para. 52).

⁵ Див.: *Хартли Т. К.* Вказ. праця. – С. 191, 195.

⁶ Паралельно вживається інший термін: норма, що має пряме застосування. Доктрина відзначає, що по суті пряма дія та пряме застосування норми договору Співтовариства є ідентичними поняттями (див.: *McGoldrick D.* Вказ. праця. – P. 124). Протилежне твердження див.: *Cheyne I.* Вказ. праця. – P. 588.

надзвичайно важливе практичне значення, особливо коли йдеться про позов фізичної чи юридичної особи, поданий як до судових органів Співтовариств, так і до національних судів. Причина в тому, що суди захищають лише ті права, що мають пряму дію¹.

Суд Співтовариств визначив критерії встановлення наявності прямої дії: «Положення угоди, укладеної Співтовариством з державами, що не є його членами, повинні вважатися такими, що прямо застосовується, коли, з урахуванням словесного вираження, а також мети та природи самої угоди, такі положення містять ясне і чітке зобов'язання, що не залежить у своїх імплементаціях або наслідках від застосування будь-яких наступних заходів»². Утім, незважаючи на наявність цієї формули, правознавці часто скаржаться на непередбачуваність рішень Суду з питання про визнання прямої дії за нормами міжнародних договорів, часто рішення залежить від конкретних обставин справи³. Частково це пояснюється утилітарними мотивами: визнання прямої дії за договорами Співтовариства «може поставити торговельні підприємства Співтовариств у гірше становище порівняно з їхніми конкурентами в третіх країнах. Тоді як останні можуть посилатися на положення міжнародних угод на свою користь у судах держав-членів, торговельні підприємства Співтовариства можуть не мати можливості робити так само в державах, які відмовляються визнавати, що такі міжнародні угоди мають пряму дію»⁴. Як вихід пропонується визнавати пряму дію тільки тоді, коли «положення про такі наслідки встановлені в акті Співтовариства, яким затверджується відповідна угода, або ж у вторинному законодавстві, яким ця угода імплементується»⁵. Крім того, занадто активна позиція Суду в захисті прав за міжнародним договором ставить на порядок денний питання про пору-

¹ Більше того, якщо норма договору Співтовариства, не інкорпорованого у правопорядок Великої Британії, буде визнана такою, що має пряму дію, суди цієї держави – всупереч загальному правилу зобов'язані застосувати її (див.: *Steiner J. Textbook on EC Law*. – 4th ed. – L., 1995. – P. 44).

² Рішення від 30 вересня 1987 р. у справі 12/86 *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* (European Court Reports. – 1987. – P. 3719. – Para. 14). Згодом цей висновок був неодноразово підтверджений Судом, зокрема, у рішенні від 2 березня 1999 р. у справі C-416/96 *Nour Eddine El-Yassini v. Secretary of State for Home Department* (Там само. – 1999. – P. I-1209).

³ Див.: *Steiner J.* Вказ. праця. – P. 43, 44; *Weatherill S., Beaumont P.* EC Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Community. – 2nd ed. – L., 1995. – P. 360 (там само наведено перелік справ, у яких положення міжнародних угод Співтовариства були визнані Судом такими, що мають та не мають прямої дії).

⁴ *Wyatt and Dashwood's European Union Law*. – 4th ed. – L., 2004. – P. 105.

⁵ Там само. – P. 105.

шення балансу в здійсненні зовнішніх зносин органами Співтовариства (Комісією, Радою і Парламентом)¹. Тому Суд намагається діяти досить обережно, аби не бути звинуваченим в узурпації повноважень інших органів.

Аналізуючи норми УПС на предмет встановлення їхньої прямої дії, треба виходити з такого.

По-перше, слід звертати увагу на те, чи містить конкретна норма УПС «ясне і чітке зобов'язання, що не залежить у своїх імплементації або наслідках від застосування будь-яких наступних заходів». На жаль, навіть поверховий аналіз УПС свідчить про те, що переважна більшість її положень не відповідають цій формулі.

По-друге, Суд завжди аналізує цілі й обсяг конкретної міжнародної угоди, аби порівняти їх із цілями й обсягом установчого договору Співтовариства. У переважній більшості випадків цей аналіз завершує висновки про те, що угода за своєю природою і цілями не спрямована на створення єдиного ринку, а тому немає підстав визнавати пряму дію за її положеннями. Так, у одній із справ Суд визначив, що ідентичні положення ДЄСПВ і договору про вільну торгівлю, укладеного Співтовариством з третьою країною стосовно заборони дискримінації в оподаткуванні, для цілей визначення прямої дії повинні тлумачитися по-різному, оскільки відмінними є умови та цілі цих договорів². Оскільки УПС не встановлює навіть зони вільної торгівлі, то наявність у ній норм, притаманних внутрішньому ринку ЄС, зовсім не означає, що за аналогією за ними має бути визнана пряма дія.

По-третє, не повинні братися до уваги міркування взаємності, тобто не важливо значення, чи має за певною угодою третя країна більше прав, ніж Співтовариство³. За цією самою логікою пряму дію можуть мати ті норми угоди, які не визнаються «самовиконуваними» в національному правопорядку третьої країни — сторони угоди⁴. Як зазначають у цьому зв'язку Г. Шермерс і Д. Велбрук, відповідно до загальних принципів міжнародного права кожна сторона договору має виконувати свої зобов'язання сумлінно, але робити це вона може у спосіб, що найкраще відповідає її власній пра-

¹ Розвиток міркувань у цьому напрямку див.: *Cheyne I.* Вказ. праця. – Р. 589.

² Рішення у справі *Kupferberg*. – П. 28-31. Див. також: Пункти 18-20 рішення від 9 лютого 1982 р. у справі *270/80 Polydor and others v. Harlequin and others* (European Court Reports. – 1982. – Р. 329).

³ Рішення від 5 лютого 1976 р. у справі *87/75 Conceria Daniele Bresciani v Amministrazione Italiana delle Finanze* (Там само. – 1976. – Р. 129, para. 23).

⁴ Див.: Рішення у справі *Kupferberg*. – Пункт 18.

вовій системі¹. Це означає, що при застосуванні УПС українські фізичні й юридичні особи в принципі можуть мати більший ступінь правового захисту в рамках правопорядку ЄС, ніж особи, що мають національність держав-членів ЄС, в українському правопорядку.

Наведене дає підстави стверджувати, що, напевно, не варто очікувати визнання прямої дії за нормами УПС. Утім, оскільки Співтовариства у будь-якому разі зобов'язані дотримуватися норм міжнародного права, то українська сторона може розраховувати на певні правові гарантії.

Так, Суд співтовариств наголосив, що навіть якщо положення міжнародного договору не мають прямої дії, вторинне право Співтовариства повинно тлумачитися таким чином, аби воно відповідало міжнародному праву². Зокрема, в одній із справ Суд витлумачив ужитий в регламенті термін «незаконна торговельна практика» в контексті ГАТТ 1947 р., хоча норми цього договору не можуть мати прямої дії³. І ще один аспект. Якщо Співтовариство з метою імплементації міжнародного договору ухвалює правовий акт, але його положення суперечать нормам цього договору, які не мають прямої дії, то Суд все одно може їх скасувати в рамках позову за ст. 230 ДЄСПв⁴. Також може бути визнано недійсним правовий акт Співтовариства, що прямо посилається на певні положення міжнародного договору, але насправді суперечить їм⁵.

Перейдемо до розгляду останнього питання: в яких процесуальних формах можливий захист прав, гарантованих УПС, у разі їх порушення з боку Європейського співтовариства або його держав-членів? При відповіді на це питання слід урахувувати, що виконання норм права Співтовариства, в тому числі його міжнародно-правових зобов'язань, здійснюється двома шляхами: органами Співтовариств (безпосереднє, чи пряме, виконання) або найчастіше органами держав-членів (опосеред-

¹ Див.: *Schermer H. G., Waelbroeck D. F. Judicial Protection in the European Communities*. – 5th edn. – Deventer, Boston, 1992. – P. 154. – Para. 263.

² Рішення від 16 червня 1998 р. у справі C-53/96 *Hermus International v. FHT Marketing Choice BV* (European Court Reports. – 1998. – P. I-3603. – Para. 28).

³ Рішення від 22 червня 1989 р. у справі 70/87 *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE v. Commission* (Там само. – 1989. – P. 1781. – Para. 19, 20). Про інші справи з цього питання див.: Wyatt and Dashwood's *European Union Law*. – 4th ed. – P. 108.

⁴ Рішення від 7 травня 1991 р. у справі C-69/89 *Nakajima All Precision v. Council* (Там само. – 1991. – P. I-2069. – Para. 29, 31).

⁵ Рішення від 5 жовтня 1994 р. у справі C-280/93 *Німеччина v. Ради* (Там само. – 1994. – P. I-4973).

коване, чи непряме, виконання)¹. Утім, навіть якщо заходи на виконання договору Співтовариства вживаються органами держав-членів, положення такого договору зберігають свою належність до правопорядку Співтовариства², а Суд Співтовариств має юрисдикцію їх тлумачити і застосовувати³.

Захищати права, надані УПС, від порушень з боку *органів Співтовариства* (Європейського Парламенту, Ради, Комісії) можна шляхом подання позову до Суду співтовариств або Суду першої інстанції. Це може бути позов про визнання незаконного акта недіючим (ст. 230 ДЄСПв), позов про примусове виконання зобов'язання (ст. 232 ДЄСПв), позов про відшкодування заподіяних збитків (ст. 235 ДЄСПв). Позивачами можуть бути не тільки держави-члени та інші органи Співтовариства, а й фізичні та юридичні особи незалежно від їхньої національності, права яких таке рішення зачіпає⁴.

Якщо УПС порушує *державу-член ЄС*, то Комісія на підставі ст. 226 ДЄСПв має право подати до Суду спітовариств позов про примушення держави-члена до виконання своїх зобов'язань за установчим договором⁵. Проте на практиці Комісія по суті ігнорує порушення міжнародних договорів Співтовариства з боку держав-членів, оскільки «вона не сприймає ідею використання положень, які стосуються виключно Співтовариства, аби виконувати роботу за держав-нечленів»⁶. Аналогічний позов проти держави-порушника може подати й інша держава-член згідно зі ст. 227 ДЄСПв. Проте держави-члени уникають застосування цієї можливості навіть для захисту власних інтересів, не те, що інтересів держав — не членів.

Фізичні або юридичні особи не мають права позиватися проти держави-члена до судових органів Співтовариства. Утім, вони можуть захищати свої права, що надані нормами міжнародного договору і мають

¹ Див.: Витвицкая О., Горниг Г. Право Европейского Союза. – СПб., 2005. – С. 66.

² Рішення у справі *Kupferberg*. – П. 13, 14.

³ Рішення у справі *Demirel*. – П. 10.

⁴ На сьогодні існує стала судово практика з цього питання: Рішення у справі *Nakajima All Precision v. Council*; рішення від 13 лютого 1992 р. у справі C-105/90 *Goldstar v. Council* (European Court Reports, 1992. – P. I-677); рішення від 10 березня 1992 р. у справі 175/87 *Matsushita v. Council* (Там само. – 1992. – P. I-1409).

⁵ Див.: Рішення від 25 лютого 1988 р. у справах 194, 241/85 *Комісія в. Греції* (Там само. – 1988. – Р. 1037).

⁶ *Ehlermann C. -D. Application of GATT Rules in the European Community*, B: The European Community and GATT / Ed. by M. Hilf, F. Jacobs, E. -U. Petersmann. – Deventer. 1986. – P. 138. 139.

прямую дію, в національних судах. При цьому можливе залучення Суду співтовариств до захисту права за ст. 234 ДЄСПв¹. У 1974 р. Суд уперше дійшов висновку про наявність у нього юрисдикції тлумачити міжнародний договір у рамках надання преюдиційного висновку для національного суду, який розглядає справу про застосування цього договору². Якщо Суд співтовариств при розгляді запиту від національного судового органу постановляє, що рішення держави-члена або акт органу Співтовариства суперечить нормам договору Співтовариства, які мають пряму дію, то національний суд зобов'язаний вирішити справу на підставі норм цього договору.

Отже, підіб'ємо підсумки. Особливості УПС як джерела права Співтовариства визначаються її належністю до категорії змішаних угод, лише частина положень яких становить частину права Співтовариства. У судовому порядку можуть бути захищені лише ті права, що надані нормами УПС, за якими буде визнано пряму дію. Однак, наразі вірогідність цього є вкрай низькою.

Безсумнівно, майбутня нова угода України з ЄС також буде змішаною. У зв'язку з цим українській стороні слід надзвичайно ретельно формулювати її норми, а також вибороти максимально щільний рівень співпраці. Це дозволить розраховувати на визнання за її положеннями прямої дії, що відкриє для українських громадян і юридичних осіб шлях до захисту прав у судових органах Співтовариства чи судах держав-членів ЄС. Відтак, захист прав та інтересів української сторони принаймні не залежатиме лише від ласки органів ЄС або його держав-членів.

Надійшла до редколегії 04. 09. 06

О. Буткевич, кандидат юридичних наук

Формування норм *jus cogens* у докласичному міжнародному праві

Питання про юридичну сутність *jus cogens* завжди було об'єктом наукового інтересу, зважаючи на природу цих норм як імперативних

¹ Див.: *Heliskoski J.* The Jurisdiction of the European Court of Justice to Give Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements // *Nordic Journal of International Law.* – 2000. – Vol. 69, № 4. – P. 395–412.

² Рішення у справі *Haegemann*.

основоположних засад міжнародного права. Якщо для представників природно-правової школи питання було більш-менш зрозумілим: *jus cogens* це норми вищого порядку над волевстановленими людьми нормами і походять вони з настанов вищого (природного) розуму, Бога, природного права, то позитивісти змушені були пояснювати їх існування іншими критеріями. Вже з кінця XVII ст. і пізніше представники класичної доктрини міжнародного права (С. Рахель, К. Вольф, Е. де Ваттель, Г. Ф. Мартенс) розглядають проблему обов'язковості специфічних норм міжнародного права (*jus cogens*) у зв'язку із дослідженням співвідношення *jus civile* та *jus gentium*, *jus voluntarium* та *jus naturae*.

В доктрині міжнародного права XIX-XX ст. ст. часто порівнюються поняття *jus cogens* у міжнародному публічному праві та *ordre public* у внутрішньодержавному праві (із виникненням в XX ст. шкіл правового реалізму та «реальної політики» поняття *ordre public* в даному контексті було замінене на поняття *public policy*, з яким їх прихильники стали ототожнювати *jus cogens*)¹.

У другій половині XX ст. проблема характеристики *jus cogens* виникла у зв'язку із розглядом у 60-х роках Комісією Міжнародного Права ООН (під час її роботи над кодифікацією права міжнародних договорів) питання про недійсність договорів, що суперечать імперативним принципам міжнародного права². В цей же час у доктрині міжнародного права природа *jus cogens* розглядається у форматі дискусії про ієрархію норм міжнародного права³.

Однак досить рідко вчені зверталися безпосередньо до етапу формування *jus cogens* у міжнародно-правовій практиці стародавнього, се-

¹ Див.: Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens*. – Тбилиси, 1982. – С. 18-19, 206-219.

² В доктрині часто ототожнюють основні принципи міжнародного права, викладені в Декларації ООН «Про принципи міжнародного права» 1970 р., із нормами *jus cogens*. Але це не абсолютно рівнозначні поняття: *jus cogens* є показником міри імперативності норми (див.: Тункин Г. И. Теория международного права. – М., 1970. – С. 168-183; Cassese A. International Law. – Oxford, 2001. – P. 138-148; Byers M. Conceptualizing the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules // Nordic Journal of International Law. – 1997. – Vol. 66. – Kluwer Law International: Printed in Netherlands, 1997. – P. 211-239

³ Див.: Friedman W. The Changing Structure of International Law. – L., 1964; Weiler J. H. H., Paulus A. L. The Structure of Change in International Law or is there a Hierarchy of Norms in International Law. – Symposium: Changing Structure of International Law Revisited // European Journal of International Law. – 1997. – Vol. 8. – № 4. – P. 558-560; Salcedo J. A. C. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. – Там само. – P. 590-592.

редньовічного періодів (власне періодів генезису і становлення самого міжнародного права) та їх трансформації й особливостей на різних етапах розвитку докласичного міжнародного права (до періоду розвинутого середньовіччя).

З сутності норм *jus cogens*, які покликані цементувати міжнародне право, зміцнювати його регулятивні властивості й загальнообов'язкову природу, випливає, що їх виникнення і становлення мають відбуватись уже на перших стадіях формування цього права. Тому в міжнародній взаємодії стародавніх додержавних суспільних утворень між ними виробляються специфічні правила, які набувають обов'язкової сили і порушення яких карається найбільш суворо. В міжнародних відносинах V-III тисячоліть до н. е. зароджуються характерні міжнародно-правові принципи й інститути, котрі згодом стануть імперативними положеннями міжнародного права. Якщо *генезис* норм такого роду відбувається в міжплемінних, міжродових відносинах (коли ще можна говорити не про міжнародне право, а швидше — про протоправо чи зародок цього права), то їх *зміцнення і становлення* як імперативних норм та принципів міжнародного права проходять у взаємодії стародавніх країн, коли таке право вже склалось.

Норми *jus cogens* на перших етапах міжнародної взаємодії формувалися за умов різниці у звичаях, звичках, правосвідомості, релігійних віруваннях (що особливо важливо у період великого авторитету релігії), навіть форми учасників міжнародних відносин (одні знаходились на рівні роду, інші — племені, племінного об'єднання, вожества, ранньої держави тощо). Тому з метою врегулювання відносин між такими строкатими утвореннями виникають специфічні норми, за своєю природою ключові, основоположні, однаково обов'язкові для дотримання усіма. Умовою дієвості регулювання відносин між такими об'єднаннями стало усвідомлення ними необхідності підкоритися цим спільним (загальним) нормам міжнародного характеру. Усвідомлення міжнародних відносин і права первісними утвореннями, визнання своїх контрагентів на міжнародній арені, важливе для розуміння формування принципів *jus cogens*, бо відбувається і відіграє значну роль при їх створенні, з нього походить визнання необхідності таких норм¹.

Ураховуючи різноманіття суб'єктів міжнародних відносин та їх різнорідність, норми *jus cogens* з метою ефективного врегулювання міжнародних відносин повинні були, по-перше, втілювати спільні уяви

¹ Про започаткування міжнародних відносин, каталізатори та особливості походження міжнародного права див.: Буткевич О. В. Міжнародне право Стародавнього Світу. — К., 2004. — С. 22-116

цих народів про міжнародне співжиття; по-друге, міститись у прийнятній та зрозумілій для усіх формі; по-третє, бути загальноновизнаними, мати реальний механізм дотримання.

Через економічну несамодостатність більшості первісних суспільних утворень і неможливість самостійно гарантувати свою безпеку, реалізувати свої життєвоважливі інтереси вони могли лише в міжнародній торговельній, війсьній та іншій взаємодії. В процесі налагодження таких відносин формується переконання в необхідності певної систематизації міжнародного співжиття народів на основі його вноормування, створення умов для міжнародної взаємодії. Такі уяви стародавніх народів хоча й містилися у різних, зрозумілих для кожного з них, релігійній, звичаєвій формі, але спільною для них була ідея реалізації міжнародних відносин. Уяви первісних народів про їх співжиття формуються в природно-правовій або релігійній площині і вже починають відображати спільні для цих народів імперативні принципи побудови їх взаємовідносин.

Найбільш прийнятною, зрозумілою для різних народів (а тому — стабільною) формою для норм *jus cogens* від початку став звичай. Випробовування часом він проходив унаслідок процедури свого створення — довготривалої й одноманітної практики застосування. Саме тому міжнародні звичаї формувались для регулювання ключових, життєво важливих сторін міжнародних відносин; тому найбільш важливі ідеї міжнародного права, його імперативні принципи мають звичаєве походження. Так, першими виникають звичаї щодо: встановлення миру, ведення війни, укладання угод, встановлення відносин рівності, взаємності, уможливлення інших відносин. У всіх цих сферах міжнародні звичаї фіксували основоположні погляди, ідеї щодо їх належного впровадження. Це дало деяким дослідникам підставу вважати, що «звичаєвий характер міжнародного права є однією з основних умов його ефективності»¹. Подібна роль міжнародного звичаю пояснюється тим, що він відображає найбільш глибокі властивості людської цивілізації: «Важливість звичаю в міжнародній сфері є величезною ...тому, що в ньому міститься найбільш вагома — давня й основна частина міжнародного права», у тому числі його імперативні принципи².

З метою визнання таких звичаїв суспільно, релігійно, етнічно різними народами вони виробляють загальноприйнятну процедуру їх створення. З урахуванням ролі релігії у той період норми *jus cogens* створюються за допомогою релігійних процедур, причому під час них сторо-

¹ *Bederman D. J.* International Law in Antiquity. – Cambridge, 2001. – P. 49.

² Див.: *Lauterpacht H. International Law.* – 1970. – Vol. I: General Works. – Cambridge, 1970. – P. 61.

нами визнаються боги і вірування одна одної, встановлюється міжнародна релігійна терпимість, а оскільки створення таких норм відбувається «за участі», перед лицем основних богів сторін, встановлюється обов'язок їх неухильного дотримання.

Зі вступом первісних утворень у взаємовідносини виникла необхідність у врегулюванні в першу чергу ключових або найбільш спірних питань. До таких сфер належали договірні, посольські, воєнні та економічні зносини, де норм *jus cogens* найбільше. Формуються принципи дотримання міжнародних зобов'язань, недоторканності іноземних послів, справедливої війни, правової еквівалентності та ін. Як видно з наведеного переліку, ці норми формуються для уможливлення міжнародних відносин і як засіб дотримання права, що їх регулює. На приклади цих галузей можна простежити механізм формування в стародавньому міжнародному праві норм *jus cogens*.

Існуюча в міжнародному праві теорія основної норми вбачає в основі обов'язковості цього права визнання і дотримання його суб'єктами імперативного принципу *pacta sunt servanda*¹. Не вдаючись до аналізу цієї теорії, слід відзначити, що даний принцип виникає для уможливлення міжнародних контактів первісних утворень і закріплюється як загальнообов'язкова норма їх взаємодії безвідносно до галузі міжнародних зобов'язань — договірних, посольських, торговельних та ін. Формування цього принципу є характерним для процедури створення норм *jus cogens*. Саме тому процедура укладання договорів як основа міжнародно-правового регулювання (міжнародне договірне право) регламентувалась найбільш суворо. Серед засобів забезпечення міжнародного договору застосовувались магічні обряди, релігійні клятви сторін на вірність домовленостям, процедури жертвоприношення, закликання у свідки божеств сторін (релігійні засоби забезпечення домовленостей були найбільш дієвими); серед «світських» засобів — утримання заручників, (переважно від залежних або напівзалежних держав), сплата данини, гарантія третіх держав, скріплення договору шлюбом з донькою чи сестрою царя

¹ Див.: Анцилотти Д. Курс международного права. – Т. 1: Введение – Общая теория. – М., 1961; Оппенгейм Л. Международное право. – М., 1948. – Т. 1, полут. 1; Verdross A. Le Fondement du Droit International. –Recueil des Cours. Académie de Droit International. 1927. I. Tome 16 de la Collection. Paris. Librairie Hachette. 1928. – P. 250 – 323; Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, 1945; Kelsen G. Principles of International Law. – 1952. – New York – Chicago – San Francisco – Toronto – London, 1966.

іншої сторони (особливо характерне для єгиптян), обмін подарунками тощо¹.

Особливості процедури створення міжнародних домовленостей в період її зародження та першого етапу становлення майже повністю полягають у досягненні мети непорушності міжнародних договорів (це ж пояснює її суворий характер); в хетських договорах звичайним формулюванням є: «Я зв'язаний договором, якому клявся належним чином»². З'явившись раніше за багато інших міжнародно-правових інститутів, правила щодо укладання міжнародних договорів були продиктовані об'єктивними вимогами життя — їх встановлення на певному етапі міждержавного спілкування стало єдиною умовою не лише співіснування держав, а й задоволення ними внутрішніх потреб та інтересів.

Іншою сферою, що потребувала імперативно-правового закріплення, були посольські зносини. Виникнення принципу недоторканності дипломатичних та торговельних представників, що було зумовлено функціональною необхідністю, за порушення якого передбачалась суворая відповідальність, можна датувати первісним періодом (у більш пізній час порушення даного принципу тягло за собою розірвання відносин і навіть могло розглядатись як акт оголошення війни)³. За часів Стародавнього Риму цей принцип уже був загальновизнаним: «Якщо хтось напад на посла ворогів, він розглядається таким, що порушив право народів,

¹ Про договірну процедуру стародавніх народів див.: Ancient Near Eastern Texts relating to the Old Testament / Ed. by J. B. Pritchard. — Princeton. New Jersey, 1955; Fontes Historiae Juris Gentium. Sources Relating to the History of the Law of Nations / Ed. by W. G. Grewe / Vol. 1 (1380 B. C. — 1493). — Walter de Gruyter. Berlin, New York, 1995; Beckman G. Hittite Diplomatic Texts / Ed. by Hoffner A. H. Society of Biblical Literature. Writing from the Ancient World Series. — Atlanta, Georgia, 1999; Cooper J. S. Reconstructing History from Ancient Inscriptions: The Lagash — Umma Border Conflict. Sources from the ancient Near East. — Vol. 2. F1. Malibu, CA, Undena Publications, 1983; Amnon Altman. The Role of the «Historical Prologue» in the Hittite Vassal Treaties: An Early Experiment in Securing Treaty Compliance // Journal of the History of International Law. — 2004. — Vol. 6. — N. 1. — P. 43-63; Hillers D. R. Treaty — Curses and the Old Testament Prophets. Rome. Pontifical Biblical Institute. — 1964; Karavites P. Promise — giving and treaty — making. Homer and the ancient Near East. E. J. Brill. Leiden, New York, Kūln, 1992; McCarthy D. J. Treaty and Covenant. Rome. Pontifical Biblical Institute. — 1963.

² Див.: Договір царя країни хетів Суппіліліуми I з правителем Амурру Азірасом 1380 р. до н. е., договір царя країни хетів Мурсіліса II з правителем Хапали Таргасналлісом 1355 р. до н. е., договір царя країни хетів Муваталліса II з правителем Кіццуватни Сунассурасом 1300 р. до н. е. та ін.

³ Див.: Numelin R. The Beginnings of Diplomacy. A sociological study of intertribal and international relations. — L., 1950. — P. 147.

бо особа посла визнається священною. Так само, якщо в нас перебуває посол народу, проти якого оголошено війну... він є вільним залишитись; бо цього вимагає право народів» (Д. 50. 7. 18)¹.

У стародавньому праві війни норми *jus cogens* застосовуються з метою врегулювання процесу оголошення, перебігу та закінчення війн, установлення можливих методів та засобів їх ведення. Зокрема виділяється імперативний принцип щодо критеріїв справедливої війни (її оголошення), асілії (вилучення з воєнних дій певних категорій осіб, територій) та ін.²

У сфері міжнародно-правової відповідальності норми *jus cogens* в основному формуються як імператив неминучого покарання за порушення учасником міжнародних відносин своїх міжнародно-правових зобов'язань.

У цілому, якщо в стародавній період і не знали терміна «імперативна норма», то самі норми *jus cogens* широко застосовувалися в міжнародному праві. У стародавніх Китаї, Індії, Єгипті, Месопотамії, Греції, Римі ці норми виходили від верховних властей і проголошувалися як волевиявлення богів, тобто були такими, які є обов'язковими для дотримання і яким не можуть суперечити інші норми міжнародного права (*jus cogens* тут подається як природне право). Разом із загальними принципами права і принципами міжнародного публічного права вони сприяли зміцненню інститутів і галузей останнього. За природою свого походження це були, як правило, звичаєві норми, першоджерелами яких розглядались засади розуму, принципи природи і божественні накреслення.

Створені для регулювання найбільш важливих міжнародних відносин норми *jus cogens* у стародавній період паралельно піддаються теоретичному тлумаченню мудрецами та законодавцями, пояснюючись в цілому через природно-правові або релігійні (божественні) категорії. Давньогрецькі і давньоримські мислителі намагаються пояснити природу специфічної категорії правил, що лежать в основі права, взаємин людей і народів, характеризуючи їх як такі, що походять з настанов

¹ Цит. за: *Corpus Juris Civilis academicum parisiense; in quo Justiniani Institutiones, Digesta, Sive Pandectae, Codex, Authenticae, Seu Novellae Constitutiones, et Edicta comprehenduntur; Praeterea Leonis et Aliorum Imperatorum Novellae Constitutiones, Canones Sanctorum Apostolorum, ac Feudorum Libri; Huic Editioni, cum optimis quibusque collatae, nove accesserunt, Sub Titulo Juris Antejustiniani. Opera et Cura C. M. Galliset curius parisiensibus advocati. Sexta Editio. Lutetiae Parisiorum Apud A. Cotelle, Bibliopolam, M DCCC LVI.*

² Див.: *Watson A. International law in archaic Rome. War and religion. -Baltimore and London, 2000; Sun Tzu. The Art of War. – Oxford, 1963.*

Цю аргументацію обов'язковості правових приписів у них сприйняли й розвинули римські політичні діячі та юристи. Цицерон під впливом

⁴ Див. також: *Gierke O.* Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800. – The Law Book Exchange, Ltd. Union New Jersey, 2001. – P. XXXIV-XXXV.

вчення Аристотеля і концепції стоїків вважав, що імперативні правові приписи виникають унаслідок вимоги природи, загального розуму і справедливості. Він визначав право як «вищий розум, котрий вселений в природу і вказує, що повинно бути зроблено, і забороняє протилежне» (Про закони. I. b. 18-19). «Справжній закон, — вважав він, — це розумний стан, який відповідає природі, поширюється на всіх людей, постійний, вічний, закликає до виконання обов'язку, наказуючи, забороняючи, відлякуючи від злочинів;... обмежувати якоюсь мірою його дію не дозволено; скасувати його повністю неможливо» (Про державу, III, XXII, 33).

Право народів Цицерон розуміє як таке, що частково є природним (закони справедливого спілкування народів), а частково таким, про яке домовляються самі народи. І хоч останнє не може суперечити природному праву, Цицерон вважав, що існує частина його норм, що мають безумовний імперативний характер, навіть у супереч певним законам права природи, порушення яких є законною підставою для оголошення війни. Це принципи обов'язковості дотримання міжнародних договорів, захисту і недоторканності послів тощо.

Наприкінці періоду античності теорія існування специфічних імперативних норм міжнародного права, що закріплюють його обов'язковість, зазнала певних змін. Розрізняючи вище право природи, куди входило і право народів, і право цивільне, римські юристи (зокрема Гай) вважали, що право народів обов'язкове для дотримання. Втім з розвитком теорії цього права (зокрема з переходом від пізньої античності до раннього середньовіччя) його обов'язковість почали пояснювати через більш позитивні критерії. Так, на думку Ульпіана, можна легко побачити відмінність права народів від природного права, оскільки «останнє є спільним для всіх живих істот, а перше лише для людей (в їх відносинах між собою)» (Д. 1. 1. 4)¹.

До початку етапу раннього середньовіччя норми *jus cogens* сприяли закріпленню певних уяв щодо міжнародного права в цілому. Воно як частина природного права закріплене в правових актах усіх народів, розглядалось як таке, що має вищу юридичну силу і в державі, і в міжнародних відносинах. Його загальновизнані принципи вищі за прагнення чи інтереси народів, бо в них закладені імперативи природного права. Ці імперативи та вимоги природи і міжнародні договірні зобов'язання, що їх відображають в юридичній формі, становлять основу права народів. Усі інші міжнародно-правові волевиявлення є похідними від цих імперативів, і якщо вони їм суперечать, то вони недійсні.

¹ Однак теоретики міжнародного права ще довго наполягатимуть на природно-правовому характері його імперативних норм (див.: *Calvo M. C. Le Droit International theoretique et pratique. Tome premier.* — P., 1880. — P. 4-5).

В цей період у теорії вже проявляється поділ норм міжнародного права на основні принципи (*jus cogens*) і норми простішого характеру, більш гнучкі й залежні виключно від волі людини.

З таким ідеологічним обґрунтуванням імперативності норм міжнародного права (через природно-правову концепцію) пізня античність підійшла до свого фіналу. Проте за своїм характером ці норми на відміну від природного права є не незмінними, вічними, раз і назавжди установленними правилами, а такими, що можуть змінюватися відповідно до міжнародно-правових реалій. Про це свідчить трансформація стародавнього міжнародного права в міжнародне право середньовіччя. При переході від одного типу цього права до наступного існує певна закономірність: чим більш значущий для системи міжнародного права елемент чи компонент, тим менших змін він зазнає. Так, при переході від стародавнього до середньовічного міжнародного права практично зникають окремі норми (обмін подарунками, жертвоприношення та ін.); деякі інститути зазнають змін (династичні шлюби, оголошення війни, асілія та ін.); повільніше змінюються загальні принципи права як закономірні властивості всіх чи більшості правових систем. Очевидно, що норми *jus cogens*, які ефективно пристосовувались до регулювання міжнародних відносин нового типу, зазнають мінімальних змін.

Повністю сприйняла розуміння норм *jus cogens* рання середньовічна правосвідомість. Трансформація торкнулася його лише остільки, оскільки античний політеїзм було замінено християнським монотеїзмом. Природно-правові погляди римських юристів вплинули на розвиток християнської правової думки середньовіччя¹. Нерідко до їхніх природно-правових тлумачень вдавалися глосатори і постглосатори.

Так, підхід Цицерона до імперативів природного права вплинув на християнських авторів (Лактанцій, Амбруез, Августин Блаженний та ін.): «Амбруез і Августин брали природне право у Цицерона, додавали до цього християнські вислови і робили його здатним захищати церкву»². Критерієм імперативності стають не загальні принципи природного права, а приписи Біблії (або Корану). Право визначати імперативність норм міжнародного права (питання юридичної сили міжнародних договорів, звільнення від міжнародних зобов'язань, придбання території, статусу нехристиянських земель, вирішення міжнародних спорів, законів і звичаїв війни та ін.) привласнює християнська церква. У законах і звичаях війни вводяться «божий мир» і «боже перемир'я», а також заборона християнам використовувати деякі види зброї.

¹ Див.: Папаян Р. А. Христианские корни современного права. – М., 2002.

² Watson G. The Natural Law and Stoicism / In: H. Long (ed.) Problems in Stoicism. – L., 1971. – P. 228, 235-236.

Однак у ранньому середньовіччі застосування норм *jus cogens* зазнає певних змін. Загальність їх дії для стародавніх народів замінюється визнанням їх імперативності тільки для християн. Лише ті міжнародні договори, які укладались ім'ям Бога і святої трійці (згадка повинна була бути в преамбулі договору), визначались як обов'язкові для дотримання (в договорі Київської Русі з Візантією 945 г. вказувалось, що він діятиме «допоки світить сонце і стоїть світ»). Тільки ті послі вважались недоторканими, які знаходились під захистом Бога¹. Безбожники не мали підстав претендувати на недоторканність, а тим, хто порушував недоторканність посла, загрожувало відлучення від церкви. В. Фрідман відзначав: «У цій теорії права християнство було вищою духовною й юридичною цінністю, що стоїть над будь-яким іншим правом. Концепція стоїків про природне право стала базисом цього вчення: батьки церкви почали підміняти розум християнською вірою, вищим правом Всесвіту. Залишалося забезпечити нове ієрархічне феодальне суспільство ієрархією прав»². Такий стан речей проіснує в міжнародному праві всю першу половину середніх віків.

Середньовічні мислителі (І. Севільський, Ф. Суарес, Д. Граціан, Августин Блаженний, Тома Аквінський та ін.) запозичують у римських юристів (Ульпіана) класифікацію права, додавши їй своє розуміння: природне право, право народів, право цивільне, тобто встановлене державною владою. Декрет Граціана багато в чому слідує цій традиції, але вже виділяє божественне (канонічне) право як таке, що стоїть над писаним правом і звичаями³. Йому відповідно належить імперативність приписів.

Августин Блаженний, перебуваючи в питанні про імперативи міжнародного спілкування під впливом міжнародно-правової ідеології Стародавньої Асирії та античного Риму, тлумачить їх так: «Небесний град... закликає громадян з усіх народів і набирає мандруюче суспільство з усіма мовами, не надаючи значення тому, що є різного в моралі, законах і установах, якими світ земний встановлюється і підтримується; нічого з останнього не скасовуючи і не знищуючи, а навпаки, зберігаючи і дотримуючись усього, що хоча у різних народів по-різному, але

¹ Див.: Kaplan B. J. Diplomacy and Domestic Devotion: Embassy Chapels and the Toleration of Religious Dissent in Early Modern Europe // Journal of Early Modern History. – 2004. – Vol. 6. – № 4. – P. 341-361.

² Friedmann W. Legal Theory. – N. Y., 1967. – P. 107-108.

³ Corpus iuris canonici. – Editio Lipsiensis secunda / post Aemilii Ludouici Richteri curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognouit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars prior. Decretum Magistri Gratiani. Ex officina Bernhardi Tauchnitz. Lipsiae MDCCLXXIX. – Concordia Discordantium Canonum. Ac Primum. De iure naturae et constitutionis. Distinctio prima. C. IX-XI.

направляючи до однієї й тієї ж самої мети земного миру, якщо лише не суперечить релігії, яка вчить шануванню єдиного найвищого і справжнього Бога»¹. В основу світобудови він ставив теологічне право, божі приписи і з таких позицій тлумачив імперативи міжнародного права: «Але мудрий, кажуть, буде вести війни справедливо;... бо коли вони не були б справедливими, йому б не потрібно було їх вести... Несправедливість супротивника примушує мудрого вести справедливо війни;... варвари, всупереч правилам і звичаям війни, надавали для притулку священні і найбільш просторі місця і не лише дійсним рабам христовим, а в багатьох випадках і самозванцям надавали таку пошану»².

У Томи Аквінського, безпосередній вплив на якого справив Аристотель, імперативні норми закладені в божественному законі (який людству дається як вічний закон), узгодженому з ним природному законі, імперативи якого повинні закладатися в людське право. Останнє саме по собі практично позбавлено імперативності³.

У другій половині середньовіччя тлумачення природи *jus cogens* продовжувалось в рамках природно-правової доктрини, хоча в міжнародно-правовій практиці ці норми вже сформовані і ефективно застосовуються в найбільш важливих сферах міжнародних відносин⁴.

Такий шлях формування й трансформації пройшли норми *jus cogens* в докласичному міжнародному праві. На різних етапах розвитку ці норми хоча і змінювалися, але були притаманні всій історії цього права як його своєрідний базис і найбільш стабільна частина. Те ж саме можна сказати і про спроби їх теоретичного обґрунтування, які попри загальну думку про досить пізню появу теорій щодо обов'язковості міжнародного права (в його класичній науці) мали місце, починаючи з давнини⁵. З періоду середньовіччя норми міжнародного права *jus cogens* — сформовані і загальновизнані імперативні засади цього права, що мають не тільки практичне застосування, а й теоретичне тлумачення.

Надійшла до редколегії 15. 09. 06

¹ Блаженный Августин. — К.; СПб., 1998. — Т. III: Творения. О граде Божием. — Кн. I-XIII. — С. 463; Кн. XIV-XXII. — С. 351-352.

² Там само. — Т. III. — С. 31, 35, 41, 54.

³ Див.: Аквінський Тома. Коментарі до Аристотелевої «Політики». — К., 2000; Фома Аквінський. Сочинения. — М., 2002; St. Thomas Aquinas. The Summa Theologica (Benziger Bros. edition, 1947). — Translated by Fathers of the English Dominican Province (<http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS091.html>)

⁴ Див.: Littlejohn J. M. The Political Theory of the Schoolmen and Grotious. — Parts I, II and III. — 1896; Strauss L. Droit Naturel et Histoire. — Paris, 1954. та ін.

⁵ Див.: Алексидзе Л. А. Вказ. праця. — С. 80-81.

О. Дашковська, доцент НЮА України

Гендерна експертиза законодавства: методологічні аспекти

Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей чоловіків і жінок» визначає гендерно-правову експертизу як аналіз чинного законодавства, проектів нормативно-правових актів, результатом якого є надання висновку щодо їх відповідності принципу забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. У ст. 4 цього Закону встановлено, що висновок гендерно-правової експертизи є обов'язковою складовою пакета документів, що разом з проектом нормативно-правового акта подається до розгляду.

Гендерні дослідження як один з методів пізнання правової дійсності¹ замінили біодетерміністський підхід, котрий приписував суб'єктам права певні соціально-культурні характеристики залежно від їх біологічної статі², що, в свою чергу, обмежувало права і свободи як жінок, так і чоловіків. Гендерний підхід³ визнає біологічні відмінності людей, однак не акцентує на них увагу, вважаючи їх результатом соціокультурного розвитку суспільства.

Сутність гендерного підходу полягає не просто в описуванні різниці в становищі суб'єктів жіночої і чоловічої статей, а в дослідженні чинників, що впливають на формування моделей поведінки жінок і чоловіків. Для визначення таких понять, як «особа репродуктивного віку», «вагітна жінка», «захисник Вітчизни», «батьки воїнів» тощо, важливо використовувати саме гендерний підхід. Ці правові категорії застосовуються в законодавстві з метою регулювання суспільних відно-

¹ Див.: Введение в гендерные исследования: Учеб. пособ. / Под ред. И. А. Жеребкиной. – Х., 2001.

² Див.: Баллаева Е. Гендерный анализ политики в сфере здравоохранения и индикаторы гендерного равенства в сфере охраны здоровья // Проблемы гендерной статистики в Российской Федерации. – М., 2003.

³ Див.: Мезенцева Е. Гендерные аспекты разделения домашнего труда: основные тенденции и вопросы экономической оценки // Там само.

син і безпосередньо виражають демографічну, культурну, ідеологічну, сімейну, освітню політику держави.

Відмінність гендерного аналізу від біодетерміністського полягає в тому, що біодетерміністи пояснюють нерівність правового статусу чоловіків і жінок через відмінності в анатомії та фізіології жіночих і чоловічих організмів, які вважають природно визначеними і незмінними. Проте гендерний аналіз виходить із ключового постулату про соціальну визначеність і нетривалість певних ознак правового статусу чоловіків і жінок (відпустки по догляду за дитиною надаються не тільки жінкам, а й чоловікам). Відповідно до біодетерміністського підходу роль держави зводиться до зміцнення патріархальних відносин між статями, а гендерний підхід визнає державу активним учасником формування правових норм, що регулюють відносини між рівноправними суб'єктами права. Гендерний аналіз дозволяє не тільки визначити сфери можливих обмежень прав і свобод людини залежно від соціальних характеристик статі, а й проаналізувати, як саме і якими засобами держава гарантує права і свободи громадян та забезпечує виконання ними обов'язків незалежно від статі (зокрема обов'язок захищати Вітчизну). В межах біодетерміністського підходу фактично визнається неможливість подолання дискримінації, а гендерний аналіз сприяє ліквідації дискримінації за ознакою статі.

Гендерні дослідження визначаються через їх спрямованість на встановлення причин і фактів існування нерівності у доступі до ресурсів влади в економічній, політичній і культурній сферах для громадян залежно від їх статі. Предметом гендерних досліджень є різні форми і методи впливу держави на відносини, в яких беруть участь чоловіки і жінки як рівноправні суб'єкти суспільних відносин, а завданням гендерних досліджень є встановлення чинників, за допомогою яких нерівність за ознакою статі виникає і відтворюється.

Скорочення ролі держави в регулюванні соціальних і трудових відносин в умовах промислового спаду веде до жорсткої конкуренції на ринку праці (переважно високооплачуваної) за рахунок погіршення соціального захисту працівників¹, і в цій конкурентній боротьбі виграють переважно чоловіки. Тому «гендерно-нейтральна» політика в питаннях скорочення зайнятості має чітко виражений дискримінаційний характер за ознакою статі, що можна запобігти за допомогою застосування гендерно-правової експертизи законопроектів. Гендерні експертизи законо-

¹ Див.: Гончарова Г. С., Руднєва О. М. Проблеми правового регулювання праці жінок в умовах становлення ринкової економіки еволюція правового становища жінок: історія і сучасність / Наук. ред. Гетьман А. П. – Х., 2000. – С. 42-67.

давства різних держав свідчать про те, що незалежно від свого типу кожна держава постійно корегує власну гендерну політику кожного десятиліття. Наприклад, у багатьох країнах професія лікаря тривалий час була виключно «чоловічою професією», а в Україні радянської доби ця професія різко фемінізувалася.

На офіційному рівні про необхідність проведення експертизи законодавства в галузі додержання прав жінки відповідно з правами й основними свободами людини було вперше заявлено в постанові Кабінету Міністрів України, прийнятої на виконання рішень IV Всесвітньої конференції по становищу жінок (Пекін, 1995 р.), яка затвердила Програму дій щодо поліпшення становища жінок в Україні, і передбачала проведення експертизи законодавства з метою забезпечення відповідності законодавства про права жінок міжнародним стандартам у галузі прав людини.

Гендерна експертиза законодавства має деякі відмінності, пов'язані з об'єктом експертизи — чинним законом або законопроектом. Об'єкт експертизи законодавець обирає самостійно, так само як і коло організацій та осіб, які її проводять. При експертизі чинного законодавства коло досліджуваних законів експерт обирає самостійно, а конкретика і масштаб аналізу зумовлюють докладність зауважень і пропозицій експерта щодо вдосконалення законодавства.

Основним завданням гендерної експертизи є введення принципу рівноправності статей через розроблення механізмів формування гендерної рівності, що виражається в паритетному представництві, рівному доступі до прийняття рішень і ресурсів влади, рівній відповідальності. Слід відзначити, що метою гендерної експертизи є не просто аналіз прав жінок як окремої категорії громадян, а дослідження більш широкого поняття — умов забезпечення гендерної рівності.

Предметом гендерної експертизи є ефективність державних механізмів регулювання та регламентування всіх сфер суспільного життя, що впливають на доступ громадян та їх об'єднань до різноманітних ресурсів, ступінь і можливість реалізації ними всіх конституційних прав. До предметного аналізу гендерної експертизи входять нормативно-правові акти, правова поведінка громадян, їх правосвідомість, а також сукупність соціально-економічних, культурних і політичних відносин, що забезпечують конструювання гендерних відносин. Саме таке широке визначення предмета аналізу дає змогу визначити об'єктом гендерної експертизи всю сферу державно-правової дійсності.

Завданням гендерної експертизи є оцінка законодавства і вироблення рекомендацій для органів влади, що беруть участь у правозакріплен-

ні та правозастосуванні, тобто формування заходів для забезпечення і розширення рівних можливостей громадян та їх об'єднань. Очікується, що зазначені державні заходи призведуть до поетапного усунення негативної дискримінації і запровадження різноманітних заходів вирівнювання правового становища чоловіків і жінок. Тому при проведенні гендерної експертизи потрібно щораз розпочинати аналіз з оцінки того, як новий закон впливає на соціально-економічне становище не просто всіх чоловіків і жінок, а їх окремих груп. Важливо застосовувати диференційний підхід, оскільки може виявитися порушення прав за ознакою статі окремих груп: релігійних, професійних, територіальних тощо. Наприклад, заходи у сфері оподатковування можуть спричинити поліпшення становища жінок однієї групи за рахунок іншої. В такому разі законодавче регулювання має бути оцінено як дискримінаційне, а для ліквідації дискримінації запроваджено відповідні зміни.

Гендерна експертиза законодавства країн перехідного періоду ускладнюється динамікою чинного законодавства і відсутністю закону про забезпечення гендерної рівності, що є важливою методологічною умовою гендерної експертизи. Саме на законодавчому рівні треба визначити такі поняття, як «гендерна рівність» і «дискримінація за ознакою статі», що стане початком реалізації політики рівних можливостей, яка передбачає: широку інформаційно-пропагандистську й освітню діяльність; удосконалення процедури розгляду судових справ; заходи позитивної дискримінації через запровадження квот; заохочення за допомогою податкової політики; введення нових і посилення чинних санкцій у законодавстві за протиправні дії, що призвели до дискримінації за ознакою статі; посилення контролю тощо.

Складність і широта предметної сфери вимагають щораз при проведенні гендерної експертизи використовувати вже відомі методи соціології, економіки, правознавства, політології. Слід звернути увагу на те, що методи гендерної експертизи розрізняються залежно від її предмета — всього чинного законодавства або окремої галузі права, окремого закону (проекту). При експертизі деяких статей чинного законодавства або змін і доповнень треба враховувати, що аналітична робота вимагає від експерта спеціальних фахових знань та відповідного досвіду.

Важливо розмежовувати, які аналітичні процедури вважаються експертними, а які — не відповідають зазначеним мінімальним вимогам. На жаль, у літературі зустрічаються деякі тексти з посиланням на використання «гендерної експертизи» в питаннях, що не пов'язані з експертним аналізом, а є публіцистичним висловом. Міжнародна практика

оцінки державної політики, зокрема законодавчої, припускає додержання мінімального стандарту методів, що використовуються експертом¹, які належать до стандартних методів наукового й експертного аналізу, з урахуванням недискримінаційних принципів.

Як самостійний вид експертного аналізу гендерна експертиза вимагає спеціальних знань, академічної кваліфікації й досвіду в проведенні соціально-правового, соціально-економічного і соціально-політичного аналізів. Навички застосування гендерного аналізу вимагають професійного володіння як мінімум чотирма сучасними дисциплінами, такими як гендерна економіка, феміністська юриспруденція, гендерна політика, гендерна лінгвістика². Успішне проведення гендерної експертизи вимагає участі в ній колективу фахівців, що пов'язано не тільки з трудомісткістю процесу, а й з розгалуженою системою спеціалізації усередині галузей права, що виключає можливість участі одного експерта, досвідченого в усіх галузях права.

Будь-яка експертиза законодавства має за мету підвищення його ефективності, що досягається шляхом скорочення зайвої кількості нормативних актів, заповнення прогалин, усунення колізій між нормативними актами і тим самим зміцнення системи законодавства. Одним з центральних завдань експерта, має бути перевірка того, наскільки закон точно і повно відповідає системі законодавства на всіх її рівнях.

Гендерна експертиза законодавства відбувається в декілька етапів і розпочинається з перевірки доцільності правового регулювання. Експертиза законодавства — перший невід'ємний етап і елемент процесу як створення закону, так і його застосування. Законодавець повинен неодноразово піддавати законопроект найрізноманітнішій перевірці, яка розпочинається з аналізу наявності чи відсутності соціально-економічної потреби в правовому регулюванні цієї або іншої сфери суспільних відносин. Істотну допомогу у вирішенні цього питання можуть і повинні надати наука і відповідні громадські об'єднання. Експерт має переконатися, чи повинні ті чи інші суспільні відносини регулюватися нормами права або їх регламентація можлива і найбільш доцільна на рівні правил моралі. Наприклад, за Сімейним кодексом України незрозуміло, чи можна в шлюбному договорі чоловіка і жінки, які належать до різних конфесій, передбачати, за правилами якої релігії вони збираються виховувати своїх дітей. Треба також пам'ятати, що правомірність визначен-

¹ Див.: О некоторых проблемах методологии гендерной экспертизы законодательства. / Отв. ред. Климантова Г. И. — М., 2002.

² Див.: Доклады Второй международной конференции «Гендер: язык, культура, коммуникации». Москва, 22-23 ноября 2001 г., — М., 2002.

ня того або іншого правила у шлюбному договорі залежить і від можливості домогтися його виконання через судові рішення в разі невиконання. Наприклад, закріплення в шлюбному договорі обов'язку чоловіка і жінки любити одне одного до смерті одного з них виходить за рамки правового поля.

Другий етап складається з перевірки системності *ієрархічної структури* законодавства з питань гендерної рівності. Конституція України має найвищу юридичну силу, пряму дію і застосовується на всій території України. Тому перевірка системності ієрархічної структури законодавства має розпочинатися з аналізу співвідношення норм закону або іншого нормативного акта з положеннями Конституції України. При цьому специфіка гендерної експертизи полягає в тому, що закон або підзаконний акт повинен одночасно перевірятися відповідно до не однієї, а двох статей Конституції, зокрема ст. 24, яка встановлює, що чоловік і жінка мають рівні права і свободи та рівні можливості для їх реалізації.

Розбіжність норм того або іншого закону з конституційними положеннями — явище рідкісне. Однак аналіз певної статті одночасно зі ст. 24 Конституції України змінює оцінку правомірності й конституційності розглядуваних норм. Наприклад, у Туреччині, більшість населення якої сповідує іслам, закон забороняє жінкам з'являтися в публічних закладах у хустках та інших мусульманських уборах, у тому числі відвідувати університети.

Третій етап передбачає перевірку системності *галузевої структури законодавства* з питань гендерної рівності. У ст. 8 Конституції України проголошено принцип верховенства права, відповідно до якого органи державної влади та органи місцевого самоврядування, громадяни та їх об'єднання мають виконувати вимоги не тільки Конституції, а й інших нормативно-правових актів, які приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй. Тому при перевірці системності галузевої структури законодавства з питань гендерної рівності однією з центральних завдань експерта мусить бути аналіз відповідності нормативного акта, що перевіряється, законом тієї або іншої галузі законодавства.

Отже, гендерна експертиза як метод аналізу й елемент державного управління повинна стати одним з механізмів забезпечення прав людини незалежно від її статі. Важливою частиною гендерної експертизи як аналізу системи прийняття рішень є те, що вона дозволяє оцінити вплив державної політики на виявлення та подолання фактів дискримінації в різних сферах суспільного життя. У зв'язку з цим гендерний аналіз законодавства, що найчастіше орієнтований на аналіз прав жінок, має

повною мірою застосовуватися і щодо розгляду фактів порушення прав чоловіків. Питання, пов'язані з участю чоловіків у догляді за дитиною, правом виховувати дитину самостійно після розлучення, альтернативною військовою службою тощо, неодмінно повинні входити у сферу гендерного аналізу.

Дослідники гендерних відносин підкреслюють невід'ємний зв'язок радикальних змін у соціально-правовій сфері суспільства з трансформаціями в гендерних відносинах, оскільки процеси демократизації і становлення ринкових відносин пов'язані з гендерними програмами соціальних перетворень, які потребують вивчення й правового регулювання. Досвід розвинутих держав свідчить про те, що з розвитком демократичних інститутів, формуванням громадянського суспільства невід'ємно пов'язані процеси утвердження гідного становища особи в суспільстві незалежно від її статевої належності. Прогресивна політика держави щодо ефективного вирішення «жіночого питання» повинна ґрунтуватися не на патріархальній стратегії залежності однієї статі від іншої, а на принципах нової стратегії рівних можливостей чоловіка і жінки, що забезпечує автономність і суверенність особистості.

Надійшла до редколегії 15. 12. 06

В. Лозо, доцент НЮА України

Регламентация виробництва «екологічно сприятливих» автомобілів і палива, що споживається ними, в історії законодавства ЄС про охорону атмосферного повітря

Атмосферне повітря разом із землею і водою є одним з основних об'єктів екологічного права Європейського Союзу. В свою чергу законодавство ЄС про охорону атмосферного повітря включає декілька напрямів правового регулювання: боротьбу із забруднюючими повітря транспортними емісіями, трансмежне забруднення, емісії індустриальних та енергетичних об'єктів, охорону лісів від атмосферних поліцій і подолання парникового ефекту.

Поряд із цими напрямами законодавство ЄС активно сприяє виробництву ощадливих, «екологічно сприятливих» двигунів і зниженню

Під «транспортним засобом» у даному акті розумівся будь-який, як мінімум чотирьохколесний, дорожній автомобіль із швидкістю прямування вище 25 км\год, за винятком транспортних засобів, що рухаються по рейках, а також сільськогосподарських тракторів і машин. Жодна держава — член не могла відмовляти в наданні комунітарного чи національного схвалення або забороняти продаж, реєстрацію або експлуатацію транспортного засобу на засадах, що стосуються його паливного споживання, якщо рівень споживання відповідав документально встановленим вимогам, які додаються до транспортного засобу під час його купівлі.

⁵ ДИВ.: OJ L 42, 23. 2. 1970. – Р. 1, 34.

Законодавство ЄС регулярно приводило встановлені для автомобілів екологічні вимоги відповідно із технічним прогресом. Так, Директива Комісії 93/116/ЄС від 17 грудня 1993 р. адаптувала до технічних новацій Директиву Ради 80/1268/ЄЕС¹. Зазначалося, що через наростаюче занепокоєння про наслідки для довкілля емісії вуглеродистого диоксиду П'ята екологічна програма ЄС, прийнята Радою 16 грудня 1992 р., передбачила стабілізацію цієї емісії, що припускало внесення цього параметру в структуру союзного схвалення і визначення споживання палива на основі результатів цих вимірів. З 1997 р. держави — члени ЄС одержували право відмовляти в реєстрації, продажу і допуску в експлуатацію нових транспортних засобів, які не супроводжувалися свідченням про відповідність модифікованим екологічним вимогам. Директива Комісії 1999/100/ЄС від 15 грудня 1999 р. привела Директиву Ради 80/1268/ЄЕС у відповідність із технічним прогресом відносно вуглеродистої емісії диоксиду і споживання палива². У Директиві Європарламенту і Ради 98/69/ЄС від 13 жовтня 1998 р. про заходи проти повітряного забруднення автомашинами³ цикл виміру емісії був полагоджений і відзначалася необхідність оновити технічні вимоги до виміру CO₂ (Директива 80/1268/ЄЕС) відповідно до рішення № 101 Економічної комісії ООН для Європи⁴.

Директивою Європарламенту і Ради 1999/94/ЄС від 13 грудня 1999 р. встановлено порядок підтвердження достовірності інформації для споживача про паливну економію та емісію CO₂ при маркетингу нових легкових автомобілів⁵. З урахуванням ст. 174 ДЕС, яка потребувала розсудливого використання природних ресурсів, раціональне використання енергії рекомендувалося одним із основних засобів досягнення цієї мети і зменшення забруднення довкілля. Ця Директива виходила з того, що остаточна мета Рамкової конвенції ООН щодо зміни клімату полягає в стабілізації концентрацій парникових газів в атмосфері на рівні, що запобігає небезпечному антропогенному втручання в кліматичну систему. Відповідно до Кіотського протоколу до цієї Конвенції, узгодженому в грудні 1997 р., Співтовариство намітило з 2008 по 2012 р. скоротити емісію парникових газів на 8 % щодо рівня 1990 р. З огляду на те, що легкові автомобілі залишалися одним із головних джерел емісії CO₂, Комісія запропонувала стратегію Співтовариства щодо зменшення цих емісій і вдосконалення економії палива. Рада своєю резолюцією від 25 червня 1996 р. привітала підхід Комісії.

¹ Див.: OJ L 329 30. 12. 1993. — Р. 39-53.

² Див.: OJ L 334, 28/12/1999. — Р. 36-40.

³ Див.: OJ L 350, 28. 12. 1998. — Р. 1.

⁴ Див.: UN/ECE № 101 (E/ECE324-E/ECE/TRANS/505/Rev. 2

⁵ Див.: OJ L 012 18. 01. 2000. — Р. 16-23.

Беручи до уваги ключову роль інформації в дії ринкових сил, точні і порівнянні відомості про споживання легковими автомобілями палива й емісії CO₂ впливають на вибір споживача на користь тих автомобілів, що використовують меншу кількість палива й у такий спосіб випускають меншу кількість CO₂, що заохочує виготовлювачів уживати заходів щодо зменшення паливного споживання автомобілями, котрі вони виробляють. Присутність на автомобілях ярликів про низьке споживання палива в пункті продажі може впливати на покупців і при перепродажі автомобілів, що розширює коло дії Директиви Комісії 93/116/ЕС від 17 грудня 1993 р.¹ і робить доцільним упровадження таких ярликів. Ярлик про економію палива має містити інформацію про паливне споживання й емісію CO₂, які були визначені відповідно до узгоджених стандартів і методів, встановлених Директивою Ради 80/1268/ЕЕС². Стандартизована інформація про ці параметри повинна бути доступна в пункті продажу в кожній державі — члені. Важливо, щоб потенційні клієнти були заздалегідь поінформовані про паливно-ефективні моделі автомобілів, доступних для придбання, за допомогою супутньої літератури й іншого рекламного матеріалу, використовуваного в маркетингу нових автомобілів.

Таким чином, мета цієї Директиви полягала в забезпеченні доступності інформації про паливну економію й емісію CO₂ новими легковими автомобілями, запропонованими для продажу або оренди в ЄС, аби дозволити споживачам здійснювати обґрунтований вибір.

Ініціативи ЄС у правовому сприянні виробництву й експлуатації «екологічно сприятливих» автомобілів виявились притягальними і для країн, які не входять до ЄС, у тому числі з розуміння підвищеної конкурентоздатності таких автомашин. Так, Рекомендації Комісії 2000/303/ЄС і 2000/304/ЄС від 13 квітня 2000 р. були присвячені скороченню emisії CO₂ від легкових автомобілів (КАМА)³ і (ЈАМА)⁴. На основі ст. 211 ДЕС Комісія запропонувала стратегію Співтовариства щодо зменшення emisії CO₂ від легкових автомобілів і поліпшення економії палива⁵, і Рада на засіданні по довітлю своїм висновком від 25 червня 1996 р. закликала Комісію до здійснення головних елементів цієї стратегії. Прийнята відповідно до цієї стратегії Угода автомобільної промисловості по довітлю поставила за мету досягти з 2005 по 2010 р. рівня emisії в 120 р/км

¹ OJ L 329, 30. 12. 1993. – P. 39.

² OJ L 375, 31. 12. 1980. – P. 36.

³ ДИВ.: ОJ L 100 20. 04. 2000. – Р. 55.

⁴ Див.: ОJ L 100 20. 04. 2000. – Р. 57.

⁵ Див.: СОМ (95) 689. 20. 12. 1995.

CO₂. Корейська (КАМА) і Японська (ЈАМА)¹ асоціації виробників автомобілів прийняли аналогічні зобов'язання. У зв'язку з цим Комісія ЄС висловила готовність до будь-якого необхідного узгодження своїх дій. Комісія ЄС, КАМА і ЈАМА домовилися спільно контролювати виконання прийнятих зобов'язань.

Певний результат у цьому напрямі правового регулювання підвело Рішення Європарламенту і Ради № 1753/2000/ЕС², яке встановило загальну схему контролю середньої емісії CO₂ від нових легкових автомобілів.

Значна увага в ЄС приділяється також правовому забезпеченню «екологічності» палива, безпечним умовам його транспортування і збереження. Директива Європарламенту і Ради 94/63/ЕС від 20 грудня 1994 р. регламентувала режим контролю емісії мінливого органічного складу (VOCs), яка відбувається від збереження бензину і його розподілу від терміналів до станцій обслуговування³. Директива спиралася на статті 100а і 189b ДЕС в Маастрихтської редакції, які закріпили основу і процедуру правової охорони атмосферного повітря. Екологічні програми ЄС⁴ підкреслювали важливість запобігання і скорочення повітряного забруднення. До початку 1990 рр. назріла проблема боротьби з емісією VOC від бензину і розчинників, яка у Співтоваристві доходила до 10 млн. тонн на рік. Підкреслювалося, що емісія VOCs бере участь у формуванні фотохімічних оксидантов типу озону, що у високих концентраціях може шкодити людському здоров'ю й ушкоджувати рослинність і матеріали. Крім того, деякі з емісій VOCs від бензину класифікувалися як отрутні, канцерогенні або тератогенні (teratogenic).

2 квітня 1992 р. Співтовариство підписало Протокол, що додається до Конвенції 1979 р. про широкий діапазон трансмежного повітряного забруднення, про контроль емісії VOCs або їхніх трансмежних потоків, який передбачав значне скорочення цієї емісії. Істотний крок у здійсненні стратегії повного скорочення емісії VOCs у Співтоваристві було зроблено відповідно до Директиви Ради 91/441/ЕЕС, яка доповнює Директиву 70/220/ЕЕС⁵, спрямовану на скорочення за період від 10 до 15 років на 90 % емісії VOC від вихлопних газів і емісії при випарюванні палива, які становлять близько 40 % всієї емісії штучних VOCs в

¹ Див.: ОJ L 40, 13. 2. 1999. – Р. 57.

² Див.: ОJ L 202 10. 08. 2000. – Р. 1.

³ Див.: ОJ L 365 31. 12. 1994. – Р. 24-33.

⁴ Див.: ОJ C 112, 20. 12. 1973. – Р. 1; ОJ C 139, 13. 6. 1977. – Р. 1; ОJ C 46, 17. 2. 1983. – Р. 1; ОJ C 328, 7. 12. 1987. – Р. 1.

⁵ Див.: ОJ L 242, 30. 8. 1991. – Р. 1.

атмосфері. Під час прийняття цієї Директиви Комісія зробила пропозицію про заходи для зменшення витрат при випарюванні на кожній стадії в процесі збереження і розподілу моторних палив, що складали біля 500 тис. тонн на рік або 5 % загальної емісії штучних VOCs у Співтоваристві, які становили істотне джерело повітряного забруднення, особливо в містах.

Доступні в той час технології могли вже гарантувати значне скорочення витрат при випарюванні в системі розподілу бензину, в тому числі через відновлення парів. На основі міжнародної стандартизації і безпеки при навантаженні судів наказувалося визначити рівень ІМО для контролю за випарюванням і системою відновлення палива. Співтовариству слід було докласти зусиль, аби ці економічні й екологічні параметри були подані в Конвенції Marpol за допомогою її поточного перегляду в 1996 р. Крім того, визнавалося за можливе зменшення парової емісії під час заправки на станціях обслуговування, яка на той час складала біля 200 тис. тонн на рік, що дозволило б контролювати всю парову емісію при розподілі бензину.

Щоб уникнути порушення умов конкуренції і забезпечення діяльності внутрішнього ринку, було необхідно узгодити порядок розподілу бензину на основі високого рівня захисту довкілля. При цьому слід було враховувати переваги й складнощі, що є наслідком дії або бездіяльності в цій сфері. Для деяких держав-членів передбачалися особливі строки адаптації і пов'язані з ними різноманітні види природоохоронної діяльності. Євросоюзу наказувалося взяти до уваги стан довкілля в різноманітних регіонах Співтовариства, а державам — членам — бути готовими до здійснення більш суворих заходів проти парових витрат, якщо вони виявляться необхідними для захисту людського здоров'я або довкілля внаслідок особливих умов.

Директива Європарламенту і Ради 98/70/ЕС від 13 жовтня 1998 р. закріплювала вимоги до якості бензинового і дизельного видів палива і вносила зміни до Директиви Ради 93/12/ЄЕС¹. Зазначалося, що нерівність між законами або адміністративними заходами держав — членів по специфікації звичайних і альтернативних палив, використовуваних транспортними засобами, створювало бар'єри для торгівлі в Співтоваристві і могло в такий спосіб торкатися функціонування внутрішнього ринку і міжнародної конкурентоздатності європейських транспортних засобів і галузей промисловості. Тому відповідно до ст. 3b ДЕС визна-

¹ Див.: OJ L 350 28. 12. 1998. — Р. 58-68.

валося за необхідне узгодити закони в цій галузі¹, а ст. 100а ДЕС передбачала ініціативи Комісії, спрямовані на високий рівень захисту довкілля.

У Директиві 98/70/ЕС також вказувалося, що первинні повітряні забруднювачі типу окисів азоту, неспалимих гідрокарбонів, фізичних часток, вуглецю монооксиду, бензолу та інших отрут породжували емісію, яка робить внесок у формування повторних забруднювачів типу озону, що випускаються автомобілями і створюють безпосередній і непрямий ризик людському здоров'ю та довкіллю.

Незважаючи на зростаючу строгість граничних показників емісії транспортних засобів, встановлених Директивами Ради 70/220/ЕЕС² і 88/77/ЕЕС³ для досягнення задовільної якості повітря, були необхідні подальші заходи для зменшення атмосферного забруднення, що викликається транспортними засобами й іншими джерелами. Європарламент і Рада у ст. 4 Директиви 94/12/ЕС⁴ запропонували новий підхід у рамках політики скорочення емісії до і після 2000 р. і закликали Комісію підтримувати подальші дослідження з удосконалювання якості бензинового, дизельного й інших видів палива для скорочення повітряного забруднення, створювати умови, аби промисловість могла робити необхідні інвестиції і корегувати плани виробництва.

Внесок у створення науково-технічних і економічних основ для впровадження нових екологічних вимог до палива зробила й Європейська автонафтова програма. Екологічні параметри палива ставали важливим елементом рентабельного пакету загальноєвропейських, національних, регіональних і місцевих заходів по зменшенню емісії транспортних засобів та у той же час частиною загальної стратегії Комісії зі зменшення повітряної емісії з пересувних і постійних джерел. Визнавалося, що скорочення транспортних емісій у містах можна негайно досягти за допомогою зміни складу палива.

Комісія висунула пропозицію про Директиву, що дозволяє державам — членам більш активно використовувати акцизне оподаткування та інші фінансові стимули для впровадження більш досконалих видів палива відповідно до національних пріоритетів, можливостей та вимог. З огляду на те, що забруднення атмосфери в результаті згорання насиченого свинцем бензину становить ризик для людського здоров'я і

¹ Див.: ОJ C 132, 28. 4. 1997. — Р. 170; ОJ C 351, 19. 11. 1997. — Р. 1; ОJ C 80, 16. 3. 1998. — Р. 92; ОJ C 313, 12. 10. 1998. — Р. 1.

² Див.: ОJ L 76, 6. 4. 1970. — Р. 1.

³ Див.: ОJ L 36, 9. 2. 1988. — Р. 33 (зі змінами: ОJ L 40, 17. 2. 1996. — Р. 1).

⁴ Див.: ОJ L 100, 19. 4. 1994. — Р. 42.

довкілля, перехід до 2000 р. транспорту на позбавлений свинцю бензин став би великим кроком уперед. До 2005 р. планувалося створити економіко-правові умови для заміни на ринку низькоякісного автомобільного палива бензином і дизельним паливом більш високої якості. Для захисту людського здоров'я і довкілля в густонаселених або екологічно чутливих областях з особливими проблемами повітряної якості держави — члени в установленому порядку могли потребувати, аби на ринок допускалося тільки паливо, що відповідає більш суворим екологічним вимогам, ніж ті, що закріплювалися в цій Директиві.

Щоб гарантувати додержання встановлених стандартів якості палива, державам — членам треба затвердити систему контролю, засновану на загальних процедурах здійснення вибірки й іспитів, а інформацію про якість палива повідомляти Комісії відповідно до загального формату. На основі всебічної оцінки цієї інформації Комісія повинна була представити пропозицію про доповнення специфікацій бензинових і дизельних видів палива (природний і нафтовий газ, біологічне паливо і тощо). При цьому різноманітні масиви транспортних засобів (автобуси, таксі, комерційні транспортні засоби і т. д.), відповідальні за велику частку міського забруднення, могли б одержати користь з окремих специфікацій палива.

При розгляді прохань про пом'якшення установлених вимог Комісії наказувалося перевіряти, чи є пом'якшення сумісним із законодавством Співтовариства і правилами конкуренції в тому числі, з умовою гарантій наявності в Співтоваристві достатньої кількості палива задовільної якості.

В цілому ця Директива оптимізувала специфікації використовуваного транспортом палива відповідно до інтересів охорони здоров'я та екології.

Скороченню вмісту сірки в деяких видах рідкого палива було присвячено Директиву Ради 1999/32/ЄС від 26 квітня 1999 р. про зміну Директиви 93/12/ЄЕС¹. Екологічні програми ЄС і особливо П'ята програма² на основі ст. 130г ДЕС закріплювали основні принципи і цілі політики Співтовариства в галузі довкілля, в тому числі забезпечення ефективного захисту людей від емісії диоксиду сірки і запобігання перевищення критичних для охорони здоров'я рівнів і навантажень на довкілля. У ст. 129 ДЕС зазначалося, що вимоги охорони здоров'я повинні формувати установчу частину інших напрямів політики Співтовариства. Відповідно до ст. 3 ДЕС дії Співтовариства повинні робити

¹ OJ L 121 11. 05. 1999. – P. 13-18.

² OJ C 138, 17. 5. 1993. – P. 5.

внесок у досягнення високого рівня захисту здоров'я. При цьому емісія диоксиду сірки залишалася однією із значних причин окислювання (acidification) у Співтоваристві і впливала на людське здоров'я і довкілля. Окислювання й атмосферний диоксид сірки пошкоджували чутливі екосистеми, зменшували біологічну розмаїтість і цінність пейзажів одночасно з негативним впливом на врожайність полів та ріст лісів. Кислотні дощі в містах істотно пошкоджували будинки й архітектурну спадщину. Забруднення диоксидом сірки справляло істотний вплив на людське здоров'я, особливо тієї частини населення, що страждає від хвороб дихання. Емісія диоксиду сірки призводила і до фізичного забруднення атмосфери. Проблема окислювання не тільки потребувала місцевих або національних рішень, а й мала трансмежні масштаби. Тому Співтовариство і його держави — члени стали учасниками Конвенції UN-ECE про трансмежне повітряне забруднення дальньої дії. Другий Протокол UN-ECE про трансмежне забруднення диоксидом сірки передбачив, що договірні сторони повинні зменшити емісію цієї речовини на 30 % більше, ніж вказувалося в першому Протоколі. Крім того, другий Протокол UN-ECE виходив із того, що критичні навантаження на довкілля і рівні впливу на нього залишалися перевищеними в деяких чутливих галузях. Для здійснення цілей, поставлених П'ятою програмою, було необхідне подальше зменшення емісії диоксиду сірки — однієї з головних причин «кислотних дощів» і повітряного забруднення, виробовуваного багатьма міськими й індустріальними регіонами.

Комісія до цього часу вже випустила повідомлення про рентабельну стратегію боротьби з окислюванням у Співтоваристві, одним із компонентів якої було визначено контроль за емісією диоксиду сірки, викликаной згоранням деяких рідких видів палива. Розроблялося питання про емісії, джерелом яких були інші види палива, а також про скорочення утримання в них сірки, що повинно було принести значну користь як для екології, так і для економіки.

Відповідно до принципів субсидіарності і пропорційності, закріплених у ст. 3b ДЕС, було визнано, що скорочення емісії диоксиду сірки внаслідок згорання деяких видів рідких палив не може бути досягнуто зусиллями окремих держав — членів. Неузгоджені дії не забезпечують досягнення бажаної мети, потенційно непродуктивні і чреваті значною непевністю на ринку палива. Через необхідність зменшення емісії диоксиду сірки у всьому Співтоваристві визнавалося за доцільне вжиття заходів на комунітарному рівні. Тому Директиву Ради 93/12/ЕЕС¹ було

¹ Див.: OJ L 74, 27. 3. 1993. — Р. 81.

80/1268/EEC¹.

мованості громадськості про екологічні проблеми Європи.

Надійшла до редколегії 20. 08. 06

¹ Див.: OJ 2004 L 49/36.

² ДИВ.: www.delukr.ces.eu.int

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

*М. Ус, експерт Інституту прикладних
гуманітарних досліджень*

Природа конкурентного права, його місце в національній правовій системі

Питання юридичної природи конкурентного права України привертає увагу дослідників своєю теоретичною і практичною значущістю. Це викликане, по-перше, тим, що з'ясування природи, місця в правовій системі тих чи інших норм права означає включення їх у певний галузевий режим, поширення на них його принципів, методів, загальних положень. По-друге, встановлення співвідношення між відповідними законодавчими актами забезпечує скорочення невиправданої чисельності нормативно-правових актів, правильне їх застосування, сприяє вдосконаленню й уніфікації законодавчої бази.

Проблема природи конкурентного права та його місця в правовій системі України частково вивчалася у науковій юридичній літературі. Однак у зв'язку з прийняттям нового ЦК, а також ГК, ускладненням суспільних відносин у сфері економіки, посиленням спеціалізації нормативно-правового регулювання, поглибленням дискусії щодо поділу права на приватне і публічне це питання набуває нового змісту й актуальності.

Серед науковців немає єдиної точки зору стосовно того, що ж являє собою конкурентне право. Так, О. Мельниченко вважає, що «конкурентне право України є однією з наймолодших галузей права, яка почала самостійно розвиватися лише з 1992 року». При цьому він вказує на наявність «особливого предмета і власних методів конкурентного права»¹. Висловлюється думка і про те, що конкурентне право слід розглядати як специфічне комплексне правове утворення, котре органічно поєднує організаційні та майнові елементи і розвивається переважно в межах господарського права України². Російський дослідник В. Єрбо-

¹ Мельниченко О. Про деякі питання розвитку галузі конкурентного права // Вісник Центру комерційного права. – 2001. – № 3. – С. 4.

² Див.: Бакалінська О. Деякі аспекти формування конкурентного законодавства і права України // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 1. – С. 71.

менко визначає конкурентне право як комплексну галузь законодавства, в якій в єдиних нормативних актах закріплені в основному норми цивільного і адміністративного права. До того ж, на його думку, воно одночасно є і підгалуззю цивільного права, в основі якої лежить суб'єктивне цивільне право на свободу конкуренції, що має добросовісний характер ¹.

Слід відмітити, що у більшості інших держав (особливо західноєвропейських) дискусії навколо галузевої побудови системи права майже відсутні. Основну увагу дослідники приділяють групуванню правових норм, яке є доцільним з практичної точки зору, тобто їх об'єднанню за галузями законодавства.

На наш погляд, вирішувати питання про місце конкурентного права в правовій системі України слід з огляду на загальнотеоретичні позиції щодо критеріїв розмежування галузей права і галузей законодавства та їх співвідношення. Складність полягає в тому, що в теорії права немає єдиної думки з цього приводу. Традиційним залишається підхід, відповідно до якого критерієм галузі права є самостійний предмет і метод правового регулювання ². Що стосується співвідношення галузі права і галузі законодавства, то, як правило, розглядаються три можливі варіанти: їх збіг, існування галузі права без галузі законодавства і навпаки ³.

Не вдаючись до дискусій на рівні теорії права, зазначимо, що найбільш прийнятною, виходячи з реалій сьогодення, видається позиція Р. Лівшица, яка певною мірою є революційною. Він вважає, що систему права доцільно розглядати не як систему галузей, а як сукупність різних елементів правової матерії (норми, правовідносини, принципи). При цьому треба виділяти не галузі права, а галузі законодавства. Такий висновок ґрунтується на тому, що у зв'язку з ускладненням суспільних відносин ні предмет, ні метод правового регулювання не можуть слугувати однозначними критеріями відмежування галузей права. Існують всього три групи правовідносин — управлінські, майнові, відносини з охорони суспільного порядку, які перехрещуються у різних сферах суспільного життя (екологія, сім'я, праця тощо). Ці сфери збігаються з предметом галузей законодавства. Методів правового регулювання лише два — диспозитивний та імперативний. Метод окремої галузі законодавства являє собою специфічний набір засобів і способів диспозитив-

¹ Див.: Еременко В. И. Теоретические аспекты российского конкурентного права // Государство и право. — 2002. — № 2. — С. 29–30.

² Див.: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М., 1999. — С. 353.

³ Див.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. — Т. 2: Теория права / Под ред. М. Н. Марченко. — М., 1998. — С. 238.

ного й імперативного методів, однак превалює все ж таки один із них. Крім того, для кожної галузі законодавства характерна своя система нормативно-правових актів¹.

Саме тому, на наш погляд, конкурентне право слід розглядати як *галузь законодавства*, котра комплексно регулює відносини у сфері економічної конкуренції. Остання являє собою змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг на ринку. Внаслідок цього такі суб'єкти і споживачі мають можливість обирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обігу товарів на ринку. Як бачимо, конкурентне законодавство спрямоване на захист як самих господарюючих суб'єктів, так і споживачів.

Загальні засади конкурентного регулювання містяться в Конституції України (ст. 42), ЦК та ГК. Хоча, на жаль, положення ГК в окремих випадках не відповідають змісту чинного конкурентного законодавства, оскільки дублюють норми Закону України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності», який ще у 2002 р. втратив свою чинність унаслідок вступу в дію Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Основу конкурентного законодавства становлять спеціальні закони України: від 11 січня 2001 р. «Про захист економічної конкуренції», від 20 квітня 2000 р. «Про природні монополії», від 7 червня 1996 р. «Про захист від недобросовісної конкуренції», від 26 листопада 1993 р. «Про Антимонопольний комітет України». Законодавчу базу захисту від недобросовісної конкуренції в Україні становить також Паризька конвенція з охорони промислової власності від 20 березня 1883 р., яка являє собою міжнародну угоду, учасницями котрої є понад 100 держав світу.

Особливість національного конкурентного законодавства полягає в тому, що хоча в Законі України «Про захист економічної конкуренції» законодавство про припинення недобросовісної конкуренції визначено як складову законодавства про захист економічної конкуренції (конкурентного законодавства), переважну частину цього Закону присвячено регулюванню монополістичної діяльності, а питання припинення недобросовісної конкуренції регламентуються окремим законом («Про захист від недобросовісної конкуренції»).

Як видно, конкурентне законодавство подане двома основними інститутами: 1) *антимонопольним законодавством* (базовим є Закон України «Про захист економічної конкуренції»); 2) *законодавством про*

¹ Див.: Лившиц Р. З. Теория права: Учебник. – М., 1994. – С. 119-121.

припинення недобросовісної конкуренції (основу становить Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції»). Таке розміщення двох законодавчих інститутів в окремих нормативно-правових актів видається достатньо обґрунтованим з практичної точки зору, оскільки цілі цих інститутів є різноспрямованими. Так, як слушно зазначає В. Срьоменко, захист від недобросовісної конкуренції надається проти нечесних дій суб'єктів підприємницької діяльності на ринку відносно конкретних конкурентів (наприклад, використання чужого відомого товарного знака). Антимонопольне ж законодавство спрямовано проти обмеження конкуренції, яке в принципі стосується всіх господарюючих суб'єктів¹ в тій або іншій сфері господарювання (наприклад, внесення до договору умов, що обмежують доступ на ринок інших підприємців)². Наявність окремих законів, на нашу думку, дозволяє забезпечити більш повний та ефективний захист від антиконкурентних дій.

Визначивши основні складові конкурентного законодавства, з'ясуємо, які ж саме відносини воно регулює, за допомогою яких методів здійснюється таке регулювання.

Не підлягає сумніву складна правова природа відносин у сфері конкуренції. З огляду на ст. 2 Закону України «Про захист економічної конкуренції» відносини у зв'язку з економічною конкуренцією виникають між: 1) суб'єктами господарювання, а також між суб'єктами господарювання та споживачами, іншими юридичними та фізичними особами; 2) органами державної влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління, контролю та суб'єктами господарювання. Вочевидь, у першому випадку метою відносин є одержання певних майнових і немайнових благ учасниками цих відносин, тобто реалізація *приватного інтересу*. Для суб'єктів господарювання — це здобуття переваг над конкурентами й одержання додаткового прибутку, для споживачів — можливість обирати найкращі товари серед кількох виробників. Ці відносини засновані на юридичній рівності, майновій самостійності учасників, приватній ініціативі, отже, одночасно регулюються цивільним законодавством, іншими словами, є *цивільно-правовими*. Що стосується другої групи відносин, то вони передбачають певну субординацію, владне регулювання, виникають у зв'язку із захистом

¹ Тут ми вимушені використовувати термінологію, що застосовується в українському законодавстві.

² Див.: Еременко В. И. Пресечение недобросовестной конкуренции в Российской Федерации // Хозяйство, труд, право. – 1998. – № 1. – С. 25.

публічного інтересу, а відтак, мають управлінський (адміністративний) характер¹.

Наведене дає змогу констатувати, що *конкурентне законодавство охоплює як приватні, так і публічні відносини*. Такий висновок є цілком закономірним, оскільки законодавча галузь завжди будується відповідно до практичних інтересів, ураховуючи об'єктивний зв'язок, що існує навіть між різнорідними суспільними відносинами.

У сфері конкуренції можуть виникати як *майнові*, так і *особисті немайнові* цивільні правовідносини. Підставою виникнення майнових відносин є договір або ж склад деліктного правопорушення (відносини з відшкодування збитків). Наприклад, виробник обладнання для приготування кави на підприємствах громадського харчування реалізує свій товар лише за умови, що споживач зобов'язується купувати каву для потреб свого підприємства тільки від нього. Таку поведінку виробника слід розцінювати як прояв недобросовісної конкуренції у формі купівлі-продажу з примусовим асортиментом (ст. 9 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»). Об'єктом особистих немайнових відносин найчастіше виступає ділова репутація юридичної особи. Так, торговельна фірма поширює неправдиву інформацію про небезпечність для здоров'я людей продукції молочного заводу, яка реалізується в його фірмовому магазині в межах спільного географічного і товарного ринків. У цьому разі має місце дискредитація господарюючого суб'єкта (ст. 8 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

Крім того, у конкурентному середовищі мають місце як *абсолютні*, так і *відносні правовідносини*. Перші виникають у разі порушення прав інтелектуальної власності, наприклад, неправомірне використання чужого фірмового найменування, знаків для товарів і послуг (ст. 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»). Про відносні доводиться говорити, наприклад, при встановленні монополюю високих цін у договорі про надання послуг (ст. 13 цього Закону).

Всі окреслені відносини можна визначити як *конкурентні*, оскільки всі вони виникають у процесі формування і розвитку конкурентного середовища. Однак *базовими (основними)* серед них є відносини, що складаються між рівноправними суб'єктами, тобто *приватноправові відносини*, які є *цивільно-правовими*. Саме вони становлять ядро регулювання конкурентного законодавства, бо являють собою відносини

¹ Див.: Безух О. В. Співвідношення приватних та публічних інтересів при здійсненні правового регулювання конкуренції // Методологія приватного права: Зб. наук. праць (за матер. наук. -теорет. конф., (м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол.: О. Д. Кругчан (голова) та ін. – К., 2003. – С. 170.

змагальності між суб'єктами підприємницької діяльності, метою яких є здобуття переваг на ринку завдяки власним досягненням, а також відносини з іншими підприємцями, споживачами, за яких останні мають можливість обирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий підприємець не може визначати умови обігу товарів на ринку. Управлінські ж (вертикальні) відносини виникають з метою забезпечення такої змагальності і захисту прав та інтересів споживачів.

Особливості предмета законодавчого регулювання зумовлюють й особливості його методу. Регулювання управлінських відносин у сфері захисту економічної конкуренції, безумовно, здійснюється за допомогою *імперативного методу*. В його основі лежить принцип влади і підпорядкування: один з учасників таких відносин є суб'єктом управління, другий — об'єктом управління. При їх регулюванні перевага надається таким способам, як покладання обов'язків, обмеження ініціативи суб'єктів права, а серед юридичних фактів переважають акти одностороннього волевиявлення (наприклад, надання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію суб'єктів господарювання).

Що стосується цивільних правовідносин, то треба констатувати, що хоча їх учасники і є юридично рівними та майново самостійними, проте в конкурентному законодавстві превалюють *імперативні засади регулювання таких відносин*. Це зумовлено об'єктивними причинами: для регулювання відносин у сфері конкуренції диспозитивні норми непридатні, оскільки тут недоцільно і неможливо покладатися на власний розсуд учасників цивільних відносин. У конкурентному законодавстві наведено перелік правових заборон і юридичних зобов'язувань, тому говорити про вільне волевиявлення господарюючих суб'єктів навряд чи доводиться. При цьому визначальним залишається принцип «дозволено все, що не заборонено законом». Отже, якщо у цивільному законодавстві превалює, безумовно, диспозитивний метод (між тим він також доповнюється імперативними правилами поведінки), то для конкурентного законодавства при регулюванні цивільних правовідносин характерними є імперативні приписи. До речі, в деяких країнах з давніми традиціями цивільно-правового регулювання захист від недобросовісної конкуренції взагалі здійснюється виключно на основі цивільного законодавства (Франція, Італія, Нідерланди), тобто відповідні імперативні норми містяться в самих цивільних кодексах.

У зв'язку з наведеним закономірно виникає питання про співвідношення двох законодавчих галузей, які одночасно регулюють приватні відносини у сфері конкуренції, — цивільного і конкурентного законо-

давства. Така постановка питання викликана тим, що ми додержуємося бачення про господарське право, в якому нібито надається регулювання відносин у сфері конкуренції, як компіляції норм різногалузевої належності, котрі не можуть становити певну єдність. Тим більше це стосується конкурентних відносин, урегульованих в ГК України з помилковим використанням застарілого законодавства. Тому, на наш погляд, при з'ясуванні юридичної природи конкурентного права можна абстрагуватися від такого спірного явища, як господарське право, і виходити з усталених правових традицій вітчизняного й європейського права. Це доцільно зробити і з метою запобігання докорів у ігноруванні норм ГК, і з метою протидії втягнення у тривалу й непродуктивну дискусію про-ти його існування.

Насамперед маємо констатувати, що регулюючий вплив цивільного законодавства з притаманною йому диспозитивністю виявляється недостатнім у сфері конкуренції. Як свідчить практика, цивільно-правові конструкції не завжди спроможні забезпечити нормальний цивільний оборот. Саме тому існує потреба в застосуванні спеціальних заходів і правил, які гарантують наявність конкуренції на ринку та її якість. Такі правила якраз і містяться у конкурентному законодавстві. Вони обмежують цивільно-правову диспозитивність на користь публічних інтересів, економічної ефективності та науково-технічного прогресу. Отже, відбувається коригування цивільно-правових відносин імперативними положеннями конкурентного законодавства, що цілком узгоджується із самим ЦК, у ст. 13 якого вказується на недопустимість використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, ведення недобросовісної конкуренції. Проте обмеження диспозитивності не означає ігнорування кожного приватного законного інтересу, а вказує лише на пріоритет публічних інтересів (наприклад, інтересів масового споживача) у визначених законом випадках. При цьому права на захист і гарантії на реалізацію законних інтересів (як приватних, так і публічних) мають бути рівноцінними. Як бачимо, система саморегуляції ринкової економіки доповнюється відповідним правовим регулюванням.

Наведене свідчить про те, що відносно цивільного законодавства конкурентне законодавство виконує *обслуговуючу, допоміжну функцію*. За таких умов цікавими з практичної точки зору видаються питання взаємодії і взаємоузгодженості цивільного і конкурентного законодавства у сферах інтелектуальної власності, договірної свободи, захисту прав споживачів. Вони потребують окремого докладного вивчення й аналізу.

2. Конкурентне законодавство передбачає правила поведінки суб'єктів на ринку, визначає межі здійснення цивільних прав, закріплює заборону господарюючим суб'єктам здійснювати недобросовісну конкуренцію та зловживати ринковою владою. При такому регулюванні *перевага надається імперативному методу.*

К. Масляєва, аспірантка НЮА України

Після набуття незалежності в Україні розпочалися і активно розвиваються процеси реформування всіх сфер життєдіяльності держави. Це стосується і сфери фінансових відносин, зокрема ринку фінансових послуг в Україні.

Сучасна економіка України в умовах перехідного періоду потребує істотного поліпшення інвестиційного клімату держави. Останнім часом кількість суб'єктів, що входять до інфраструктури фінансового ринку, збільшилася за рахунок створення нових фінансових інститутів і способів накопичення коштів. Так, з набранням чинності Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» як нове джерело довгострокових інвестицій можна розглядати недержавні пенсійні фонди. Вони покликані акумулювати вільні грошові кошти населення у вигляді пенсійних внесків та інвестувати їх у визначені законом види активів з метою здійснення пенсійних виплат учасникам цих фондів. Згідно з ч. 2 ст. 2 цього Закону поряд із недержавними пенсійними фондами такого роду фінансові послуги можуть надавати також банки й страхові компанії, діяльність яких регулюється відносно великою кількістю норма-

тивно-правових актів. Проте недержавні пенсійні фонди поки що не мають достатньо розробленої законодавчої бази.

У зв'язку з цим правомірними є питання про необхідність створення недержавних пенсійних фондів на тлі вже існуючих фінансових установ та їх привабливість для інвестиційного ринку України.

Деякі аспекти функціонування недержавних пенсійних фондів розглянуті в статтях В. Воскобойникова, А. Єщенко, Г. Партіна і О. Тивончука, С. Сивака, А. Федоренка й співавт. та ін.¹ Ці науковці у більшості випадків особливу увагу приділяли аналізу чинного законодавства в цій сфері, оцінці досвіду зарубіжних країн у недержавному пенсійному забезпеченні, дослідженням діяльності недержавних пенсійних фондів з точки зору їх соціальної корисності. На жаль, лише в деяких роботах пенсійні фонди розглядаються як учасники фінансового ринку. Але навіть ці наукові дослідження мають більш економічний, аніж правовий характер.

Тому мета цієї статті — охарактеризувати специфічні риси правового статусу недержавних пенсійних фондів як самостійних суб'єктів ринку фінансових послуг, зокрема його інвестиційного сектору, на базі Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення».

Для розкриття цього питання спочатку слід зупинитися на виявленні спільних рис недержавних пенсійних фондів та інших фінансових установ. Так, усі вони є інституційними учасниками фінансового ринку, які відіграють важливу роль фінансових посередників. У науці господарського права їх поділяють на дві великі групи: банківські установи і небанківські установи (корпоративні та пайові інвестиційні фонди, страхові компанії й недержавні пенсійні фонди та ін.).

В юридичній літературі нерідко висловлюється думка про домінування банківської системи в інфраструктурі ринку фінансових послуг. Дійсно, банківські установи мають багатий досвід функціонування на вітчизняному фінансовому ринку, проте не слід перебільшувати їх значущість. Останнім часом роль українського небанківського сектору активно зростає, оскільки він є важливим інституційним інвестором ринку довгострокового фінансування.

¹ *Воскобойников В.* Негосударственное пенсионное обеспечение (Перспективы закона) // *Финансовый директор.* – 2003. – № 1; *Єщенко А.* Недержавне пенсійне забезпечення // *Юрист України.* – 2004. – № 1(1(3)); *Партин Г. О., Тивончук О. І.* Пенсійні фонди як учасники фінансового ринку // *Фінанси України.* – 2002. – № 9; *Сивак С.* Організаційно-правові основи недержавного пенсійного забезпечення // *Право України.* – 1999. – № 1; *Федоренко А., Леонов Д., Ковальова Н.* Інвестування пенсійних активів: проблеми державного регулювання // *Ринок цінних паперів України.* – 2002. – № 11–12.

Обидві групи фінансових посередників, консолідуючи заощадження громадян як індивідуальних інвесторів, здійснюють диверсифіковане вкладання накопиченого капіталу у різні проекти.

Отже, спільним моментом є механізм роботи цих фінансових установ — підвищення ліквідності фінансових ресурсів та ефективні розподіл й перерозподіл останніх на ринку фінансових послуг України шляхом професійного управління цими активами.

Що ж стосується відмінних рис зазначених суб'єктів, то до них можна віднести кінцеву мету їх діяльності. Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг» законодавець виокремлює дві цілі, на досягнення яких спрямована діяльність з надання фінансових послуг, — одержання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Це зумовлює поділ усіх фінансових установ на комерційні (банки, страхові компанії, інвестиційні фонди) та некомерційні організації (зокрема недержавні пенсійні фонди).

На відміну від першої категорії суб'єктів фінансового ринку некомерційні організації характеризуються тим, що вони не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між засновниками. Їх діяльність спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів, а у разі одержання прибутку останній використовується для досягнення статутних цілей. Наглядним прикладом таких некомерційних організацій як раз і є недержавні пенсійні фонди.

Згідно з ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» недержавний пенсійний фонд — це юридична особа, створена відповідно до цього Закону, яка має статус неприбуткової організації (непідприємницького товариства), функціонує та провадить діяльність виключно з метою накопичення пенсійних внесків на користь учасників пенсійного фонду з подальшим управлінням пенсійними активами, а також здійснює пенсійні виплати учасникам зазначеного фонду у визначеному цим Законом порядку.

Крім некомерційного характеру своєї діяльності, недержавні пенсійні фонди не мають права самостійно управляти грошами вкладників, а повинні передати їх в управління інвестиційним компаніям (компаніям з управління пенсійними активами), які здійснюють вигідне вкладення пенсійних коштів. Весь одержаний в результаті інвестування прибуток нараховується у вигляді доходу на кошти учасників.

На відміну від недержавних пенсійних фондів страхові компанії як суб'єкт недержавного пенсійного забезпечення самі здійснюють інвес-

тування коштів своїх клієнтів та як комерційні організації не зобов'язані віддавати вкладникам весь одержаний від «обігу» прибуток. Цей прибуток розподіляється за рішенням власника в порядку, встановленому статутом, у тому числі спрямовується на оплату дивідендів.

Другою визначальною ознакою фондів є виключний характер їх діяльності, яка пов'язана тільки з пенсійними внесками, у той час як банки та страхові компанії у своїй роботі не орієнтуються лише на пенсійні вклади своїх клієнтів.

Також існує певна відмінність між недержавними пенсійними фондами й інститутами спільного інвестування (корпоративними та пайовими інвестиційними фондами). Це стосується права власності на залучені кошти. Так, внески у добровільні пенсійні фонди можуть здійснюватися як приватними особами від свого імені, так і підприємствами на іменні пенсійні рахунки своїх робітників. При цьому право власності на пенсійні внески у першому випадку зберігається за вкладниками, а у другому — за робітниками, до яких це право переходить від підприємства.

Корпоративні та паєві інвестиційні фонди залучають грошові кошти за допомогою операцій купівлі-продажу своїх цінних паперів: акцій або інвестиційних сертифікатів. При цьому право власності на залучені кошти переходить від вкладників до інвестиційних фондів у вигляді колективної чи спільної часткової власності, а власникам акцій або інвестиційних сертифікатів залишається право приватної власності на доходи від участі у відповідному фонді.

Наступна специфічна риса діяльності недержавного пенсійного фонду — відокремлення пенсійних активів від активів самого фонду. При такій схемі у разі банкрутства недержавного пенсійного фонду грошові кошти його учасників будуть збережені, в той час як при укладенні довгострокового депозитного (пенсійного) договору з банком усі системні, кредитні та інші ризики рівною мірою лягнуть як на банк, так і на вкладників грошових коштів.

Крім того, сучасні банківські установи поки що не мають достатніх фінансових коштів для широкомасштабного довгострокового інвестування. На відміну від них специфіка діяльності недержавних пенсійних фондів проявляється у тривалому циклі обігу капіталу та накопиченні внесків, за винятком досить рідких випадків сплати пенсії по інвалідності чи смерті учасника фонду.

Ще одним позитивним моментом, який впливає на ефективність функціонування недержавних пенсійних фондів, є встановлена законо-

давцем система державного нагляду та контролю. Додатково до вже двох існуючих контролюючих суб'єктів (Державної податкової адміністрації України та Антимонопольного комітету України) приєднуються ще три — спеціальний уповноважений орган виконавчої влади у сфері регулювання ринків фінансових послуг, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку України та Національний банк України. При цьому кожна ланка згаданого ланцюга перебуватиме під контролем відповідного вищого профільного органу¹.

Формування надійного механізму захисту інвестиційних прав учасників недержавного пенсійного забезпечення зумовлює більш детальну регламентацію контролюючих функцій державних органів. З цією метою Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України розробила та затвердила декілька нормативно-правових актів, що регулюють діяльність суб'єктів недержавного пенсійного забезпечення. Зокрема, це стосується порядку державної реєстрації цих фондів, ліцензійних умов здійснення діяльності з адміністрування пенсійними фондами, кваліфікаційних вимог до членів Рад недержавних пенсійних фондів та фахівців з питань адміністрування пенсійними фондами, інвестиційної декларації фонду, порядку проведення зборів засновників пенсійного фонду шляхом опитування тощо.

Таким чином, недержавні пенсійні фонди характеризуються такими специфічними рисами, як некомерційний та виключний характер їх діяльності, збереження права власності на пенсійні внески за учасниками даних фондів, відокремлення пенсійних активів від активів приватного пенсійного фонду, здатність надавати фінансові ресурси для реального довгострокового інвестування, ефективність механізму державного нагляду та контролю.

Закон України «Про недержавне пенсійне забезпечення» є єдиним базовим законодавчим регулятором діяльності недержавних пенсійних фондів, але він містить низку спірних моментів. Так, у ньому передбачається ускладнення механізму роботи приватних пенсійних фондів. Ланцюг відносин «Клієнт — Недержавний пенсійний фонд — Банк», що існував раніше, набуває більш складну структуру: «Клієнт — Рада недержавного пенсійного фонду — Адміністратор недержавного пенсійного фонду — Банк-зберігач — Компанія з управління активами — Об'єкт інвестування»². Така схема передбачає розмежування функцій кожного складового елемента ланцюга та

¹ Див.: *Воскобойников В.* Вказ. праця. – С. 79.

² Див.: Воскобойников В. Вказ. праця. – С. 79.

забезпечує прозорість їх діяльності. Функцію управління всім недержавним пенсійним фондом виконує Рада, сплату й облік коштів здійснює — адміністратор, а збереження грошей — банк-зберігач. Активами управляє ще один інститут — компанія з управління пенсійними активами.

Однак у літературі існує інша точка зору щодо доцільності ускладнення структури фондів. Згідно з нею таке структурне розширення може збільшити можливості для маніпуляцій та шахрайства усередині фонду, а також витрати на сплату послуг адміністратора, банку-зберігача, компанії з управління активами, аудитора, актуарія та ін.¹

Правильність першої чи другої позиції може бути підтверджена лише на практиці шляхом аналізу діяльності існуючих в Україні недержавних пенсійних фондів. Поряд з цим доцільно розробити типову форму договорів, які укладаються пенсійним фондом з адміністратором, компанією з управління активами та банком-зберігачем.

Не менш важливою є проблема розв'язання конфліктів, що виникають між засновником і вкладником. На наш погляд, обґрунтованим є створення чіткого переліку конфліктів істотним своєрідного кодексу поведінки учасників фонду, що може бути суттєвим доповненням до нормативно-правової бази, яка регулює недержавне пенсійне забезпечення.

У своїй діяльності недержавні пенсійні фонди додержуються певної інвестиційної політики, яка фіксується в інвестиційній декларації. В цьому ключовому документі визначаються мета й напрями інвестування, його обмеження, вимоги до складу та структури пенсійних активів, порядок здійснення контролю за інвестуванням пенсійних активів, а також порядок внесення змін до цієї декларації.

Суттєвий момент інвестиційної політики фондів — передбачення обмежень з розміщення коштів, що дає змогу значно знизити економічні ризики. Так, за Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення» інвестування дозволено здійснювати таким чином: банківські депозитні рахунки та ощадні сертифікати — не більше 40% активів фонду, державні цінні папери — не більше 40%, муніципальні цінні папери — не більше 20%, акції українських емітентів — не більше 40%, облігації українських емітентів — не більше 40%, цінні папери іноземних емітентів — не більше 40%, іпотечні цінні папери — не більше 40%, об'єкти нерухомості — не більше 10%, банківські метали — не більше

¹ Див.: *Воскобойников В.* Вказ. праця. — С. 81.

З метою попередження можливих фінансових ризиків і прийняття зваженого рішення щодо розміщення коштів інвестору слід мати орієнтири щодо ризикованості вкладів у різні боргові папери. У зв'язку з цим великого значення набуває рейтингова оцінка як самих цінних паперів, так і їх емітентів. Проте в Україні діє мало консультативних компаній, що надають послуги з оцінки рейтингу і платоспроможності учасників фондового ринку¹. Для стимулювання розвитку даного сектору аналітичних послуг особливу увагу слід приділити правовому регулюванню діяльності таких установ.

Отже, з огляду на наведене можна дійти висновку про те, що спірними моментами чинного законодавства щодо механізму роботи недержавних пенсійних фондів, які потребують вирішення, є питання доцільності ускладнення структури фондів, відсутність механізму розв'язання конфліктів між усіма учасниками недержавного пенсійного фонду, необхідність збільшення відсотку пенсійних активів, що вкладаються у цінні папери емітентів України, та складність виходу цих фондів на міжнародні фондові ринки.

¹ Див.: *Гапчин Д. М.* Становлення рейтингової інфраструктури фондового ринку України // *Фінанси України*. – 2005. – № 1. – С. 77.

Правове регулювання робочого часу керівних науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів III-IV рівнів акредитації

Ефективність управління вищими навчальними закладами (ВНЗ), виконання статутних завдань залежать від професійного рівня їх керівників, у тому числі наукової кваліфікації, наявності наукового ступеня і вченого звання, науково-творчого потенціалу, авторитету в середовищі науково-педагогічної громадськості, ділових та інших якостей, стану здоров'я. Але важливе значення має також створення для керівних працівників ВНЗ сприятливих режимів їх робочого часу.

Наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 29 грудня 2004 р. за № 336 затверджено новий «Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників»¹. Його видання зумовлено необхідністю приведення кваліфікаційних характеристик професій працівників, що є загальними для всіх видів економічної діяльності, у відповідність до вимог нових законів, прийнятих останніми роками, у тому числі Закону України від 17 січня 2002 р. за № 2984-III «Про вищу освіту» та Класифікатора професій ДК 003-95.

Згідно з цим Довідником усі працюючі підрозділяються на керівних працівників, керівників структурних підрозділів, професіоналів, фахівців і технічних службовців. До керівників зазначений Довідник відносить безпосередньо керівників підприємств, установ, організацій, керівників первинних структурних підрозділів і керівників структурних підрозділів вищого рівня.

З огляду на це до керівних працівників ВНЗ треба віднести перш за все ректорів, проректорів, деканів. Проректорів та деканів слід вважати керівниками структурних підрозділів вищого рівня. Завідувачі кафедр та керівники інших структурних підрозділів є керівниками первинних структурних підрозділів.

Що стосується завідувачів кафедр, то вони є науково-педагогічними працівниками, а тому при визначенні їх робочого часу слід виходити з шестигодинного робочого дня, як і для усіх інших науково-педагогічних працівників, тобто професорів, доцентів, старших викладачів, асистен-

¹ Див.: Наказ Міністерства праці та соціальної політики України від 29 грудня 2004 року за № 336 // <http://www.nau.kiev.ua>.

тів. Керівники інших структурних підрозділів, наприклад, проректор з адміністративно-господарської роботи або проректори, діяльність яких не пов'язана з науково-педагогічною діяльністю, в тому числі керівники інших служб (бухгалтерія, економічний відділ), працюють на умовах нормального семигодинного робочого дня.

Ректори, проректори та декани, крім проведення науково-педагогічної роботи, виконують також адміністративні функції, адже вони наділені адміністративними повноваженнями. Отже, їх статус можна вважати подвійним. З одного боку, вони виконують управлінські функції, а з другого — є науково-педагогічними працівниками. Про це свідчить ст. 48 Закону України «Про вищу освіту», де закріплено перелік основних посад науково-педагогічних працівників ВНЗ. До цього переліку включено посади ректора, проректора та декана. Оскільки вони визнані науково-педагогічними працівниками, то на них, на нашу думку, треба поширювати норми законодавства про скорочений, тобто шестигодинний, робочий день.

Питання про визначення робочого часу професорів, доцентів, асистентів тощо вже піддавалося науковому дослідженню. Цій проблемі приділяли увагу А. Абрамова, І. Дмитрієва, Е. Войленко, В. Гейхман, А. Рубцов, В. Пастухов, В. Толкунова та інші фахівці у галузі трудового права. Що стосується робочого часу керівних працівників ВНЗ, то з цих питань, на жаль, взагалі відсутні будь-які дослідження.

Метою даної статті є виявлення особливостей у правовому регулюванні робочого часу керівних науково-педагогічних працівників ВНЗ III–IV рівнів акредитації, а саме ректорів, проректорів та деканів, та внесення пропозицій по його вдосконаленню.

Правове регулювання робочого часу керівних працівників вищих навчальних закладів III–IV рівнів акредитації, зокрема, ректорів, проректорів та деканів, тривалий час не знаходило чіткого відповідного обґрунтування. Свого часу в постанові РНК СРСР від 22 серпня 1940 р. «Про зміну постанови Раднаркому СРСР від 11 листопада 1937 року за № 2000 «Про введення штатних посад і посадових окладів для професорсько-викладацького складу у вищих навчальних закладах»» передбачалося, що для викладачів встановлено в середньому скорочений шестигодинний робочий день при шестигодинному робочому тижні¹. У цьому акті не вирішувалося окремо питання про тривалість робочого часу ректорів, проректорів та деканів.

І лише в п. 10 Інструктивного листа Міністерства вищої та середньої спеціальної освіти СРСР від 13 квітня 1981 р. за № 8 «Про порядок

¹ Див.: СП СРСР. – 1940. – № 22. – Ст. 546.

оплати праці професорсько-викладацького складу, наукового, навчально-допоміжного та адміністративно-господарського персоналу вищих навчальних закладів» було передбачено, що робочий день професорсько-викладацькому складу встановлено тривалістю в шість годин; навчально-допоміжному та адміністративно-господарському персоналу — сім годин при шестиденному робочому тижні¹. У цьому листі фактично було допущено перекручення, яке полягало у тому, що Міністерство відмовилося від словосполучення «в середньому». Якщо у нормативно-правовому акті 1940 р. йшлося про шестигодинний робочий день у «середньому», то вже в Інструктивному листі 1981 р. говорилося про те, що професорсько-викладацькому складу встановлено робочий день тривалістю в шість годин при шестиденному робочому тижні. Це положення на практиці деякі керівники ВНЗ стали тлумачити таким чином, що всі науково-педагогічні працівники повинні були перебувати на робочому місці щодня не менше шести годин. І дійсно, в деяких ВНЗ викладачі «відсиджувались» щодня по шість годин незалежно від того, чи були у цей день лекції або інші форми педагогічної роботи.

Інструктивним листом 1981 р. адміністративно-господарському персоналу встановлювався семигодинний робочий день при шестиденному робочому тижні. І з того часу вважалося, що ректори та проректори повинні працювати щодня сім годин. Цей лист вже втратив чинність, а Закон України «Про вищу освіту» обмежився загальною фразою про те, що робочий час науково-педагогічного працівника визначається Кодексом законів про працю України. Про робочий час ректорів, проректорів і деканів у Законі не згадується.

Не вирішувалося в Інструктивному листі 1981 р. й питання про тривалість робочого дня деканів. Тому нині, коли цей лист втратив чинність, ректори, проректори і декани продовжують працювати на умовах семигодинного робочого дня.

У Типових правилах внутрішнього розпорядку для працівників державних навчально-виховних закладів України, затверджених Наказом Міністра освіти України від 20 грудня 1993 р. за № 455², також не визначається тривалість робочого дня у зазначених працівників.

Посада декана була взагалі відсутня в штатних розписах ВНЗ. Про деканів згадувалося лише у документах про порядок їх обрання та документах, у яких передбачався розмір доплати за виконання обов'язків деканів. На жаль, такої важливої посади, як декан, у законодавстві не

¹ Див.: Бюл. Міністерства вищого і середнього спеціального образования СССР. – 1981. – № 7. – С. 32.

² Див.: Інформ. збірник Міністерства освіти України. – 1994. – № 21. – С. 3.

приділялося належної уваги. І лише після прийняття Закону України «Про вищу освіту» Наказом Міністерства освіти і науки України від 5 травня 2005 р. за № 275 про внесення змін до наказу Міністерства освіти і науки України від 29 березня 2001 р. за № 161 передбачено посаду декана із встановленням йому посадового окладу¹. Зміни до його правового статусу було внесено Законом України «Про вищу освіту». Статтею 40 «Обрання на посаду та звільнення з посади керівника факультету» цього Закону його було визнано особою, яка виконує свої повноваження на постійній основі. Це визначає принципово новий підхід до деканів факультетів. Якщо раніше вони обиралися з найдосвідченіших професорів та доцентів, які частину свого робочого часу присвячували науково-педагогічній роботі, а іншу — функціям декана, за що одержували надбавку до заробітної плати, то тепер вони можуть протягом робочого дня безпосередньо виконувати функції декана. Декан тепер одержує оклад за основною посадою, а за науково-педагогічну роботу він може одержувати заробітну плату на умовах погодинної оплати або сумісництва.

Безпосереднє управління ВНЗ здійснює ректор, який несе повну відповідальність за його роботу. Функція по управлінню ВНЗ залишається вельми складною, адже управління людьми, зокрема науково-педагогічним персоналом та студентами, завжди визнавалось одним із складних і високих із усіх мистецтв².

Обов'язки ректора визначено у ст. 32 Закону України «Про вищу освіту». У ч. 2 цієї статті сформульовано повноваження керівника ВНЗ в основних сферах освітньої діяльності та її забезпечення. Зокрема, керівник ВНЗ в межах наданих йому повноважень: вирішує питання діяльності закладу, затверджує його структуру та штатний розпис; видає накази і розпорядження, обов'язкові для виконання всіма працівниками ВНЗ і його структурними підрозділами ВНЗ; представляє ВНЗ у державних та інших органах, а також виконує інші складні функції.

Більш конкретно обов'язки ректора ВНЗ передбачено у Типових правилах внутрішнього розпорядку для працівників державних навчально-виховних закладів України. У цьому акті, зокрема, встановлено, що ректор зобов'язаний забезпечити необхідні організаційні та економічні умови для проведення навчально-виховного процесу на рівні державних стандартів якості освіти, для ефективної роботи педагогічних та інших

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2005. – № 25. – Ст. 1461.

² Див.: Гончарова Г. С. К вопросу о демократизации правовых вопросов управления вузами // Структура освіти в регіоні: проблеми оптимізації: Матер. міжнар. наук. -практ. конф. – Х., 1996. – С. 72–73.

працівників закладу освіти відповідно до їхньої спеціальності та кваліфікації; вдосконалювати навчально-виховний процес, упроваджувати в практику кращий досвід роботи, пропозиції педагогічних та інших працівників, спрямовані на поліпшення роботи закладу освіти; організовувати підготовку необхідної кількості науково-педагогічних кадрів; забезпечувати виплати заробітної плати педагогічним та іншим працівникам у встановлені строки; надавати відпустки всім працівникам закладу освіти відповідно до графіку відпусток та ін.

Посадові інструкції для ректорів, як правило, не розробляються, оскільки їх повноваження визначено названими нормативно-правовими актами та статутами ВНЗ. На сьогодні, на жаль, відсутній кваліфікаційний довідник для науково-педагогічних працівників ВНЗ.

На думку А. Омарова, керівник займає ключове становище у системі управління. Йому доводиться виконувати різноманітні, але взаємодоповнюючі функції. Йдеться переважно про функції адміністратора, організатора, спеціаліста, громадського діяча, вихователя. В діяльності керівника ці функції реалізуються у тісному взаємозв'язку¹.

Ректору доводиться вирішувати непрості організаційні, фінансові, правові, психологічні та інші питання. У ВНЗ працюють різні за професійною ознакою особи: професорсько-викладацький склад, науковці, навчально-допоміжний та обслуговуючий персонали, інженерно-технічні працівники, інші спеціалісти. Вони мають різні інтереси. Професори, доценти, асистенти, науковці, лаборанти, інженери, економісти, слюсарі, електрики, прибиральниці виконують різні трудові функції, але їх робота спрямована на виконання головного завдання ВНЗ — підготовку висококваліфікованих спеціалістів для потреб різних галузей економіки. Ректор зобов'язаний гармонізувати інтереси усіх працюючих і студентів².

Т. Боголіб вважає, що ректор стимулює зусилля для досягнення консенсусу в ВНЗ. Чесність, авторитетність, терплячість і повага до інших — якості ректора, важливіші ніж менеджмент³. Отже, елементи педагогіки і дидактики посідають серед обов'язків ректора важливе місце.

Виконання наведених завдань зобов'язує державу створювати для ректорів сприятливі режими робочого часу.

Згідно з правовими нормами, визначеними у ч. 3 ст. 32 Закону України «Про вищу освіту», у ВНЗ може бути введено посаду почесного ректора

¹ Див.: *Омаров А. М.* Руководитель. Размышление о стиле управления. — М., 1987. — С. 11.

² Див.: *Гончарова Г. С.* Колективний договір у вищих навчальних закладах Ш–ІУ рівнів акредитації// Навч.-наук. посіб. — Х., 2004. — С. 11.

³ Див.: *Боголіб Т. Б.* Принципи управління вузом. — К., 2004. — С. 176.

(президента), начальника, директора тощо. На цю посаду в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України, може бути призначений керівник ВНЗ при виході його на пенсію з посади керівника ВНЗ і якщо він пропрацював на посаді керівника не менше двох строків підряд. Якщо у ВНЗ вводиться посада почесного ректора, то свої функції він може виконувати як в межах шестигодинного робочого дня, так і на умовах неповного робочого дня. Режим роботи почесного ректора визначає ректор ВНЗ.

Проректор (заступник директора) підпорядкований безпосередньо керівникові (ректору, директору) ВНЗ. Проректор (заступник директора) виконує свої обов'язки відповідно до основних напрямів своєї роботи. Наприклад, проректор з навчальної роботи забезпечує: контроль за виконанням навчальних планів, складанням та виконанням графіку навчального процесу, розкладом занять та іспитів; контроль за якістю навчального процесу; контроль за розробкою та виконанням навчальних програм, робочих планів по дисциплінах, індивідуальних планів роботи викладачів; аналіз результатів екзаменаційних сесій; організацію роботи по забезпеченню належної дисципліни студентів тощо.

Проректор з наукової роботи забезпечує: планування, організацію та контроль за виконанням держбюджетних та госпдоговірних науково-дослідницьких робіт кафедрами та іншими науковими підрозділами ВНЗ; впровадження результатів наукових досліджень у навчальний процес; організацію наукових і науково-практичних конференцій, «круглих столів», семінарів; планування, підготовку й видання наукових збірників, монографій та ін.

Функції проректора (заступника директора) з питань гуманітарної освіти та виховання визначено орієнтованим переліком, який підготовлено на виконання рішення колегії Міністерства освіти України від 28 жовтня 1998 р. за № 14/6–8 «Про стан та проблеми національно-громадського виховання у вищих навчальних закладах України». Відповідно до цього документа проректор з питань гуманітарної освіти та виховання спільно з проректором (заступником директора) з навчальної роботи здійснює науково-методичне та кадрове забезпечення виховного процесу у ВНЗ; створює умови для реалізації безперервної системи виховання шляхом поєднання навчання та позалекційних заходів; сприяє визначенню навчальних курсів та спецкурсів; організовує проведення науково-практичних конференцій, олімпіад; залучає діячів науки, права, культури, спеціалістів інших галузей до участі в підготовці студентів до майбутньої роботи¹.

¹ Див.: Інформ. збірник Міністерства освіти України. – 1999. – № 11. – С. 25–28.

Повертаючись до обов'язків ректорів, слід зазначити, що вони виконують широке коло складних обов'язків, а тому тривалість робочого часу у ректорів, проректорів та деканів, на нашу думку, має бути однаковою — шість годин. Підставою для такого висновку є ст. 51 КЗпП України, яка дозволяє встановити скорочену тривалість робочого часу для окремих категорій працівників. У КЗпП України згадувалися лише лікарі та вчителі. До цієї категорії працівників належать й ті, хто здійснює керівні та управлінські функції у ВНЗ. Вважаємо, що ця стаття дає підстави для можливості встановити скорочений робочий день для керівних науково-педагогічних працівників ВНЗ.

У межах шестигодинного робочого дня керівні працівники ВНЗ, крім проректора з адміністративної роботи, повинні виконувати всі види навчальної, методичної, наукової й організаційної роботи, передбачені у Наказі Міністерства освіти і науки України від 7 серпня 2002 р. «Про затвердження норм часу для планування і обліку навчальної роботи та переліків основних видів методичної, наукової й організаційної роботи педагогічних і науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів»¹.

З урахуванням викладеного зазначимо, що керівні працівники ВНЗ повинні працювати на умовах шестигодинного робочого часу, оскільки вони є науково-педагогічними працівниками.

Надійшла до редколегії 25. 12. 05

¹ Див.: Офіц. вісник України. – 2002. – № 35. – Ст. 1665.

Розподіл власності та влади по вертикалі

Монографія відомого правознавця, вченого та державного діяча В. Сіренка «Інтереси та влада»¹ є вельми багатогранною, торкається маси філософських, соціологічних, політичних, правових проблем. Ознайомлення з рецензованою роботою дає підстави вважати, що перед нами — фундаментальна теоретична праця, результати якої мають широке практичне значення.

Відповідно до власної наукової й практичної спеціалізації мені хотілося б зупинитися тільки на двох з числа багатьох взаємопов'язаних проблемах, що зачіпаються у монографії, — законодавчому забезпеченні економічної системи суспільства та прав регіонів у вирішенні соціально-економічних питань.

Поділяючи погляди автора на всенародну й колективну власність, велику роль державної власності у сучасному суспільстві (с. 390, 391, 499 та ін.), хотілося б відзначити необхідність збереження та розвитку власності комунальної — власності територіальних громад та регіонів. Щодо кваліфікації цієї власності немає єдиного погляду: одні дослідники розглядають її як різновид державної власності, другі — як різновид колективної (громадської) власності, треті вважають її самостійним видом (або формою) власності. Видається, що в кожному випадку це власність публічна. Публічна власність була завжди і у всіх державах. Проблема тільки в обсязі та забезпеченні ефективності управління. Так чи інакше вона реально існує і раціональне управління нею — одне з найважливіших завдань органів місцевого самоврядування та регіональних органів.

При розгляді проблеми «інтереси та влада» варто було б приділити комунальній власності більше уваги. З позиції В. Сіренка комунальна власність мала б визнаватися однією з базових частин соціально-економічної системи і треба збільшити як сферу її поширення, так і повноваження регіонів та громад щодо її формування й ефективного використання.

У зв'язку з цим хотілося б підкреслити, що, кажучи про розподіл влади в державі, В. Сіренко слідує традиційній тріаді — законодавча, виконавча, судова гілки влади. Але з розподілом власності пов'язаний і

¹ Сіренко В. Інтереси та влада. — К., 2006.

розподіл влади по горизонталі — настав час визнати, що є і влада регіональна. Без зваженого поділу прав, обов'язків та відповідальності між центром і регіонами, регіонами і територіальними громадами не може бути демократичної, соціальної, правової держави. Центральна влада повинна бути врівноважена місцевою владою. Остання також має відігравати роль стримувань і противаг у сучасному суспільстві.

У зв'язку з цим не можна визнати переконливою критику В Сіренком ідеї виділення у складі Верховної Ради України палати регіонів (с. 360–361 та ін.), члени якої могли б протидіяти столичній «центропупії», що глибоко укорінена у нашому суспільстві та благополучно перекочувала з Москви до Києва. Практика показала, що нічого доброго надмірне скупчення влади у столиці не дає і столичне свавілля (що виявилось, зокрема, і у ліквідації без запиту народу розділу Конституції 1978 р. про економічну систему) треба серйозно обмежити. Надмірна влада столиці на відповідає інтересам народу.

Щоб у регіональних органів була реальна можливість вирішувати віднесені до їх компетенції питання соціально-економічного розвитку, вони мають володіти певною публічною власністю, у тому числі встановленою законом частиною податків з громадян і суб'єктів господарської діяльності, що функціонують на відповідній території.

Можна погодитися з В. Сіренком у тому, що призупинення дії, а фактично скасування розділу «Економічна система» Конституції УРСР 1978 р. без всенародного референдуму, «не можна визнати ні легальним, ні легітимним» (с. 298). Це рішення Верховної Ради виявилось по суті державним переворотом, здійсненим «зверху», причому без обґрунтування, а просто, мабуть, в силу капітуляції тодішньої центральної влади перед деструктивними силами та їх демагогією. Але біда ще й в тому, що у Конституції України 1996 р. взагалі не виявилось розділу про економічну систему сучасного суспільства. В. Сіренко слушно стверджує, що «реформатори, обманувши народ неправдою про реформування соціалізму, ввели капіталізм» (с. 321) і при цьому в такій формі, яку Д. Сорос назвав грабіжницькою. «Всі конституційні права громадян позбулися свого забезпечення з втратою державної власності як загального надбання всього народу. Це відчув на собі кожен громадянин України» (с. 323). Те, що реформи проводилися без обґрунтування, визнав і Президент України (с. 345). Попередню систему зламали, а яку хочемо створити натомість і кращу за колишню, невідомо. Внаслідок одержали якісь руїни, на яких і будувати нове складно. Але будувати необхідно. Монографія В. Сіренка дає матеріал для свідомого вибору моделі еко-

Праця В. Сіренка змушує задуматися, шукати й домагатися розумного розв'язання нагальних соціально-економічних проблем. Дослідник багато зробив у цьому напрямку, будучи народним депутатом України та очолюючи Комітет Верховної Ради України з питань правової політики. Його монографія дає основу для продовження цієї роботи.

Нове дослідження теорії права соціального забезпечення

Рецензоване дослідження базується на комплексному, системному підході, характеризується відповідним рівнем наукових узагальнень. Це

258

значною мірою зумовлено і характером дослідницької бази. Поряд з працями з трудового права та права соціального забезпечення автор широко використав наукові розробки із загальної теорії держави і права, адміністративного права, теорії управління та інших галузевих правових наук. Детальному аналізу було піддано законодавчі та інші нормативні акти України, які регулюють правовідносини із соціального забезпечення. Високий ступінь вірогідності і наукової обґрунтованості результатів виконаного дослідження забезпечено також використанням відповідних наукових методів — діалектичного, логіко-семантичного, структурно-функціонального, історичного, порівняльно-правового, системно-структурного та ін. Все це дозволило автору сформулювати низку важливих наукових положень, висновків та рекомендацій. Так, заслуговує на увагу авторський підхід до визначення предмета, методу та системи права соціального забезпечення, відмежування права соціального забезпечення від суміжних галузей права.

Досить обґрунтованим видається визначення організаційно-правових форм соціального забезпечення, до яких С. М. Прилипка відносить загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державне забезпечення, соціальну допомогу та соціальну підтримку.

Становлять інтерес пропозиції автора щодо доцільності заміни у Конституції та інших нормативних актах України словосполучення «соціальний захист» на «соціальне забезпечення», розроблення та прийняття Кодексу про соціальне забезпечення, передачі функції управління загальнообов'язковим соціальним страхуванням єдиному державному органу — Національному фонду соціального страхування.

Дослідник досить детально охарактеризував систему права соціального забезпечення та принципи його організації, сучасний стан розвитку соціального законодавства, солідарні засади у соціальному праві.

Наукова новизна одержаних С. М. Прилипком результатів визначається тим, що рецензована монографія є комплексним дослідженням питань права соціального забезпечення, в якому по-новому розглянуто його сучасні теоретико-правові проблеми. Значну частину результатів дослідження одержано вперше, деякі положення отримали подальший розвиток, що дає можливість вирішити важливі завдання щодо вдосконаленню правового регулювання соціального забезпечення в Україні.

Слід відмітити, що роботу виконано на високому професійному рівні. Структурна побудова монографії є логічною й доцільною, що свідчить про виважений підхід її автора до розкриття теми. Під час написання монографії було використано правозастосовну практику, що

М. Іншин,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник
Харківського національного університету внутрішніх справ

Серед багатьох нових явищ, що відбуваються на теренах сучасної України, особливого значення набуває бурхливий розвиток податкового права. Податки як фінансово-правовий інструмент відіграють в умовах сьогодення величезне значення. Як ніколи раніше, податкова система змінюється, що зумовлено як становленням ринкових відносин, так і необхідністю зміцнення фінансової бази для належного функціонування держави, а відтак, й податкове право перебуває у стані масштабного та перманентного реформування. Такі умови породжують виникнення широкої публічної дискусії навколо обговорення реалій і перспектив правового регулювання податкових відносин, і спричиняють появу робіт, присвячених цій тематиці. Тому видання третього тому «Курсу податкового права» під назвою «Учение о налоге», підготовленого доктором юридичних наук, професором М. П. Кучерявенком, є логічним продовженням плідної праці вченого у цій галузі¹.

Поява цієї монографії, безсумнівно, є своєчасною, оскільки в Україні триває активний процес формування нового за своїм змістом податкового права, яке впродовж багатьох років посідало доволі скромне місце у системі права та не привертало належної уваги до себе ні науковців, ні держави. Тому, новий підхід до розуміння багатьох явищ, переосмислення базисних категорій податкового права з урахуванням нових соціально-економічних умов, викладені у монографії, є актуальними та вкрай необхідними для подальшого розвитку цієї галузі права.

¹ Див.: *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права: В 6 т. – Т. 1: Генезис налогового регулирования: В 2 ч. – Ч. 1. – Х.: Легас, 2002. – 665 с.; *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права: В 6 т. – Т. 1: Генезис налогового регулирования: В 2 ч. – Ч. 2. – Х.: Легас, 2002. – 791 с.; *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права: В 6 т. – Т. 2: Введение в теорию налогового права. – Х.: Легас, 2004. – 600 с.; *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права: В 6 т. – Т. 3: Учение о налоге. – Х.: Легас, 2005. – 600 с.

Нова якість монографії забезпечується системним відтворенням у ній новітніх, передових знань і практичного досвіду розв'язання багатьох проблем, що виникають у цій сфері. Крім того, однією з переваг рецензованої роботи є її добре продумана структурна побудова. Зокрема, аналізу податкового обов'язку логічно передують з'ясування поняття податку й основних та додаткових елементів його правового механізму. Як слушно зазначає автор, тільки з'ясувавши природу цього різновиду обов'язкового платежу можна ставити питання про адекватне регулювання обов'язків, що виникають у зв'язку з його сплатою. Такий виклад матеріалу є виправданим та поліпшує його сприйняття й засвоєння.

У першому розділі «Правовое регулирование системы налогообложения» ґрунтовно охарактеризовано місце податків та зборів у системі публічних доходів, поняття системи оподаткування, правове регулювання принципів оподаткування, поняття та рівні податкового тиску. Не залишаючи поза увагою вади чинного вітчизняного бюджетного та податкового законодавства, автор також зупиняється на дослідженні проблеми співвідношення різних рівнів та видів публічних доходів. Він зазначає, що система публічних доходів характеризується акумуляцією грошових коштів у різних формах, залежно від рівня й цілей адміністративно-територіального утворення. При цьому важливий наголос зроблено на тому, що при розмежуванні різних видів публічних доходів треба виходити з формування й забезпечення раціонального механізму співвідношення доходів держави, доходів державного бюджету, доходів місцевих бюджетів, податків, зборів (обов'язкових платежів).

Другий розділ «Налог как правовая категория» містить матеріал щодо визначення, ознак, функцій і класифікації податків, а також співвідношення податку, збору, мита і розкриває правовий механізм податку та його елементи. Привертає увагу змістовне, з цінним історичним екскурсом та ґрунтовним аналізом законодавчих актів, висвітлення поняття податку. Розкриваючи зміст цього обов'язкового платежу, М. П. Кучерявенко зупиняється на одній з найбільш дискусійних проблем, а саме — проблемі визначення місця у змісті цього поняття відносин власності, моменту переходу права власності, зміни форм власності. Характеризуючи ознаки податку, науковець резюмує, що при визначенні поняття податку навряд чи є сенс прагнути до законодавчого закріплення вичерпного переліку його ознак. Автор вважає, що законодавець повинен виокремити найбільш важливі, принципові риси податку, а правовий режим функціонування цього платежу може деталізуватися з урахуванням відносин, що не є податковими, але впливають на останні (наприклад, зміст і принципи розподілу компетенції при регулювання

оподаткування). Отже, такі неподаткові відносини необов'язково мають закріплюватися у спеціальному визначенні податку.

У третьому розділі автор зупиняється на характеристиці основних елементів правового механізму податку, до яких відносить платників податків, об'єкт оподаткування та ставку оподаткування. Вони обґрунтовують підвалини побудови податкового механізму й стосуються у першу чергу формалізації матеріальних інтересів платника, виконуючи чітко визначені завдання. Їх виокремлення важливо не тільки для можливості наукового дослідження, а й для визначення конкретних законодавчих норм. Показово, що, досліджуючи правовий статус платників податків, М. П. Кучерявенко не тільки детально розкриває їх обов'язки й права, а й ретельно аналізує пов'язаних та взаємозалежних осіб, консолідовані групи платників, податкових агентів, збирачів податків та податкове представництво. На особливу увагу заслуговує поданий дослідником матеріал щодо об'єкта оподаткування, а саме — докладний розгляд доходу, прибутку, доданої вартості й реалізації товарів (послуг, робіт), вартості, спеціального використання природних ресурсів та майна.

Четвертий розділ присвячено додатковим елементам правового механізму податку, які надають конструкції регулювання оподаткування цілісності й завершеності. В ньому, зокрема, аналізуються предмет, масштаб, одиниці й бази оподаткування, податковий період, податкові пільги, податковий облік, обчислення суми податку та збору, способи й строки сплати податків, джерела сплати податків, а також податкова звітність. Приваблює в роботі те, що порушені питання та запропоновані шляхи їх вирішення відображають нагальну потребу законодавця та забезпечують активне використання механізму податку, його цілеспрямоване функціонування відповідно до нових завдань державотворення.

Слід відмітити, що у рецензованій монографії вперше ґрунтовно досліджено та розкрито зміст податкового обов'язку. Цьому питанню присвячено п'ятий розділ «Правова природа податкового обов'язку». М. П. Кучерявенко зупиняється на визначенні податкового обов'язку; його виникненні, зміні й припиненні; виконанні податкового обов'язку; заліку та поверненні сум надлишково сплачених або стягнутих податків та зборів. Змістовним є викладення матеріалу щодо податкового боргу. Актуальним є також питання щодо засобів забезпечення виконання податкового обов'язку. Ось чому автор цілком обґрунтовано приділив достатньо уваги податковій заставі, пені та поручительству, а також адміністративному арешту активів і обмеженню операцій по рахунках платників у банках.

Повноцінний курс податкового права не міг обійти увагою питання податкового контролю, якому М. П. Кучерявенко присвятив шостий розділ монографії. У ньому розкрито зміст податкового контролю та його види, а також правовий статус податкових органів. Автор також зупиняється на проблемах відповідальності за порушення податкового законодавства, які в даний момент мають найбільш дискусійний характер. Тому привертається увага ретельно проаналізовані питання співвідношення переконання й примусу в податковому праві, підстав відповідальності за порушення податкового законодавства, класифікації податкових правопорушень й характеристики міри відповідальності за вчинення останніх. При цьому матеріал викладається на підставі реально існуючих проблем та враховує концептуальні засади щодо їх розв'язання. Тому на серйозну увагу заслуговують критичні зауваження автору відносно змісту окремих норм законодавства (законів України «Про систему оподаткування», «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», «Про Державну податкову службу України», Податкового кодексу Російської Федерації), що регулюють справляння податків і зборів як в Україні, так і в інших державах, а також запропоновані автором рекомендації щодо їх удосконалення. Цінність викладеного матеріалу вбачається ще й у тому, що пропозиції та висновки, зроблені М. П. Кучерявенком на основі проведеного ним дослідження, можуть бути використані законодавцями не тільки України, а й багатьох інших країн.

Завершує третій том монографії розділ присвячений аналізу проблем, пов'язаних з усуненням подвійного оподаткування, розв'язання яких в умовах сьогодення є досить важливим.

У цілому монографія позитивно відрізняється фундаментальним підходом автора до розгляду проблем, пов'язаних з оподаткуванням, умілим використанням системного підходу та аналізом значної кількості джерел. Показово, що на відміну від попередніх першого та другого томів курсу податкового права, в яких розглянуті проблеми мають здебільшого загальнотеоретичний характер стосуються не тільки податкового права, а й фінансово-правової галузі в цілому та навіть, деяких дискусійних моментів загальної теорії права, у третьому томі розглядаються питання більш прикладного характеру, які і стосуються безпосередньо проблем оподаткування.

Без сумніву, праця М. П. Кучерявенка є логічно й методологічно витриманою, актуальною і корисною для подальшого збагачення і вдосконалення як теорії, так і норм законодавства України. Третій том

курсу податкового права суттєво розширює сферу вітчизняних досліджень у цій галузі та дає поштовх до подальшого вивчення складних проблем, пов'язаних з правовим регулюванням податкових відносин. Тому поява такого роду робіт — знаменна подія в науковому житті.

А. Нечай, доктор юридичних наук,
доцент кафедри загальноюридичних дисциплін,
цивільного права і правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки та права

Становлення теорії правової політики у міжнародному приватному праві

На сучасному етапі розвитку правової доктрини науковці все частіше звертають увагу до дослідження питань, пов'язаних із правовою політикою у різних сферах соціального життя. Зрозуміло, що подальше вдосконалення правової системи неможливе без належного наукового підґрунтя, з'ясування можливостей регулюючої і регулівної систем, методологічного забезпечення правової регламентації суспільних відносин. Це пов'язане передусім з посиленням навантаження на систему правового регулювання, що повинна чим далі більше оперувати з новими формами суспільних відносин, реагувати на появу невідомих, або малопоширених раніше різновидів суспільних відносин, розв'язувати конфлікти, кількість яких постійно зростає.

Тому на сьогодні особливо актуальним у межах правової науки є завдання з розроблення теорії правової політики, що має вирішуватися у межах як загальних, так і галузевих досліджень. Одним із кроків у цьому напрямку можна вважати появу монографії А. А. Степанюк «Правова політика у міжнародному приватному праві»¹¹, присвяченої становленню і доктринально-юридичному аналізу правової політики у міжнародному приватному праві. Зважаючи на пріоритет авторки у дослідженні обраної теми, монографія починається зі з'ясування питання про її актуальність. Далі пропонується визначитися з сутністю складових елементів правової політики у міжнародному приватному праві: «право», «політика», «міжнародне приватне право» і можливостями їх поєднання в єдиному терміні, а також відмежування від інших, близьких понять

¹ Степанюк А. А. Правова політика у міжнародному приватному праві. – Х.: Права людини, 2006. – 144 с.

(наприклад, ідеології). В результаті авторка наводить визначення правової політики у міжнародному приватному праві як сукупності цінностей, концепцій, принципів, методів діяльності щодо правового регулювання і проведення організаційних заходів у науці, освіті, участі в міжнародних організаціях, кадрового й інформаційного забезпечення, спрямованих на поліпшення впорядкування приватноміжнародних суспільних відносин.

Особлива увага у монографії приділяється аналізу історії розвитку правової політики у міжнародному приватному праві. На думку авторки, для розвитку вітчизняної правової політики у міжнародному приватному праві особливо важливу роль відіграють процеси правонаступництва і рецесії, що проникають у правоутворення і правореалізацію, освіту, доктрину міжнародного приватного права. Означені чинники можуть вважатися знаряддями правової політики у міжнародному приватному праві, за допомогою яких відбувається еволюція правового регулювання.

Значущими для науки міжнародного приватного права є з'ясування основних засад правової політики у міжнародному приватному праві: телеології, аксіології, принципів, методології. Такий вибір засад пов'язаний із розумінням правової політики у міжнародному приватному праві як особливої стратегічно-тактичної діяльності, що є симбіозом як правових, так і організаційних заходів у царині регламентації приватноміжнародних суспільних відносин з «іноземним елементом».

Важливими у цьому контексті є висновки авторки про те, що мета розглядуваної політики — ефективне впорядкування приватноміжнародних суспільних відносин, а її досягнення ставиться у залежність від цілей і завдань діяльності, що об'єднується поняттям правової політики в міжнародному приватному праві. Наступним положенням монографії, котре заслуговує на підтримку, є думка про те, що аксіологію правової політики у міжнародному приватному праві формують справедливість і права людини, а також цінності людяності, рівності, свободи та інші. Авторка приділяє увагу розгляду і формулюванню принципів правової політики у міжнародному приватному праві як системі основних засад і положень, обумовлених закономірностями розглядуваних відносин і позицією суб'єктів цієї політики щодо спрямованості і характеру регулятивного впливу у сфері міжнародного приватного права. Відповідно методи правової політики у міжнародному приватному праві А. А. Степанюк розуміє через сукупність засобів, прийомів і способів, що зумовлені специфікою приватноміжнародних відносин і спрямовані на їх упорядкування.

Логічним завершенням монографії є запропонований авторкою проект Концепції правової політики у міжнародному приватному праві,

Разом із цим проведеній А. А. Степанюк теоретичний аналіз і аргументовані висновки дозволяють надати монографії позитивну оцінку й стверджувати про можливість її використання у подальших наукових дослідженнях, навчальній, законотворчій і правореалізаційній діяльності.

266

Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення

27-28 жовтня 2006 р. у м. Харкові на базі Академії правових наук України, Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та Харківського національного економічного університету відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція «Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення».

Організаторами конференції виступили Міністерство освіти і науки України, Міністерство промислової політики України, Міністерство економіки України, Національна академія наук України, Академія правових наук України, державні адміністрації Харківської, Сумської, Полтавської областей, Північно-Східний науковий центр НАН і МОН України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, Інститут економіки та прогнозування НАН України, Науково-дослідний центр індустріальних проблем розвитку НАН України, Харківський національний економічний університет, Харківська національна академія міського господарства.

Метою конференції стало обговорення проблем сучасного стану і перспектив функціонування національної господарської системи, формування методологічних та практичних рекомендацій щодо наукового, економічного і правового забезпечення інноваційного розвитку.

У вступному слові співголови організаційного комітету конференції президента Академії правових наук України, ректора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академіка НАН України **В. Тація** наголошувалось на важливості проведення такої конференції на сучасному етапі розвитку української державності у світлі глобалізаційних процесів в економіці, намірів України вступити до СОТ.

Важливість і актуальність проведення конференції підкреслювались і в привітаннях, надісланих на адресу учасників конференції, від Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України, президента українського союзу підприємців і промисловців.

Глава Харківської обласної державної адміністрації **А Аваков** та Харківський міський голова **М. Добкін** звернули увагу присутніх на важливість проведення такої конференції у Харкові — науково-освітня столиця України, де сконцентровано інтелектуальний, економічний, науково-технічний потенціал не тільки східної України, а й всієї держави.

Робота на конференції провадилася по таким науковим напрямкам: сучасна інноваційна система: глобальні закономірності і регіональні особливості; організаційно-економічні складові активізації інноваційної діяльності; цивілістичний аспект створення і впровадження інноваційних продуктів; проблеми інноваційного права та державного стимулювання інноваційної діяльності

У роботі конференції взяли участь 8 академіків та членів-кореспондентів НАН України, 13 академіків та членів-кореспондентів Академії правових наук України та Академії педагогічних наук України, 42 доктори наук, 52 кандидати наук.

У роботі конференції взяли участь заступники міністра освіти і науки України, міністра економіки України, представник Секретаріату Президента України, заступник Генерального прокурора України, керівники органів місцевої влади та органів місцевого самоврядування, провідних підприємств та банків.

За словами академіка НАН України, голови Північно-Східного наукового центру НАН і МОН України **В. Семиноженка**, проблема економічного зростання є однією з найактуальніших у сучасному світі. В його доповіді «Структурна революція в економіці як категоричний імператив сучасної політики України», акцентувалося на тому, що найважливішим завданням сьогодення є забезпечення соціально-економічного прориву в напрямку переходу до постіндустріального суспільства й економіки знань. Причому перехід до постіндустріальної стадії розвитку суспільства означає заміну галузевого розподілу національної економіки розподілом технологічним. Пріоритетом стає розвиток високих технологій у всіх галузях. Однак кожному технологічному устрою притаманні свої провідні технології, що складають його ядро. Для економічної системи будь-якої країни властиве одночасне функціонування декількох технологічних устроїв: такого, що народжується; переважного; такого, що відмирає. Стратегічне значення для економіки має саме новий устрій, який справляє до певного моменту незначний вплив на приріст ВВП, але саме він формує напрямок розвитку країни на десятиліття вперед.

Академік НАН України, президент Академії правових наук України **В. Тацій** у доповіді «Правове забезпечення інноваційного розвитку: стан

і перспективи» позначив причини технологічного відставання України від розвинутих держав, зниження конкурентоздатності вітчизняної економіки. В доповіді було охарактеризовано стан законодавчого регулювання інноваційної діяльності, структури, які мають відношення до неї, та внесено конкретні пропозиції щодо розвитку науково-технічного і кадрового потенціалів України й адаптації їх до ринкової економіки, формування нового мислення в постіндустріальному суспільстві. На думку доповідача, слід розробити дієву Програму заходів щодо розвитку інвестицій.

З метою забезпечення системного й комплексного підходів до правового регулювання інвеститційно-інноваційних процесів в Україні доцільно створити в структурі Академії правових наук України нову структурну одиницю — Інститут інновацій.

Заступник Генерального прокурора України, кандидат юридичних наук **Т. Корнякова** виступила з доповіддю «Стан додержання законодавства при здійсненні інноваційної та інвестиційної діяльності», в якій зупинилася на найбільш поширених правопорушеннях у цій царині. Йдеться, зокрема, про незаконне використання суб'єктами господарювання пільгового режиму оподаткування шляхом ввезення в Україну «псевдоінвестицій» та їх відчуження без сплати до бюджету мита, податків та інших обов'язкових платежів. Було підкреслено, що органи прокуратури постійно приділяють увагу нагляду за додержанням Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» і законодавства, що регулює функціонування спеціальних економічних зон та територій пріоритетного розвитку. Прокурорськими перевітками викрито непоодинокі факти зловживань службових осіб суб'єктів підприємництва, які здійснюють свою діяльність у СЕЗ та ТПР.

Гострим видався виступ директора Центру досліджень науково-технічного потенціалу та історії науки ім. Г. М. Доброва НАН України, академіка НАН України **Б. Малицького**, який у доповіді «Влада, наука, виробництво і бізнес у забезпеченні інноваційного розвитку України» показав системність проблем розвитку вітчизняної науки, відсутність ефективних механізмів управління нею. З його слів, майже половина нашого наукового потенціалу, не будучи затребуваною своєю країною, працює над виконанням зарубіжних замовлень. Серед проблем науки особливе значення мають падіння престижу наукової праці і загострення у цьому зв'язку комплексу питань, які стосуються, зокрема, демографії наукових кадрів, стану матеріально-технічної бази, комерціалізації наукових результатів і захисту інтелектуальної власності, наукової етики, світогляду та багатьох інших. Доповідач докладно зупинився на

причинах, через які Україна й досі, попри всю декларативність, не стала на інноваційну модель розвитку. Серед них — низький рівень капіталізації вітчизняної економіки; проїдання, а не оновлення виробничих фондів; значне розшарування населення за рівнем доходів. У доповіді окреслено коло завдань, вирішення яких є необхідною умовою виходу України на інноваційну модель розвитку.

Доповідь ректора Харківського національного економічного університету, доктора економічних наук, професора **В. Пономаренка** «Економіка знань та інноваційна підготовка кадрів» було присвячено завданням формування в різні засоби потреб нововведень у користувачів або виробників у широкому сенсі. З його слів, потрібно сформулювати платоспроможні потреби у знаннях. Комп'ютеризація шкіл та вищих навчальних закладів є кроком у правильному напрямі, але по-справжньому слід зайнятися ліцензованим програмним забезпеченням. Його закупівля навчальними закладами — практично непосильне завдання. Потрібні домовленості на державному рівні з розробниками. Вкрай важливо, на думку доповідача, організувати контроль впровадження науково-дослідницьких та проектно-конструкторських розробок у навчальний процес через наповнення ними змісту лекційного матеріалу, практичних та лабораторних робіт.

Академік Академії правових наук України **Н. Кузнєцова** у доповіді «Цивільно-правові засоби забезпечення інновацій у сучасному законодавстві України» наголосила на тому, що лише комплексне, системне врегулювання і взаємодія наукового, високотехнологічного і освітнього секторів економіки дозволять забезпечити одержання, поширення і використання науково-технічних результатів, нових технологій, науково-місткої продукції. Перспективний розвиток сучасної економіки без цього неможливий. Термін «інноваційний тип економіки» став звичним в економічній науці, він також впевнено увійшов у законодавчий простір, в повсякденний діловий і науковий обіг. Можна констатувати, що і в юридичній літературі він також активно застосовується. Водночас у площині визначення завдань правового регулювання інноваційних процесів актуальною залишається низка питань. Зокрема, по-перше, що таке інновація, інноваційна діяльність, інноваційні правовідносини, інноваційний продукт саме у правовому вимірі? По-друге, які правові засоби і правові механізми є необхідними і достатніми для вирішення основних завдань забезпечення інноваційного розвитку української економіки? В доповіді здійснено спробу розв'язати позначені проблеми.

Завідувач відділу освіти і науки служби гуманітарної політики Секретаріату Президента України **О. Коврига** поділився досвідом запровад-

ження інновацій в США на прикладі провідних університетів цієї країни, позитивні моменти якого доцільно було б використати в Україні.

Член-кореспондент Академії правових наук України **І. Спасибо-Фатєєва**, виступаючи з доповіддю «Інновації в українській правовій сучасності», запропонувала комплекс заходів розв'язання проблеми інновацій в українській правовій сучасності. Зокрема, з боку держави — дозвіл комерціалізації науки з розробленням правових механізмів щодо цього, починаючи від вузівської та фундаментальної науки і закінчуючи сферою виробництва; з боку інвесторів — створення інноваційних структур і апробація тих чи інших моделей інновацій; з боку інтелектуалів — генерування ідей із їх донесенням до певних баз даних, із яких вони потраплятимуть до відповідних ланок інноваційної інфраструктури. Враховуючи ці та інші чинники, слід починати рухатися для побудови в Україні гідної інноваційної інфраструктури з належним рівнем її правового забезпечення.

«На сучасному етапі розвитку України завдання з науково-технічного та інноваційного розвитку полягає у формуванні відповідних пріоритетів розвитку науки, технологій та інновацій, правової бази, кадрової політики, матеріально-технічного забезпечення, економічних методів регулювання розвитку науково-технологічної та інноваційної сфер», — наголосила в доповіді «Проблеми формування та реалізації науково-технологічної та інноваційної політики» доктор юридичних наук, директор Інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України **О. Орлюк**. При формуванні національної інноваційної системи в Україні влада має виходити з того, що ключовим елементом такої системи повинна стати наука. Це, у свою чергу, вимагає створення дійсно ефективної системи управління, яка повинна відповідати декільком умовам: по-перше, бути принципово відмінною від традиційних бюрократичних структур; по-друге, характеризуватися функціональністю та міжгалузевим характером. У доповіді йшлося про проблеми формування інноваційної системи України.

«Питання про роль держави в економічних відносинах, про її економічні функції та засоби їх реалізації вже давно знаходяться у сфері прагматичних, а не догматичних підходів», — зазначив у доповіді «Інноваційна політика держави і господарсько-правові засоби її реалізації» кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри господарського Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Д. Задихайло**. На його думку, забезпечення інноваційного характеру розвитку економічних відносин — головного чинника підтримки конкурентоспроможності національних суб'єктів господарювання і національної

За результатами конференції розроблено Рекомендації та Пакет першочергових законодавчих пропозицій у сфері інноваційної діяльності, які надіслані до Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України.

О. Петришин, доктор юридичних наук, професор,
головний вчений секретар АПрН України, академік

Під егідою Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) 24-29 травня 2006 р. в Гранаді (Іспанія) працював XXII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії «Право і справедливість у глобальному суспільстві»¹. На церемонії відкриття, що

272

відбулася 25 травня в Палаці конгресів м. Гранади, із привітальним словом до учасників конгресу звернулися: професор *Ніколас Лопес Калера*, президент організаційного комітету конгресу, директор департаменту (кафедри) філософії права юридичного факультету Університету Гранади; професор *Александр Печеник*, президент IVR, Пуффендорфський професор Університету Лунда, Швеція; професор *Давид Агуїлар*, ректор Університету Гранади; пан *Гаспар Зарріас Аревало*, міністр освіти і науки уряду Андалузії; пан *Хосе Торрес Хуртадо*, мер м. Гранади.

Перший день конгресу був присвячений обговоренню проблем можливості, сутності і перспектив космополітичного правопорядку.

Центральним у науковій програмі конгресу була доповідь видатного філософа сучасності *Юргена Хабермаса* «*Кантовський проект конституціоналізації міжнародного права: чи зберігає він шанс?*». Доповідач відзначив, що своєю концепцією «космополітичного правопорядку» Кант вийшов за межі міжнародного права, яке залишилося орієнтованим виключно на держави. Але тільки після двох світових воєн конституціоналізація міжнародного права еволюціонувала в напрямку до космополітичного права відповідно до визначення Канта. Однак з катастрофою двополюсного світового порядку й утвердженням США як світового гегемона з'явився альтернативний погляд на світовий устрій. Питання ставиться в такий спосіб: чи залишається право підходящим засобом для реалізації декларованих цілей досягнення миру і міжнародної безпеки, сприяння демократії і прав людини в усьому світі, чи буде затверджений пріоритет уже не юридично, але морально виправданих національних інтересів США? Ю. Хабермас виразив упевненість, що Кантовський проект продовжуватиметься. Підстави для надії на такий вихід дає та обставина, що США є найстарішою конституційною демократією у світі. Спорідненість ціннісних орієнтацій між внутрішньою політичною культурою єдиної наддержави, що зберігається, з одного боку, і космополітичним проектом — з другого, принаймні, полегшує можливість повернення США до ролі лідера в перетворенні міжнародного права в напрямку до «космополітичного правопорядку».

Тему універсалізацію правопорядку було продовжено *Девидом Хелдам*, професором Лондонської школи економіки (Велика Британія) в доповіді «*Принципи космополітичного порядку*». Космополітизм, з погляду автора, виражає етичну, культурну й правову основу політичного порядку в світі, де діють політичні співтовариства. У ситуації тісної взаємозалежності різних держав приватна позиція виявляється обмеже-

ною, а осмислення й розв'язання проблем має фокусуватися на тому, що є загальним для всіх людей як громадян світу. Д. Хелд виділив вісім принципів, що є формальним вираженням космополітичних цінностей і затверджують рівне значення кожної особистості в «моральній царині всього людства»: 1) рівні цінність і гідність; 2) активна дія; 3) персональні відповідальність і підзвітність; 4) згода; 5) колективне прийняття рішень з публічних питань за допомогою процедур голосування; 6) включеність і субсидіарність; 7) запобігання серйозної шкоди; 8) можливість підтримки. Зазначені принципи і становлять основу космополітичного права, що доповнює національне й міжнародне право. І якщо Кант обмежував космополітичне право умовами загальної гостинності, то Д. Хелд розуміє його більш широко — як спосіб представлення рівного морального становища всіх людей, їх домагання на рівну волю і форми правління, засновані на обговоренні і згоді. Космополітизм, висновує він, конститує політичну основу і політичну філософію для життя в глобальну епоху.

Професор Університету Мадрида (Іспанія) **Франциско Лапорта** в доповіді «Глобалізація і верховенство права: попередній ескіз з деякими сумнівами й ускладненнями старого вестфальця» звернув увагу присутніх на можливості реалізації ідеалу верховенства права в умовах глобалізації. Глобалізацію доповідач розглядає як дуже складний і тривалий процес людської взаємодії, що долає встановлені державні кордони, визначає існування політичних, економічних, культурних і соціальних відносин, які піднімаються над локальними, регіональними і національними обмеженнями для створення умов нової транснаціональної цивілізації. У понятті верховенства права Ф. Лапорт виділяє три рівні. Перший рівень зводиться до простого існування ефективних норм, захищених органом примусового застосування. Другий рівень вимагає, щоб не тільки приватні особи, а й публічна влада були суб'єктами права. Третій рівень містить у собі два попередніх і на додаток вимагає встановлення правопорядку на основі загальних правил, що забезпечують формальну рівність усіх суб'єктів, котрі є стабільними, зрозумілими і не мають зворотної сили. Доповідач констатував відставання глобалізації права від глобалізації ринкової економіки і у свою чергу невідповідність глобального права, що становиться, усім вимогам ідеалу верховенства права. Діяльність транснаціональних корпорацій, капітал яких перетинає кордони, залишається під юрисдикцією внутрішнього права. Відбуваються процеси, що можуть бути названі «ринком права». Перевага віддається таким системам права, котрі є найбільш сприятливими

для діяльності транснаціональних корпорацій, тобто для них характерні дешева робоча сила, низькі податки, але при цьому і недемократичні режими, далекі від ідеалу верховенства права. Підкреслювалося, що державам, які не мають ефективного і добре оформленого правопорядку, глобалізаційні процеси не тільки не принесуть економічної вигоди, але можуть завдати економічної шкоди через утрату прибутку. Внаслідок недостатньої розвиненості правових механізмів економіка багатьох посткомуністичних країн так і не одержала того процвітання, що очікувалося від вільного ринку.

Основною темою другого дня роботи конгресу були проблеми справедливості і прав людини в глобалізуючому суспільстві.

Вив Кимлика, професор Королівського Університету Онтаріо (Канада) у доповіді *«Моральні основи і геополітичні функції міжнародних норм про права меншостей: європейський досвід»* звернув увагу присутніх на процес розвитку міжнародних норм щодо захисту прав меншостей. Він зупинився на досвіді інтернаціоналізації прав меншостей, яка мала місце в Європі в зв'язку із ситуацією в посткомуністичних країнах, коли права меншостей перемістилися в центр політичного життя і стали основним компонентом процесу «возз'єднання з Європою». У доповіді були показані проблеми, з якими зіштовхнулися відповідні інститути, вирішуючи це питання. Так, відповідні права або справляли слабкий вплив як право користатися культурою, або виявилися спірними як право на самовизначення чи як право на ефективну участь у суспільному житті, узагалі показали невизначеність, аби практично бути застосованими до розв'язання конфліктів у посткомуністичній Європі. І усе ж таки встановлення міжнародного контролю над державами, що визнали міжнародні норми прав меншостей, зіграло важливу роль у створенні умов для вирішення питань відносно прав меншостей через мирне і демократичне обговорення, в основі якого — справедливість і принцип захисту прав людини. Головна проблема, на думку доповідача, полягає в тому, що міжнародне співтовариство розглядає міжнародні норми як максимальну стелю. Проте вони повинні розглядатися як мінімальний рівень, відштовхуючись від якого, про права меншостей треба домовлятися усередині держави.

Професор **Нансі Фрейзер** (Нова школа соціальних досліджень, США) у доповіді *«Зміна структури справедливості в глобалізуючому світі»* звернула увагу на те, що глобалізація змінює сам спосіб обговорення справедливості. При традиційної кейнсіансько-вестфальській системі, яка розглядала сферою застосування справедливості лише де-

ржаву в її кордонах, а суб'єктом — відповідних громадян, усі явища, пов'язані з міжнародною діяльністю, залишалися як би поза дією справедливості. Це зумовило зосередження на так званих питаннях про *що* справедливості, тобто про те, що вважається справедливим у стосунках між громадянами: формальна рівність перед законом, рівність можливостей, відкритий доступ до ресурсів, політична участь і под. Однак теорія справедливості, адекватна розв'язанню проблем в умовах глобалізуючого суспільства, має включати поряд з економічним виміром перерозподілу і культурним виміром визнання ще і політичний вимір представництва. Останнє дозволяє поряд з питаннями *що* обговорювати також питання про *хто* і *як* справедливості, тобто *хто* може висувати вимогу перерозподілу і визнання і *як* такі вимоги мають обговорюватися та вирішуватися. Це означає парадигмальне зрушення в осмисленні справедливості, що ставить на місце кейсіансько-вестфальської соціальної справедливості *поствестфальську* демократичну справедливість.

Професор Франкфуртського університету (Німеччина) **Гюнтер Тойбнер** у доповіді «Глобалізоване суспільство, фрагментована справедливість: права людини проти «приватних» транснаціональних суб'єктів» показав, що процес глобалізації змушує нас по-новому глянути на проблему справедливості в сучасному суспільстві. Він здійснив спробу дослідити це питання крізь призму проблематики основних прав людини. У світлі неодноразових порушень прав людини з боку транснаціональних компаній доцільно змінити саме формулювання цієї проблематики, а саме — від особистих конфліктів між індивідуальними суб'єктами таких прав перейти до конфліктів між середовищами (матрицями) комунікації, з одного боку, і конкретними індивідами — з другого. Адже відчуження людини в суспільстві привело до того, що особистість виявилася в оточенні автономних комунікативних систем, які використовують її у власній діяльності і якими вона нездатна управляти. Саме внаслідок цього особливого значення набувають права людини, що виступають засобом самозбереження особистості від деструктивного впливу анонімних матриць комунікації. Це означає, що місце фундаментальної справедливості в сучасному суспільстві посідає партикулярна справедливість.

У доповіді професора Університету Чикаго (США) **Ірис Юнг** «Відповідальність і глобальна справедливість: модель соціальних відносин» зачіпало вельми активно обговорюване у сучасному світі питання про глобальну справедливість й несправедливість і у зв'язку з ним ідея

створення теорії обов'язків моральних особистостей щодо соціальних структур. Відповідачка виділяє дві моделі відповідальності: зобов'язань і суспільних відносин. Відповідно до першої моделі відповідальність наказується певним особам, чії дії причинно пов'язані з обставинами, за які вже повинна наставати відповідальність. Але модель зобов'язань недостатня для накладення відповідальності, і тому обґрунтовується необхідність нової концепції відповідальності, заснованої на моделі суспільних відносин. Модель відповідальності суспільних відносин свідчить про те, що всі особистості, сприяючи своїми діями процесам, котрі породжують несправедливість, несуть відповідальність за виправлення цієї несправедливості своєю же діяльністю.

Третій день роботи конгресу був присвячений дискусіям про природу права і правової філософії в контексті глобалізації.

Професор Університетського Коледжу Лондона (Велика Британія) **Вільям Твінінг** у доповіді «Загальна юриспруденція» обґрунтував необхідність подальшого розвитку загальної юриспруденції як інституціоналізованої правової дисципліни, оскільки вона стає більш космополітичною в контексті «глобалізації», а також розглянув наслідки з цієї позиції. Він запропонував нове формулювання призначення і природи юридичної освіти, ролі юриспруденції як її теоретичної основи у сприянні процвітанню цієї дисципліни. Були прояснені деякі питання щодо концепції загальної юриспруденції, такі як наслідки глобалізації і значення загальної юриспруденції в цьому контексті, співвідношення між юриспруденцією, філософією права і соціологією, значення ідеї «недержавного права». На конкретних прикладах були проілюстровані деякі наслідки можливих програм і проблем, пропонованих цією моделлю, у межах галузей, що позначаються як аналітична, нормативна, емпірична й критична юриспруденція. Здійснено критичний аналіз припущень і передумов, що обґрунтовують основний напрямок досліджень у таких галузях, як порівняльне право, публічне міжнародне право, релігійне право та соціоправові дослідження.

Професор Університету Чіби (Японія) **Ітару Шумацу** виступив з доповіддю «Індивідуальні та колективні рішення: концепція права і соціальних змін». Головне питання, що піднімається автором: яким чином концепція права сприяє соціальним змінам (позитивно чи негативно; умисно чи ні). Він звертає увагу присутніх на існування двох основних способів соціальних змін: через індивідуальні і через колективні рішення. І відповідно на різні концепції права, кожна з яких не обов'язково суперечить іншій. Індивідуалістичне право визнає соціальні зміни легі-

тимними, оскільки індивіди прийняли рішення самі, і соціальні зміни відбулися без порушення чихось прав. Колективістське право розглядає соціальні зміни як легітимні, бо вони були результатом легалізованого процесу колективного рішення. Перше може бути назване *номосом*, або правом спонтанного порядку, а друге — *тейсисом*, або правом організації. При цьому вільне суспільство нерозривно пов'язане з номосом. Соціальні зміни породжуються безліччю індивідуальних рішень. При цьому позитивний результат був би неможливий без права: право безпосередньо забезпечує зміни шляхом захисту індивідуальних виборів у правовій сфері. Соціальні зміни, здійснені в такий спосіб, звичайно є більш глибокими і стабільними, ніж ті, що відбуваються за допомогою колективних рішень або політики.

У рамках спеціального пленарного засідання відбулися дебати професора **Роберта Алекси**, Університет Кіля (Німеччина), який відстоював одну з версій природного права, і професора **Андрія Мармора**, Університет Південної Кароліни (США), який знаходився на позиції юридичного позитивізму. Якщо спільність їх позицій полягала у визнанні універсальності філософії права як міркування про природу права, то розходження в тлумаченні самої природи права виражалися трьома моментами: обмеженістю поняття права певною культурою; сильною версією соціальної тези, що утверджує повну детермінованість права соціальними джерелами, виключення вимоги правильності з характеристики природи права — для позитивізму й універсальність поняття права; слабкою версією соціальної тези, що утверджує залежність існування і змісту права не тільки від соціальних фактів, а й від моральних ідей, включення вимоги правильності в характеристику природи права як вираження внутрішнього зв'язку владного й ідеального вимірів права — для непозитивізму.

Четвертий день роботи конгресу було присвячено обговоренню проблем, що знаходяться на перехрещенні правової і політичної філософії.

Професор Університету Камеріно (Італія) *Луджі Ферраджоллі* у доповіді «*Криза демократії в епоху глобалізації*» звернув увагу на існування в сучасному світі подвійної кризи, викликаної процесами глобалізації: кризи на рівні кожної окремо взятої держави і кризи на зовнішньому (глобальному) рівні. Криза охопила традиційні інститути демократії й охоронювані ними права людини. На *внутрішньому рівні* спостерігається недовіра представницької демократії, механізмів поділу влади, законності в цілому. Причинами цьому є: персоніфікація, вертикалізація

і концентрація влади, посилення виконавчої галузі влади з ослабленням ролі парламенту, антирепрезентативний регрес демократії, руйнування державної системи інститутів забезпечення прав людини. Держава перетворилася на систему, що залежить від політичної більшості і ринкової економіки, а прав людини — на ходовий товар, предмет договірних відносин. На *зовнішньому рівні* спостерігається концентрація важелів впливу на політику кожної окремої держави в декількох багатих країнах світу. В епоху кризи суверенітету майбутнє кожної держави залежить від зовнішньої політики, тобто від позадержавних політичних інститутів і влади глобальної економіки (транснаціональних корпорацій). Причина міжнародної кризи демократії полягає у відсутності правил і обмежень, що гарантують права людини стосовно нової трансатлантичної влади. Шляхи виходу із ситуації кризи демократії Л. Фераджоллі вбачає в таких заходах: 1) створення гарантій прав людини, дієвих утворень їх захисту на внутрішньому і міжнародному рівнях; 2) створення світової конституції; 3) заборона виробництва зброї і володіння нею для всіх держав; 4) усвідомлення того факту, що права людини — це чинник і двигун не тільки громадянського, але й економічного розвитку. Сумарно це означало б подальший розвиток міжнародної публічної сфери на засадах права. При цьому підкреслюється, що, незважаючи на деяку утопічність звучання даної тези, її варто сприймати насамперед як виклик сучасному людству.

Професор Університету Коїмбрі (Португалія) **Боавентура де Соусу Сантос** у доповіді «*Контр-гегемоністське використання права в боротьбі за глобалізацію знизу*» визначив сучасний період як перехідний, котрий характеризується кризою соціального регулювання і соціальної емансипації, що проявляється у занепаді сучасного суспільного договору (внаслідок порушення загального режиму цінностей) і посиленні соціального фашизму. Під останнім розуміється спрощення демократії, що дозволяє пожертвувати нею заради капіталізму: соціальний апартеїд, нав'язування рішень більш слабкому партнеру на міждержавному рівні, зниження інтересу до демократії внаслідок ненадійності соціального стану, залежність від рішень міжнародних фінансових організацій. Неоліберальний, тобто консервативний, шлях не здатний протистояти соціальному фашизму і розширенню нецивілізованого суспільства, в якому відсутні будь-які права. Замість традиційних проектів лібералізму і демосоціалізму, що перетворили право на інструмент соціальних змін, був запропонований третій шлях — демолібералізм. Це означає вироблення іншого права й іншої політики, таких як контр-гегемоністська

глобалізація і підкорений космополітизм, проявами яких є Всесвітній соціальний форум і опозиційна розмаїтість. Їх завдання — зробити світ менш зручним для глобального капіталізму, забезпечуючи тим самим більшу рівність і демократичну законність низу.

Професор Університету Барселони (Іспанія) **Хуан-Рамон Капела** у доповіді «Глобалізація: політична і правова дилема» показав, що глобалізація є результатом глибоких змін у політичних установах, а внаслідок цього — по'єднання нової індустріальної революції з неоконсервативною контрреволюцією. Остання являла собою єдність неоліберальної економічної і соціальної політики, що виразилося в приватизації величезної кількості засобів і послуг, звільненні основного капіталу від багатьох податків, утрату працівниками багатьох із своїх соціальних завоювань. Відповідно до міжнародного поділу праці доповідач виділив чотири групи країн: а) «добре розвинуті», чи «провідні» країни, в яких локалізовано основний комплекс військово-індустріальних інтересів; б) «економічна периферія» (Китай, Індія, Бразилія), що характеризуються низьким податковим пресом і державним тиском на капітал; в) «заброшені країни» Африки і Латинської Америки з низьким рівнем інвестицій; г) країни, що знаходяться між країнами зазначених категорій, такі як великі арабські держави, що володіють значним історичним і культурним значенням, але не занадто привабливі для інвестицій, унаслідок чого їх участь у глобалізації обмежена. Глобалізація внесла якісно новий зміст у поняття державного суверенітету. З одного боку, він обмежується тими міжнародними організаціями (ООН, ЄС, ВТО), учасниками яких є відповідна держава. З другого боку, наявність такої країни-гегемона, як США, також ставить під сумнів реальні можливості деяких держав самостійно вирішувати свою долю. У результаті, констатує Капела, найважливішою глобалізаційною новацією в інституціональній сфері є конститування нового суверенітету, наддержавного, децентрованого і поліцентричного, що обмежує суверенітет держави та її публічних інститутів. У ситуації, що склалася, треба створити принципово новий політичний механізм легітимації процесів глобалізації. При цьому визначальною рисою їх ефективності виступатиме здатність бути сприйнятими широкими масами людей, насамперед країн першого типу.

Професор Единбургського Університету (Велика Британія) **Нейл Маккормік** у доповіді «Європейський конституційний процес: теоретичний погляд» поділився досвідом безпосереднього учасника погодженого процесу з розроблення і прийняття Конституції ЄС. Зокрема, він

відзначив, що завдання Конституції — згуртувати держави-члени, установити кращу систему стримування і протидію між головними інститутами, вийти на новий рівень у сфері прав і свобод людини, але найголовніше — «наблизити» громадян до ЄС, розбудити в них патріотизм до того, що не є для них національно чи етнічно рідним. Незважаючи на всі труднощі процесу, що встановлює Конституцію, доповідач виразив впевненість у його легітимності, тим більше, що останнє слово залишається за громадянами ЄС — безпосередньо через референдуми і парламенти держав-членів. Порушені були також питання про конституційну безперервність і можливий прояв європейського конституційного патріотизму. І все ж таки основним, на думку Маккоміка, залишається питання про те, чи зможе «Конституція Європи» в її нинішній формі розвинути державу унікального виду — демократичну конфедерацію, що дотепер не має прецедентів у всесвітній історії.

П'ятий, заключний день роботи конгресу був особливо насичений і присвячений найрізноманітнішим проблемам.

Професор Коледжу Вассар (США) *Розуму Нараян* у доповіді «*Колоніалізм, гендер, неформальний робочий сектор і проблеми соціальної справедливості*» відзначила, що проблема «жінка і права», особливо право на роботу, завжди була і є гострою, що зумовлено історично. Головною ідеєю доповіді, що з'єднала проблеми наслідків колоніалізму, так званого неофіційної приватного сектору роботи і соціальної справедливості, стало те, що сучасні жінки, особливо жінки країн третього світу (колишніх колоній), залучені в глобальну систему нерівного розвитку, яка сягає своїм корінням з колоніальних часів. Доповідачка говорила про те, що часто єдиним прийнятним варіантом для цих жінок є працевлаштування в неофіційному приватному секторі роботи, заохочене через мікрокредит. Але система мікрокредитування неефективна, також неефективний і неофіційний приватний сектор. З цього робиться висновок: аби досягти соціальної справедливості стосовно даного питання, необхідно, щоб юристи, філософи-феміністи, агентства в першу чергу звернули увагу на такі проблеми, як підвищення ефективності неофіційного приватного сектору роботи шляхом підвищення освіти жінок, котрі працюють у ньому, а також забезпечення їх працевлаштування в державному секторі.

Професор Університету Вальпарайсо (Чилі) *Августин Сквелла* сформулював свою доповідь у такий спосіб: «*Чи існують ще питання для філософії права в глобалізованому світі?*». Сучасний глобальний капіталізм нагадує океанський лайнер, де невелика частина пасажирів

прохолоджується в каютах першого класу, інші — тісняться на палубі, а решта взагалі плавають навколо — з такої картини починає своя доповідь автор. На його думку, філософія взагалі і філософія права зокрема повинні допомогти нам зберігати уявлення про взаємозв'язок речей, що втрачається у фрагментарності сучасного світу. Оскільки характерною рисою філософії права є відсутність наперед заданого напрямку для пошуку відповідей, вона є ідеальною дисципліною для осмислення глобальних процесів. Розрізняючи такі явища, як мондалізація (від франц. monde — світ), інтернаціоналізація і власне глобалізація, що характеризуються як розширення кордонів, порушення їх і процес приховування кордонів, доповідач убачає роль філософії права в умовах глобалізації в том, аби не допустити війни «усіх проти всіх» через визначення критеріїв справедливості для міжнародних відносин.

Спеціальне пленарне засідання було присвячено пам'яті відомого італійського філософа права професора Норберто Боббіо. З доповідями виступили професори Селсо Лафер, Ричард Беламі, Луиджі Ферраджолі, Мікеланджело Боверо, Альфонсо Руїз Мігуель.

Наукова програма конгресу завершилася доповіддю переможця конкурсу IVR серед молодих дослідників — професора Університету Осаки (Японія) *Хірохіде Такікаві*, «*Чи можливо виправдати державу загального благоденства в епоху глобалізації? До складних кордонів*». Виправдання держави загального благоденства полягає в досягненні рівноваги між універсальністю і партикулярністю, між моральним принципом рівного ставлення до кожної людини і моральною інтуїцією наявності особливих обов'язків стосовно співвітчизників. Для виправдання держави загального благоденства застосовуються два підходи. Перший підхід — теорія відносин, що виправдовує особливі обов'язки перед співвітчизниками. Другий підхід — модель запропонованої відповідальності. У цій моделі особливі обов'язки розглядаються як запропоновані загальні обов'язки захищати інших. Обговорюючи теорію відносин і модель приписаної відповідальності в їх застосуванні до виправдання держави загального благоденства в глобальну еру, автор запропонував нову концепцію світового порядку: концепцію складних кордонів. На відміну від кордонів між національними державами, що є простими, персональні національні кордони є складними, тобто стосовно різних держав індивід може мати різні обов'язки. Для розв'язання глобальних проблем, таких як охорона довкілля, громадянське виховання, боротьба проти тероризму, люди вступають в асоціації, кордони між якими складні і різноманітні та залежать від характеру проблем. «Гло-

бальні проблеми, — підкреслює Такіава, — спонукають нас жити в епоху складних кордонів».

25-28 травня з 15-30 до 20. 00 проходили засідання секцій (спеціальних семінарів і робочих груп). Спеціальні семінари (Special Workshops), для участі в яких запрошувались відомі фахівці з відповідних проблем, були присвячені таким темам: економіка, етика і право; юридичні дублікати філософських течій; що може зробити філософія для юридичної інтерпретації?; легіспруденція; глобалізація і легітимація влади неурядових організацій; конституціоналізм і глобалізм: питання трансформації юридичного аргументу; справедливість у внутрішніх та міжнародних інститутах; деліберативна демократія та її недоліки: подивися з боку держави і Європейського Союзу; теорія і раціональна реконструкція юридичної аргументації; масові злочини і глобальна справедливість; лібертаризм; проблеми репарацій у міжнародному контексті; на шляху до європейського кримінального права?; Н. Боббіо: про теорію права, право і права; гендер, справедливість і права; Юрген Хабермас, Джон Роулс та Іммануїл Кант про права людини і глобальну справедливість; етика справедливої і несправедливої війни; права людини та їх обґрунтування; глобалізація й демократія.

На засіданнях робочих груп з основної тематики конгресу (Working Groups A) розглядалися такі актуальні проблеми: права людини і глобалізація; міжнародний правовий порядок і глобалізація; теорія права і глобалізація; нові технології, право і глобалізація; біоетика, право і глобалізація; порівняльне право і глобалізація; міграційний рух, право і глобалізація; мультикультуралізм, націоналізм, право і глобалізація; гендерна політика і глобалізація; верховенство права, демократія і глобалізація; тероризм, право і глобалізація; вивчення права, юристи і глобалізація.

На засіданнях робочих груп з загальної проблематики (Working Groups B) обговорювалися такі проблеми: майбутнє юридичного позитивізму; економічний аналіз права; основи природного права; дослідження штучного інтелекту і право; право і логіка; теорії юридичної інтерпретації; право і аргументація; проблеми легітимації судової влади; моделі пізнання права; держава і громадянське суспільство; фундаментальні проблеми політичної філософії; влада, право і справедливість.

Офіційними мовами конгресу були англійська та іспанська.

На заключній церемонії виступили професор *Ніколас Лопес Калера*, президент організаційного комітету конгресу, професор *Александр Печенік*, президент IVR і професор *Іржі Стельмах*, директор кафедри

НАШІ ЮВІЛЯРИ



Виповнилося 75 років від дня народження та 50 років науково-педагогічної діяльності відомого в Україні та за її межами вченого, фахівця в галузі кримінального процесу, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, віце-президента Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України, Заслуженого професора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **Юрія Михайловича Грошевого**.

Ю. М. Грошевий народився 10 листопада 1931 р. у Харкові. У 1953 р. закінчив Харківський юридичний інститут, у 1956 р. — аспірантуру цього інституту по кафедрі кримінального процесу.

У 1956-1959 рр. працював слідчим слідчого відділу УКДБ при РМ СРСР по Белгородській області, у 1960-1963 рр. обіймав посаду державного арбітра Дніпропетровського обласного державного арбітражу, а потім — начальника юридичного бюро Дніпропетровського шинного заводу; у 1964—1966 рр. — судді Дніпропетровського обласного суду.

З 1966 року життя і діяльність Ю. М. Грошевого пов'язані з Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого (раніше — Харківський юридичний інститут, Українська державна юридична академія): старший викладач, доцент, декан вечірнього факультету, старший науковий співробітник, професор, з 1979 по 1982 р. — завідувач кафедри кримінального процесу, з 1982 по 1992 р. — завідувач кафедри правосуддя і прокурорського нагляду, з 1992 р. — завідувач кафедри кримінального процесу.

У 1965 р. Ю. М. Грошевий захистив кандидатську дисертацію на тему «Законність і обґрунтованість вироку радянського суду». У 1970 р. йому було присвоєно вчене звання доцента. У 1975 р. він захистив докторську дисертацію на тему «Теоретичні проблеми формування суддівського переконання в кримінальному судочинстві». У 1978 р. йому присвоєно вчене звання професора.

Ю. М. Грошевий зробив значний внесок у заснування та становлення Академії правових наук України, метою якої є комплексний

розвиток правової науки та створення правових засад української державності. У 1993 р. він обраний віце-президентом Академії правових наук України, яка стала вищою галузевою науковою установою з державним статусом і широким самоврядуванням.

Ю. М. Грошевий вперше у вітчизняній науці кримінального процесу дослідив сутність і структуру внутрішнього переконання судді та обставини, що впливають на суддю при прийнятті судового рішення.

В умовах здійснення судово-правової реформи в Україні, становлення незалежної судової влади як однієї з найважливіших складових правової державності особливого значення набуває науковий доробок Ю. М. Грошевого щодо розвитку засад змагальності в кримінальному судочинстві, дослідження методологічних проблем доказів і доказування, механізму прийняття процесуальних рішень у кримінальних справах судом першої інстанції, гарантій, що забезпечують правосудність вироку, захист прав і свобод людини і громадянина.

Одним з перших у країні Ю. М. Грошевий почав розробляти проблему імплементації норм міжнародного права в національне кримінально-процесуальне законодавство України, висловив пропозиції щодо гармонізації правових систем, трансформації міжнародних стандартів захисту прав людини та здійснення правосуддя в національні процесуальні процедури.

Ю. М. Грошевий завжди перебуває на передньому краї р [формування кримінально-процесуального законодавства України — за його безпосередньої участі розроблені Модельний Кри-імінально-процесуальний кодекс для держав^СНД, Концепція [судово-правової реформи в Україні, проек-рЯювого КПК Украї-р, нові законодавчі акти про судуострій, про прокуратуру, опе-юативно-розшукову діяльність та ін. З 1992 р. він член, а згодом (заступник голови робочої групи Кабінету Міністрів України, 'Верховної Ради України з розробки нового Кримінально-процесуального кодексу України. З 1995 р. він також є членом комісії з доопрацювання та узгодження Кримінального кодексу, Кримінально-процесуального кодексу, Кримінально-виконавчого кодексу України.

Предметом наукового інтересу Ю. М. Грошевого є також -теорія правової держави та її формування в Україні, що знайшло відображення в багатьох наукових публікаціях, зокрема у підручнику «Конституційне право України»; (1999), а також в його участі в робочих групах Конституційної комісії при Президентові України, першого та наступного Закону України «Про Конституційний Суд України».

Ю. М. Грошевий є автором, співавтором і науковим редактором близько 350 наукових праць, у тому числі 12 монографій та 7 підручників, що стали значним внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки. Серед них — «Проблеми формування судейського переконання в кримінальному процесі» (1975), «Правові властивості вироку — акту правосуддя» (1978), «Суть судових рішень в кримінальному процесі» (1979), «Професійне правосвідомість судді і правосуддя» (1986) «Прокурорський погляд в Україні» (1994), «Конституційне право України» (1999), «Кримінальний процес України» (2000) та ін.

Талановитий учений, Ю. М. Грошевий підготував 49 кандидатів та докторів юридичних наук, які працюють не лише в Україні, а й в інших країнах СНД.

Багато років Ю. М. Грошевий очолює кафедру кримінального процесу Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, в складі якої працюють його учні — кандидати юридичних наук і доценти. Завдяки зусиллям завідувача кафедри створено колектив, який має неабиякий науковий авторитет та педагогічний потенціал.

Ю. М. Грошевий — талановитий педагог і вчитель. Його лекціям притаманне поєднання глибокого аналізу кримінально-процесуального законодавства, практики його застосування, складних питань здійснення правосуддя у кримінальних справах з простою, доступною формою викладання, чіткістю визначень і формулювань. Серед вихованців Ю. М. Грошевого — багато відомих юристів-правознавців, науковців, суддів, прокурорів, народних депутатів України.-

Багаторічний досвід наукової роботи Ю. М. Грошевого нерозривно пов'язаний з активною участю в атестації наукових кадрів. Він є головою спеціалізованої вченої ради Д.64.086.03 в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого по захисту кандидатських і докторських дисертацій; виступав офіційним опонентом з більш ніж 35 кандидатських та 25 докторських дисертацій.

Ю. М. Грошевий є науковим консультантом комісії Верховної Ради України з питань правової політики і судово-правової реформи, науковим радником Генеральної прокуратури України, членом робочої групи комісії з розробки концепції судово-правової реформи в Україні, членом Науково-методичної ради Верховного Суду України, членом Науково-методичної ради Міністерства юстиції України, членом Харківської обласної науково-координаційної ради.

Ю. М. Грошевий є також відповідальним секретарем республіканського наукового збірника «Проблеми законності», членом

наукової ради журналу «Право України», редколегії «Вісника Академії правових наук України», редакційної ради журналу «Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі», редколегії журналу «Весіи Фемиди», редколегії збірника наукових праць Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України «Питання боротьби зі злочинністю».

Плідна праця Ю. М. Грошевого відзначена державними нагородами: медалями «За доблесну працю» та «Ветеран праці», орденом «За заслуги» III ступеня, йому присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України. Про визнання багатогранної діяльності Ю. М. Грошевого свідчить і нагородження його нагрудним знаком «За відмінні успіхи в роботі» Міністерства освіти СРСР, Грамотою Міністерства внутрішніх справ України за підготовку висококваліфікованих кадрів для органів внутрішніх справ, нагрудним знаком «Почесний працівник Арбітражного суду України», Почесною грамотою виконкому Харківської міської ради за багаторічну сумлінну і плідну працю, високий професіоналізм. У 2000 р. М. Грошовому присвоєно почесне звання Заслуженого професора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Завдяки вимогливості до себе, надзвичайній працездатності, високому професіоналізму, людяності і порядності Ю. М. Грошевий набув великого авторитету в колективах Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та Академії правових наук України, серед широкої юридичної громадськості. Його люблять і шанують студенти, безмежно йому вдячні численні учні.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Юрія Михайловича Грошевого з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, подальших успіхів у роботі, благополуччя і процвітання.

* * *

Юридична громадськість України відомого правознавця, провідного фахівця в галузі фінансового права, талановитого педагога і вихователя, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Лідію Костянтинівну Воронову**.

Л. К. Воронова народилася 5 жовтня 1931 р. у місті Темір (Казахстан).

Закінчивши в 1954 р. юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка, працювала в правоохоронних та інших установах.

З 1963 р. і до сьогодні Л. К. Воронова працює на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка. За цей період вона пройшла шлях від асистента кафедри державного і адміністративного права до професора, доктора юридичних наук, академіка Академії правових наук України. З 1978 по 1996 р. Л. К. Воронова очолювала кафедру конституційного та адміністративного права, яка за цей час досягла значних успіхів. З 1996 р. Л. К. Воронова — професор кафедри конституційного та адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

У 1963 р. Л. К. Воронова захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Бюджетні права Української Радянської Соціалістичної Республіки», у 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні питання правового регулювання витрат державних бюджетів союзних республік». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1982 р. У 1984 р. присвоєно вчене звання професора.

У 1993 р. Л. К. Воронову обрано академіком Академії правових наук України, членом її Президії. У 1999 р. її нагороджено почесною відзнакою Президента України орденом «За заслуги» III ступеня.

До кола наукових інтересів Л. К. Воронової входять проблеми фінансового права, дослідження в галузі правового регулювання бюджетних відносин, фінансового контролю, фінансово-правової термінології.

Л. К. Воронова підготувала близько 150 наукових праць, у тому числі декілька індивідуальних монографій. Найзначнішими її роботами є: «Бюджетно-правове регулювання в СРСР» (1975), «Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин» (1989), «Фінансово-правовий словарь-справочник для предпринимателя» за редакцією Л. К. Воронової витримав декілька видань (1995, 1997) Також декілька видань витримав підручник для вузів «Фінансове право» (1995, 1997, 1999), робота над яким здійснювалася під керівництвом Л. К. Воронової. Останню редакцію цього підручника (1999) було визнано однією з найкращих робіт року, і йому було присуджено другу премію серед підручників для юридичних вузів.

Під керівництвом і за науковою консультацією Л. К. Воронової захищено понад 30 докторських і кандидатських дисертацій. Їх автори працюють на кафедрах провідних вищих навчальних закладів України.

Л. К. Воронова брала участь у підготовці проектів законів України в галузі правового регулювання бюджетної діяльності, розробленні Бюджетного кодексу України.

законности — закономерность социализма (общетеоретические проблемы)» (спеціальність 12. 00. 01). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1980 р. Вчене звання професора присвоєно у 1981 р. Підготував понад 10 кандидатів наук.

У 1992 р. П. М. Рабіновича обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Основні напрями наукових досліджень П. М. Рабіновича — проблеми філософії і теорії прав людини, філософії та загальної теорії права, теорії держави. Опублікував близько 400 праць. Основні з них: «Зміцнення законності — закономірність соціалізму (питання теорії і методології дослідження)» (1975), «Проблеми теорії законності розвинутого соціалізму» (1979), «Правове виховання молоді» (у співавт., 1985), «Соціальне право як цінність» (1985), «Основи теорії права і держави» (1993), «Основи держави і права України» (у співавт., 1993), «Сучасні системи адвокатури» (у співавт., 1993), «Основи загальної теорії права та держави» (1994, 1995), «Права людини і громадянина у Конституції України» (у співавт., 1997), «Здійснення прав людини: проблеми обмежування» (у співавт., 2001), «Європейська конвенція з прав людини: проблеми загальної імплементації (загальнотеоретичні аспекти)» (у співавт., 2002), «Конституційно-правові засади становлення української державності» (у співавт., 2003) та ін.

П. М. Рабінович брав участь у розробці законопроектів «Про вищу освіту», «Засади державної політики України в галузі прав людини». Член Науково-дорадчої ради при Міністерстві юстиції України, спеціалізованих рад по захисту докторських дисертацій з юридичних наук у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого і Одеській національній юридичній академії, а також з філософії і політології у Львівському національному університеті ім. Івана Франка. Член редколегії і один з авторів Юридичної енциклопедії. Читав лекції у навчальних закладах США, Угорщини, ФРН, Великої Британії, Польщі.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, сумлінне ставлення до своїх обов'язків, високі людські якості здобули П. М. Рабіновичу авторитет і повагу юридичного загалу та колег по роботі.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Петра Мойсейовича Рабіновича** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, благополуччя і подальших успіхів у багатогранній діяльності.

С. С. Яценко народився 22 грудня 1936 р. у м. Ічня Чернігівської обл.

С. С. Яценко був членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, а також науковим консультантом Комітету Верховної Ради України з питань законності і правопорядку. Брав участь у підготовці проекту Кримінального кодексу України.

У 1996 р. С. С. Яценко удостоений почесного звання «Заслужений юрист України», нагороджений нагрудним знаком «Відмінник освіти України».

С. С. Яценко досліджує проблеми кримінально-правової охорони громадського порядку, боротьби зі злочинністю неповнолітніх, порівняль-

ного кримінального права. Опублікував близько 100 наукових праць, серед яких: «Ответственность за преступления против общественного порядка» (1976), «Уголовно-правовая охрана общественного порядка: сравнительно-правовой аспект» (1986), «Кримінальне право України. Загальна частина» (у співавт., 1997), «Кримінальне право України. Особлива частина» (у співавт., 1999), «Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України» (у співавт., 2002, 2003) та ін. Підготував 5 кандидатів наук.

Високий професіоналізм, талант науковця, глибока порядність, чуйність та доброзичливість — це риси, що характеризують С. С. Яценка.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Станіслава Сергійовича Яценка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, творчих злетів, благополуччя та подальших успіхів.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого українського правознавця в галузі конституційного права, державного управління, місцевого самоврядування, члена-кореспондента Академії правових наук України, Заслуженого юриста України **Миколи Федосовича Селівона**.

М. Ф. Селівон народився 30 жовтня 1946 р. у с. Шестовиця Чернігівського району Чернігівської області.

Науково-виробничу діяльність за фахом М. Ф. Селівон розпочав у 1973 р. в Інституті держави і права АН УРСР ім. В. М. Корецького, куди був направлений після закінчення навчання на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. Працюючи в Інституті до 1979 р. стажистом-дослідником і молодшим науковим співробітником, розробляв актуальні проблеми державного будівництва, організації та діяльності місцевих органів державної влади та управління. Результатом цих досліджень стали підготовка та опублікування декількох монографічних робіт (одна з них «Контрольна функція місцевих Рад народних депутатів» видана також у НДР та Болгарії), захист в 1978 р. дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за темою «Контрольна функція місцевих Рад народних депутатів: сутність та ефективність здійснення» (спеціальність 12.00.02). Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1978 р. З 2002 р. — член-кореспондент Академії правових наук України.

М. Ф. Селівон веде курс конституційного права в Українській академії державного управління при Президентові України, є науковим керівником аспірантів на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук.

М. Ф. Селівон є автором понад 20 наукових праць, зокрема, «Контрольная функция местных Советов народных депутатов» (1980), «Исполнительный комитет местного Совета народных депутатов: правовые вопросы организации и деятельности» (1980, у співав.), «Нормативное регулирование деятельности местных Советов» (1982, у співав.), «Гарантії депутатської діяльності» (1983), «Проблемні питання співвідношення конституційного та загального судочинства» (2001), «Гармонізація положень національного законодавства з нормами міжнародного права та їх застосування в практиці Конституційного Суду України» (2003) та ін.

У 1996 р. М. Ф. Селівону присвоєно_ почесне звання «Заслужений юрист України», у 2000 р. його нагороджено Почесною грамотою Кабінету Міністрів України, у 2001 р. орденом «За заслуги» III ступеня.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і відданість науці, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули М. Ф. Селівону авторитет та повагу широкого юридичного загалу.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Миколу Федосовича Селівона** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги, благополуччя і процвітання.



Виповнилося 60 років від дня народження відомого правознавця нашої країни, вченого в галузі історії держави і права, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, завідувача кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, члена-кореспондента Академії правових наук України, лауреата Державної премії України в галузі науки і техніки України **Володимира Дмитровича Гончаренка**.

В. Д. Гончаренко народився 13 жовтня 1946 р. у м. Краснограді Харківської області у родині вчителя. Середню освіту здобув 1965 р. у школі № 21 м. Попасна Луганської області. У 1973 р. закінчив Харківсь-

У 1977 р. В. Д. Гончаренко захистив кандидатську дисертацію на тему «Всеукраинский съезд Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов (1917-1937 гг.)», а 1992 р. здобув науковий ступінь доктора юридичних наук на підставі захисту дисертації «Всеукраинские съезды Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов и их роль в государственном, хозяйственном и социально-культурном строительстве в УССР (1917-1937 гг.)». На цю ж тему опублікована основна індивідуальна монографія вченого «Всеукраинский съезд Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов — верховный орган власти УССР в 1917-1937 гг. » (1990). У 1993 р. йому було присвоєно вчене звання професора. З 1996 р. В. Д. Гончаренко — член-кореспондент Академії правових наук України.

На початку своєї творчої діяльності В. Д. Гочаренко утвердився як один з провідних фахівців у галузі історії держави і права УРСР. Згодом він зацікавився також проблемами історії феодальної держави і права. Після проголошення державної незалежності України правознавець зосередився на підготовці великих узагальнюючих праць, гостро необхідних у навчальному процесі. Він зробив значний внесок у створення фундаментальних підручників і хрестоматій з курсів історії держави і права України та історії держави і права зарубіжних країн, які витримали низку перевидань; був одним з провідних авторів «Юридичної енциклопедії». У складі авторського колективу двотомного підручника «Історія держави і права України. Академічний курс» (2000) вчений був удостоєний 2002 р. Державної премії України в галузі науки і техніки. Всього правознавець опублікував близько 200 наукових праць, підготував 7 кандидатів наук.

За багаторічну науково-педагогічну діяльність В. Д. Гочаренко в 2004 р. удостоєний почесного звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Інші основні праці вченого, крім згаданих: Історія міста Харкова ХХ ст. — Х., 2004 (у співавт.); Місцеве самоврядування в Україні в умовах становлення правової держави. — Х., 2004 (у співавт.); «Компетенція Всеукраїнського съезда Советов» (Проблемы правоведения. — 1976. — Вип. 33; «IV Всеукраїнський съезд Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов» (Проблемы соц. законности. — 1980. —

Вип. 5; «Экономические связи советских республик до образования Союза ССР» (Сов. государство и право. — 1982. — № 8); «Контрольные функции Всеукраинского съезда Советов — верховного органа власти УССР в период построения основ социализма» (Проблемы правоведения. — 1983. — Вип. 44; «Правотворческая деятельность Всеукраинских съездов Советов (1917-1937)» Проблемы правоведения. — 1986. — Вип. 47; «Правовое положение делегатов Всеукраинских съездов Советов» Проблемы соц. законности. — 1987. — Вип. 19; «Верховна Рада УРСР за Конституцією республіки 1937 р. » (Проблеми правознавства. — 1992. — Вип. 52; «Правове забезпечення інтересів національних меншин на Україні в двадцяті роки» (Правова держава. — 1992. — Вип. 2-3; «Укрепление командно-административной системы управления и ее негативное влияние на общественно-политическую жизнь Украины (середина 60-х-начало 80-х гг.)» Проблемы законности. — 1995. — Вип. 30; «Тернистый шлях до незалежності» (Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7); Академії правових наук України — 10 років (2003); Суспільно-політичний лад і право в Україні (початок XX ст. — липень 1914 р.) // Антологія української юридичної думки. — К.; 2005. — Т. 10; Пилип Орлик — гетьман в еміграції // Державне будівництво та місцеве самоврядування. — 2006. — Вип. 11; Законодавчі органи в Українській Народній Республіці // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2 (45).

В. Д. Гончаренко користується повагою і заслуженим авторитетом серед юридичної спільноти України. Йому притаманні об'єктивність, принциповість, почуття відповідальності за доручену справу.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Дмитровича Гончаренка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

О. Петришин , Громадянське суспільство і держава: питання взаємовідносин.....	3
П. Рабінович , Правотлумачення і герменевтика (за матеріалами практики Конституційного Суду України).....	13
О. Скрипнюк , Проблема реалізації прав людини при здійсненні державного управління соціальною та економічною сферами України.....	22
С. Погребняк , Право і свобода: загальнотеоретичні проблеми	35
Г. Миронова , Етичні та правові засади громадянського суспільства	48

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

В. Тихий , Повноваження Конституційного Суду України та права природа його рішень.....	55
М. Оніщук , Безпосередня демократія, представницька демократія та муніципальна демократія: проблеми ідентифікації і розмежування.....	65

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рум'янець , Михайло Сергійович Грушевський – видатний український державний діяч (до 140-річчя від дня народження)	78
А. Козаченко , Полтавське земство: кількісний склад, організаційна структура та порядок діяльності земських установ у 60–80-ті роки XIX століття	87

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатєєва , Деякі проблеми, пов'язані з участю держави Україна в цивільно-правових відносинах.....	96
І. Жилінкова , Дія норм сімейного законодавства у часі	108
І. Пучковська , Щодо визначення характерних ознак і функцій видів забезпечення виконання зобов'язання	118

ПИТАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Д. Задихайло , Конституційний економічний порядок: проблема систематизації нормативно-правового забезпечення	127
О. Бринцев, М. Міщенко , Вільні економічні зони: PRO ET CONTRA	137
В. Мілаш , Про сутнісні елементи юридичної конструкції «договір» ..	146
Ю. Атаманова , Проблеми розбудови інноваційного права в контексті кодифікації інноваційного законодавства.....	156

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

І. Бойко, Ф. Фіночко , Специфіка функцій управління	171
О. Дмитрик , Вплив актів судової влади на формування і застосування фінансово-правових норм	178

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду	188
Р. Хорольський , Угода про партнерство та співробітництвоміж Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами 1994 року як джерело права Європейського співтовариства	198
О. Буткевич , Формування норм <i>jus cogens</i> у докласичному міжнародному праві	207

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

О. Дашковська , Гендерна експертиза законодавства: методологічні аспекти	219
В. Лозо , Регламентація виробництва «екологічно сприятливих» автомобілів і палива, що споживається ними, в історії законодавства ЄС про охорону атмосферного повітря	225

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

М. Ус , Природа конкурентного права, його місце в національній правовій системі	235
К. Масляєва , Недержавні пенсійні фонди — спеціальний суб'єкт ринку фінансових послуг в Україні	242
Т. Красюк , Правове регулювання робочого часу керівних науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів III-IV рівнів акредитації	249

РЕЦЕНЗІЇ

Розподіл власності та влади по вертикалі	256
Нове дослідження теорії права соціального забезпечення	258
Фундаментальна праця з податкового права	260
Становлення теорії правової політики у міжнародному приватному праві	264

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення	267
Право і справедливість у глобальному суспільстві: XXII Всесвітній конгрес з філософії права і соціальної філософії	272

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (47)

Відповідальний за випуск
В. Прудников

Редактор *К. Гулий*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 26.10.06.
Формат 60×84 ^{1/16}. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17,5. Вид. № 260.
Тираж 500 прим. Зам.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевська, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27