

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

№ 4 (51)

Заснований у 1993 році



Харків
2007

ISSN 1993-0909

Зареєстрований Міністерством України у справах преси та інформації

(Свідоцтво про Державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації. Серія КВ № 1254, від 17.02.95 р.)

Засновник — Президія Академії правових наук України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

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. П. Колісник*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крутчак*, *Н. С. Кузнєцова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. О. Погрібний*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *М. Я. Швець*, *Ю. С. Шемигученко*, *В. Ю. Шепітько*.

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

© Академія правових наук
України, 2007
© «Право», 2007

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

О. Петришин, віце-президент АПрН України, завідувач кафедри теорії держави і права Національної юридичної Академії України імені Ярослава Мудрого

Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми

Процес становлення правової, демократичної, соціальної держави зумовлює нагальну потребу осмислення ролі та місця права як універсального способу впорядкування суспільних відносин, вирішення актуальних проблем соціального розвитку та невід’ємної складової правової соціалізації особистості. Адже лише за таких умов право може стати атрибутом та критерієм ефективності діяльності держави, сприяти становленню повноцінних інституцій громадянського суспільства, належному забезпеченню та захисту прав і свобод людини і громадянина. Конституційні принципи щодо визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, відповідальності держави перед суспільством, спрямування державної діяльності на утвердження та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, поділу влади, забезпечення верховенства права не залишають сумнівів щодо євроінтеграційної орієнтації української державності та правової системи. Утім, усі ці програмні настанови вимагають реалізації на рівні загальнотеоретичних концепцій, що у правовій сфері зумовлює необхідність подолання вітчизняною юриспруденцією звичних уявлень про соціальне призначення права, зумовлені цим характерні ознаки процесу правового регулювання суспільних відносин, стереотипи нормотворчої та нормозастосовної діяльності.

Наразі правове поле у цілому продовжує сприйматися суспільною свідомістю та відтворюватися правовою теорією як односторонній вплив влади на суспільство, право — як засіб здійснення певних управлінських

завдань, зняряддя для силового забезпечення проведення певної політики, практично — як веління держави¹. За цих умов функціонування правової системи зводиться виключно до регламентації суспільних відносин, що не залишає простору для автономного регулювання, ініціативної діяльності громадян та різних їх об'єднань, становлення сучасної системи місцевого самоврядування. Вихідна ідея такої моделі правового регулювання була сформульована в концентрованому вигляді ще на початку минулого століття відомим російським юристом Г. Шершеневичем: «Будь-яка норма права є наказ... ми надаємо найменування правових тільки тим нормам, додержання яких приписується під загрозою, що виходить від держави»². Більше того, з точки зору такої логіки навіть норми, виражені у дозвільній формі, «насправді містять наказ», оскільки іншій стороні відповідно наказується виконувати або не виконувати певні дії³.

Оскільки в межах такого бачення ухвалення закону («наказу, що підлягає безперечному примусовому виконанню») виглядає як своєрідний підсумок упорядкування суспільних відносин, зростання кількості законів⁴ прямо не пов'язується з ефективністю правового регулювання: недоліки «поганих» законів «вирішуються» за рахунок прийняття нових, «кращих» законів, а потім — «ще кращих»... Свого часу навіть пропонували ухвалити досить своєрідний «закон про реалізацію законів». Що ж стосується проблематики здійснення приписів законодавчих норм, то вона перебуває нібито за межами змісту права, а тому й безпосереднього інтересу науковців, у всякому разі — розглядається як така, що має для юриспруденції у такому звуженому розумінні похідний, вторинний характер. Відповідно предмет правознавства, передовсім теорії права, обмежується сферою належного, яке може і не мати переходу в дійсність, для якого не є обов'язковими соціальні критерії ефективності. Таким чином, орієнтація наукових пошуків виключно на тематику встановленого (позитивного) права, яке у нашій правовій системі практично зводиться до законодавства, звужує поле зору дослідника до ментальних процедур розробки та аналізу текстів законів та інших нормативно-

¹ Серед найновіших наукових праць: *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – М., 2005.

² *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. – М., 1912. – С. 281, 283.

³ Там само. – С. 282.

⁴ За різними джерелами з часів проголошення незалежності України було ухвалено майже 3 тисячі законів, 2/3 з яких стосувалися внесення змін до законів.

правових актів включно із завданням внутрішньої узгодженості цих текстів (системності законодавства). Як наслідок, правознавство — наука про місце та роль права у життєдіяльності суспільства та держави практично зводиться до законознавства, що не може бути одним і тим самим за своїм визначенням¹. У цьому сенсі видатний російський філософ та юрист І. О. Льїн цілком справедливо вказував на несамостійний статус такого законознавства, оскільки «воно само не досліджує предмет, натомість підбиває короткі підсумки іншим самостійним наукам про право»².

Слід наголосити, що лише в контексті правознавства може мати сенс завдання з реформування національної правової системи на засадах верховенства права, оскільки саме такий підхід не дозволяє тлумачення цього принципу обмежити виключно дотриманням вимог закону, натомість передбачає рух у напрямі пошуку змістовних компонентів права як специфічного явища³. Звідси — потреба у використанні регулятивного потенціалу тих джерел права, що не вписуються в жорстку модель правового регулювання, — звичаю, договору, судового прецедента, до чого спонукають як принципів новели нещодавно прийнятих галузевих кодексів, так і діяльність вітчизняних та міжнародних судових інстанцій по захисту прав людини та основних свобод. Не є можливою реалізація цього принципу й без урахування певної «інфраструктури права», «неформального» чи «мовчаного» права⁴, причому не лише у нормотворчому процесі, але й у правозастосуванні, передовсім у судочинстві, адже саме суд покликаний стати у правовій системі, побудованій на засадах верховенства права, основним гарантом прав і свобод людини і громадянина⁵.

Показовим і є підхід нового Цивільного кодексу України, який до загальних засад цивільного законодавства включає такі змістовні елементи, як: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, установлених Конституцією України та законом; 3) свободу договору; 4) свободу підприємницької діяльності, яка не заборонена

¹ Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. чл.-кор. РАН В. С. Нерсесянца. – М., 2007. – С. 147.

² Ильин И. А. Теория права и государства. – М., 2003. – С. 64.

³ Українське право. – Число 1 (19) – К., 2006.

⁴ Див.: Карбонье Ж. Юридическая социология. – М., 1986; Фридмен Л. Введение в американское право. – М., 1993; Фуллер Л. Л. Анатомія права. – К., 1999.

⁵ Докладніше див.: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К., 2007. – 640 с.

законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність¹. Ще більш предметно у сенсі адекватного розуміння принципу верховенства права ставить питання прийнятий 6 липня 2005 р. Кодекс адміністративного судочинства України, ст. 8 якого зобов'язує суд при вирішенні справ керуватися принципом верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави, пов'язуючи його зокрема з необхідністю врахування судової практики Європейського суду з прав людини². Саме спираючись на зміст конституційних норм, Пленум Верховного Суду України в постанові «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» акцентував на тому, що судам підвідомчі всі спори про захист прав і свобод громадян, у зв'язку з чим суд не повинен відмовляти особі в прийнятті чи розгляді скарги з підстав, передбачених законом, який це право обмежує, розширює можливості судових органів щодо прямого застосування норм Конституції України, оцінки чинного законодавства, враховуючи й те, що згідно з Основним Законом закріплені в ньому права і свободи людини й громадянина не є вичерпними³.

У науковому відношенні чільний внесок в осмислення нової правової реальності вносить активізація досліджень у напрямі пошуку складових правової картини сучасного суспільства, яке визначають то як «інформаційне», то як «постіндустріальне», що в нашому контексті означає передовсім нагальну необхідність розширення меж соціально-культурного простору правового регулювання. У зв'язку з цим не є випадковою оцінка поняття права у звуженому інструментальному сенсі недостатнім для побудови сучасної теорії права, що зумовлює пошук інших, більш змістовних та адекватних інтегративній функції загальнотеоретичної юридичної науки, правових категорій, серед яких пропонуються — «дія права», «правова система», «правове життя», «правотворчість» тощо. Причому основний аргумент на користь останніх зводиться до нагальної потреби подолання надлишкової абстрактності вітчизняної юриспруденції, її фактичної відстороненості від реальних проблем суспільства та конкретних соціальних відносин, що часто-густо призводить до край небезпечної тенденції своєрідної

¹ Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

² Там само. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

³ Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України. – Сімферополь, 1998. – С. 39.

«химеризації» юридичної науки, передовсім теорії права, що постає реальною перешкодою на сучасному етапі її розвитку¹.

Понятійна конструкція «дія права» розглядається як така, що покликана змістити акцент у бік проблематики практичного здійснення правових норм. Проте за таких умов це поняття не може трактуватися інакше, як похідним від традиційного праворозуміння, яке наразі залишається незмінним та непорушним. Як результат — проблеми здійснення права знову ж таки перебувають за лаштунками права, так би мовити власної природи права. Тому запровадження поняття «дія права», розширюючи горизонт правової науки, не може претендувати на оновлення наших уявлень про природу та зміст самого права, а тому й стати підґрунтям для формування нових методологічних підходів до вивчення правових явищ.

Істотно розширює діапазон дослідження права, спираючись на арсенал пізнавальних можливостей системного підходу, поняття «правова система», яке співвідноситься з соціумом як цілісним та багатоаспектним феноменом. Воно стає дедалі більш усталеним для вітчизняної юриспруденції², стимулюючи рух до більш повного та змістовного розуміння права як саме соціального явища, що у такому контексті вже не може обмежуватися виключно сферою належного (ідеології). Проте не слід забувати, що призначенням системного підходу, який відображає специфіку наукового дослідження реальних явищ та процесів, є певна схематизація, а отже, й «спрощення реальності». Тому правова система як така не в змозі вичерпати усієї правової реальності, а основною її проблемою, як і будь-якої іншої соціальної системи, залишаються відносини з навколишнім середовищем: чим ціліснішою та внутрішньо несуперечливою стає система, тим вона більш самодостатня та закрита³. Водночас важливим напрямком подолання обмеженості застосування системного підходу до вивчення права може стати розширення переліку правових явищ, які включаються до її складу, коли до традиційних її елементів (правосвідомість, норми та

¹ «Зовсім не відкидаючи права на існування абстрактного, надчуттєвого розуму у сфері юридичної науки, закликаємо юридичну громадськість до того, щоб створюючи правові абстракції, ми не перетворювали це в самоціль, бо в іншому разі виникають юридичні химери, що стрімко тануть при першому зіткненні з реальністю» / *Хохлов Е. Б.* Юридические химеры как проблема современной российской науки // *Правоведение*. – 2004. – № 1. – С. 5.

² Вступ до теорії правових систем/ За заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006.

³ Див.: *Бусова Н. А.* Модернизация, рациональность и право. – Харьков, 2004.

юридична діяльність), додаються суб'єкти права як активне начало та результати дії права — законність і правопорядок¹.

Наступною спробою подолання однобічності підходу до праворозуміння стало поняття «правового життя», запропоноване російським ученим А. В. Мальком². Безперечним здобутком цієї концепції є звернення уваги до реальних аспектів поведінки суб'єктів права, так би мовити «енергії права», спроба охопити цим поняттям як необхідне, так і випадкові фактори, як позитивні, так і негативні правові складові (наприклад правопорушення). У цілому дана категорія покликана уможливити, на думку автора, погляд на правову реальність без «рожевих окулярів» для того, щоб сприймати її зі всіма досягненнями і недоліками, сильними та слабкими сторонами³. Водночас указаний автор, не виходячи за межі традиційних методологічних канонів, стверджує, що правове життя покликано «певним чином оформляти (!) особисте, державне та суспільне життя», зводить його до правових актів, «своєрідної піраміди правових актів», систематизації актів-документів,⁴ що знову повертає його наперекір заявленим новаціям в русло усталеної правової проблематики. Окремої уваги заслуговує пропозиція щодо необхідності врахування елементів творчої активності у праві, суб'єктом якої може бути лише людина, шляхом постановки в центр правової теорії поняття «правотворчість»⁵. Таким чином обґрунтовано акцентується на соціоантропологічній природі правової реальності, проте, цей фактор пропонується враховувати в обмеженому варіанті — лише у процесі розробки законодавства, практично виключаючи можливість пов'язати творчий підхід і реалізацію приписів норм права, яка розглядається виключно через призму певних механізмів.

Прикметним для становлення більш адекватного сучасним реаліям поняття права є підхід П. М. Рабіновича, який задекларував рух до «європейського праворозуміння» саме на основі тлумачення практики Європейського суду з прав людини, що передбачає необхідність поглибленого дослідження власного змісту права, констатації певних незвичних

¹ Див.: Хаустова М. Г. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2005.

² Див.: Малько А. В. Правовая жизнь и правовая политика / Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. – М., 2001. – С. 14–21.

³ Там само. – С. 17.

⁴ Там само. – С. 14, 17, 19.

⁵ Брызгалов А. И. О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе // Государство и право. – 2004. – № 4.

для вітчизняної науки «онтичних» його властивостей: можливості задовольняти певні інтереси, урахування біосоціальних характеристик індивідів та їх психологічного стану, здійсненості можливості задоволення інтересів, унікальності соціальної ситуації та соціальної ситуативності в цілому, неможливості лише формалізованого підходу, потреби виходу за межі юридичного тексту, справедливої збалансованості¹. Проте намагання вкласти запропоновані автором критерії праворозуміння, вироблені на основі аналізу практики такої специфічної юридичної інстанції, як Європейський суд з прав людини, у канони «діалектично інтерпретованого матеріалістичного розуміння» призводять до неочікуваного контексту «загальносоціального» (тобто не державно-владного, не-юридичного права)². Звичайно, право має складну та багатоаспектну природу, що передбачає необхідність та доцільність різних підходів до його дослідження та уможливорює специфіку його визначень, проте, це не означає доцільність визнання існування різних за своїм змістом «видів права», зокрема — «соціального» та «юридичного», звідки висувається теза про те, що нібито права людини є «неюридичними правами», а стають юридичними лише в разі визнання їх з боку державної влади.

Більш обґрунтованим для вирішення зазначеної проблеми може стати підхід, який дозволив би реалізувати принцип єдності юридичної форми та соціального змісту в інтерпретації як права в цілому, так і окремих правових явищ³. Передовсім, з цієї позиції як однорідні явища повинні розглядатися право та права людини, які мають єдину соціально-юридичну природу, і тому, на думку М. І. Козюбри, «прав людини поза межами права не може існувати, так само, як і права за межами прав людини»⁴. Права людини не можуть існувати за межами функціонування правової системи навіть при найбільш спрощеному її тлумаченні⁵, оскільки є її невід'ємним соціоантропологічним фундаментом, так само,

¹ Див.: *Рабінович П. М.* Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 3 (53). – С. 12–14.

² Там само. – С. 15.

³ Саме такий підхід розглядає як основний для формування сучасної теорії права Р. Т. Мухаєв. Див.: *Мухаєв Р. Т.* Теория государства и права. – М., 2006.

⁴ Див.: *Козюбра М.* Правовий закон: проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук. – 2003. – № 2(33)–3(34). – С. 92.

⁵ Пануюча у правовій теорії інструментальна ідея засновується зрештою на самих поверхових роздумах та оцінках природи права, які легко підтверджуються емпірично. Див. детальніше: *Шунди́ков К. В.* Правовые механизмы: основы теории // Государство и право. – 2006. – № 12. – С. 12–21.

як і право, функціонуючи у вигляді правової системи, без опори на права людини, ризикує бути не лише безмістовним, а й не вкоріненим до потреб та інтересів правових суб'єктів, адже у будь-якому разі правові норми не можуть використовуватися, виконуватися, дотримуватися чи застосовуватися поза межами свідомої та вольової поведінки людини. Результатом цього може стати відрив права від активного носія «правової енергії» — індивіда, наділеного власними інтересами та свідомістю, і як наслідок — покладення на владу неадекватних її призначенню у демократичній державі надзвичайних по суті завдань, що призводить до надмірної концентрації силового впливу та суспільних ресурсів у руках органів державної влади, панування авторитарних та бюрократичних методів вирішення будь-яких питань життєдіяльності суспільства.

Наразі, уточнення предмета правознавства, яким виступає розгорнуте поняття права, має спиратися передусім на істотне оновлення методологічного арсеналу наукових досліджень в галузі держави і права¹. Адже кожний історичний період характеризується усталеними стереотипами сприйняття навколишнього середовища, зокрема у сфері пізнавальної діяльності — певною науковою картиною світу. Тому вказувати з позицій сучасного рівня розвитку науки на недосконалість світоглядних настанов минулого можна лише умовно, більш продуктивною стане оцінка формування методології пізнання як поступального розвитку пізнавальних можливостей людини та суспільства, що перебувають у постійному русі, збагачуються інноваційними ідеями, як процесу, що супроводжується науковими реформами і революціями. Тому першочерговим постає наукознавчий аспект, згідно з яким переосмисленню підлягають самі підходи до розуміння особливостей пізнавальної діяльності у сфері соціальної та зокрема правової реальності з урахуванням новітніх методологічних досягнень².

Одним із важливих напрямів такого оновлення, особливості якого полягають у розгляді правової реальності передовсім під феноменологічним кутом зору³, є дослідження права як соціального явища, яке ви-

¹ Методологічні проблеми правової науки: Матер. міжнар. наук. конф. Харків, 13–14 груд. 2002 р. – Х., 2003; Методологічні проблеми юридичної науки в Україні (з міжнародної конференції) // Право України. – 2004. – № 7.

² Яскравою спробою такого переосмислення є праця І. Л. Честнова «Правопонимание в эпоху постмодерна». (СПб., 2002.)

³ З іменем Гуссерля, основоположника феноменологічного методу, пов'язують перетворення філософії, предметом якої оголошується інтерсуб'єктивність, у сувору науку, різновид науково-дослідної діяльності. Див.: *Зотов А. Ф.* Современная западная философия. – М., 2005. – С. 170–171.

никає за умов специфічного правового способу соціальної регуляції¹, що передбачає застосування до юридичної сфери наукового інструментарію суміжних дисциплін — філософії, антропології, психології та соціології². Пізнавальні можливості сформованої на цій основі інтегративної концепції набувають здатності пояснити найбільшу кількість правових явищ³, долаючи при цьому однобічність традиційних підходів та наукових шкіл — природного і позитивного права, історичної, соціологічної та психологічної, що, проте, не означає їх автоматичного знецінення. Адже феноменологічний контекст акцентує увагу на взаємозалежному існуванні та взаємодії індивідів, які за посередництвом соціальних стосунків реалізують належну їм свободу в межах загальної норми (міри), заснованої на еквівалентності обміну діяльністю⁴, що дає підстави зробити висновок про інтерсуб'єктивну природу права (Хабермас), пріоритетність здійснення невід'ємних прав і свобод людини і громадянина у життєдіяльності сучасного суспільства, демократичної, правової держави. Слід наголосити й на тому, що такий підхід, пояснюючи право як норму, правило, міру того, як, за влучним висловом А. П. Зайця, необхідно діяти у відносинах з іншими людьми⁵, дає змогу зробити вагомий крок до вирішення вкрай загостреної сьогодні проблеми щодо чіткої практичної спрямованості правових досліджень. Адже будь-яке наукове пізнання, що може бути охарактеризоване як самодостатнє у певному сенсі, своєї повноцінності набуває лише тоді, коли застосовується до актуальних питань практичного життя. У нашому контексті аксіоматичним ще з часів римського права є висновок про те, що юриспруденція є передовсім сферою практичного освоєння реальності, а тому аналітичні розробки правової тематики мають орієнтуватися на соціальні очікування та знаходити практичне застосування.

¹ Див.: Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. – М., 2003. – С. 144.

² Див.: Мартышин О. В. Общетеоретические юридические науки и их соотношение // Государство и право. – 2004. – № 7. – С. 7.

³ Коммуникативная концепция права: вопросы теории. – СПб., 2003. – С. 38 та ін.

⁴ Див.: Поляков А. В. Общая теория: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб., 2004; Проблемы общей теории права и государства / Под ред. проф. В. С. Нерсесянца. – М., 1999. – С. 162–178.

⁵ Теорія держави і права. Академічний курс / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – С. 240.

Дані методологічні настанови передбачають відмову від стереотипу сприйняття суспільства як такої форми суспільних відносин, характерні особливості якої вбачались в її незалежності від свідомості та волі людей, а тому й у відчуженості від них самих, їх безпосередніх потреб. Звідси парадоксальна ситуація — суспільство, яке складається із людей та відносин з приводу здійснення їх інтересів, функціонує нібито абсолютно незалежно від цих самих людей та їх безпосередніх відносин, яким (людям) у такому разі дійсно не залишається нічого іншого, крім «ізолюваного існування». Натомість вихідним має стати розгляд права як породження суспільних відносин, взаємин між соціалізованими індивідами, адже те, що людина живе серед інших людей, не є її примхою чи висновком, до якого вона дійшла з мотивів спільної вигоди, оскільки людина за своєю природою як фізичною, так і духовною, призначена для життя у суспільстві і стає людиною лише в результаті життя в суспільстві¹. Право не існує поза межами суспільства, але й суспільство має розумітися як сукупність індивідів, що мають суперечливі, але водночас й однотипні з іншими інтереси, які вони не можуть самостійно реалізувати, і тому єдиним можливим способом їх існування виступає соціальне спілкування (конфлікт та співпраця) у формі стосунків одного з іншим та всіма іншими².

Сьогодні до певної міри звичним стає акцент на конфліктній природі права. Подібний соціальний конфлікт мав в історії політичної та правової думки різні інтерпретації — «війна всіх проти всіх» з акцентом на антагонізмі індивідів, «класова боротьба» з наголосом на протиріччях групових економічних інтересів, «повстання людини проти держави», звідки робились різні висновки — про необхідність абсолютизації державної влади, розподілу сфер впливу держави та приватних інтересів, відмирання або непотрібності держави. Вітчизняна юридична наука теж намагається освоїти конфлікт інтересів, проте, або в дещо обмеженому контексті — юридичних механізмів вирішення спору, або з максималістських позицій так званої «правової доктрини виключення конфлікту інтересів»³, що безперечно неможливо, оскільки саме со-

¹ Див.: *Егоров С. Н.* Аксиоматические основы теории права. – СПб., 2001. – С. 52.

² Показовою щодо цього є термінологія, яка використовується у законодавстві, зокрема у Конституції України 1996 р., для позначення суб'єктів прав та обов'язків — «кожний», «усі», «ніхто», «особа», «ті, хто» тощо.

³ Див.: *Дедов Д. И.* Конфликт интересов. – М., 2004.

ціальне спілкування у формі конфлікту і співробітництва по своїй суті є підґрунтям існування, функціонування та розвитку правової реальності.

Утім, у процесі творення права соціальна реальність має набути форми, придатної для правового регулювання. Правові якості додаються до власне людських характеристик у результаті взаємного визнання індивідами певних прав і свобод, набуття ними статусу правових суб'єктів, на підставі чого виникає нова, правова за своїм характером реальність — правові поняття, конструкції, норми, відносини, поведінка. Тому усталена для вітчизняної юриспруденції категорія «правова форма», запозичена з класичного методологічного арсеналу, має отримати більш конкретизований зміст, наближений до соціальної реальності, за джерелом походження суб'єктивної, оскільки у суспільних взаєминах немає нічого, щоб не проходило через свідомість людини і не вимагало постійного відтворення за посередництвом активної поведінки, та за способом організації (існування) — об'єктивної, оскільки остання набуває особливого інституціонального та артикульованого виразу. Реальність правової форми у такому сенсі полягає в тому, що вона є обов'язковою належністю даних соціальних відносин, поза чим вони нездатні належно сформуватися, існувати та здійснюватись, опиняючись за межами права зі всіма відповідними наслідками. На думку С. І. Максимова, у сучасних дискусіях про природу права зазвичай виокремлюються дві протилежні позиції: об'єктивізм (право існує в речах) та суб'єктивізм (право існує в думках), наразі правова реальність не претендує на презентацію якоїсь субстанційної частини дійсності, а є лише способом організації та інтерпретації певних аспектів соціального життя, буття людини, але настільки істотним, що за його відсутності розпадається сам соціальний світ¹. Саме у такому середовищі формуються правила поведінки людей як засновані на еквівалентності обміну діяльністю норми, покликані виконувати роль відповідних їй стандартів, які за посередництвом інституціоналізації отримують публічну гарантію. Правова реальність у цьому сенсі постає специфічною сферою взаємодії суб'єктів, опосередкованою правовими нормами, суб'єктивними правами та юридичними обов'язками учасників суспільних відносин, їх

¹ Див.: *Максимов С. И.* Правовая реальность как предмет философско-правового исследования. – Харьков, 2000. – С. 148–150.

реалізацією, гарантованою відповідними публічними інститутами. У зв'язку з цим Є. В. Бурлай обґрунтовано пропонує нове, соціологічне по суті, трактування функцій права¹.

Отже, одним із актуальних напрямків адаптації вітчизняного правознавства до викликів сьогодення має стати соціалізація юридичних знань, що передбачає розгляд правової проблематики у більш широкому контексті — суспільства в цілому, а не лише його державної організації, опосередкованої відносинами з приводу формування та реалізації державної влади. Адже і соціум виступає певною формою організації соціальних відносин шляхом горизонтальної інституціоналізації сфери громадянського суспільства, яке структурується за первинним публічним інтересом. Держава з цієї точки зору виступає як специфічне соціальне утворення, особливий інститут публічної влади в масштабах усього суспільства — суперінституціональна організація², функціональне призначення якої полягає в забезпеченні стабільності та стійкого розвитку соціуму шляхом централізації та концентрації його владно-примусового потенціалу. Такий підхід дає змогу розставити акценти у проблематиці співвідношення державності та громадянського суспільства, які разом становлять цілісний соціум, але виконують у ньому різні функції³ — громадянське суспільство є основою державності, а державна влада — важелем управління, який перебуває на службі у суспільства, забезпечує його потреби та інтереси. Зрештою, лише за умов чіткого усвідомлення соціальної природи права воно може стати дійовим засобом обмеження свавілля державної влади, розглядатися у контексті правової культури суспільства, формування поваги до права, почуття права тощо. У цьому плані засновники концепції правової державності обґрунтовано вбачали її підвалини у «правовому громадянському суспільстві», яке безпосередньо поєднує за посередництвом права його як громадські, так і державницькі засади.

Взаємини між людьми є й тим реальним середовищем, у якому проходить здійснення правових норм — за посередництвом пізнання та оцінки їх змісту свідомістю суб'єктів, вольових актів їх поведінки, спрямованих на дотримання юридичних заборон, виконання юридичних

¹ Див.: Бурлай Є. До питання про функції права // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 31–42.

² Див.: Гомеров И. А. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура. – М., 2002. – С. 468–477.

³ Див.: Мамут Л. С. Народ в правовом государстве. – М., 2000.

обов'язків та використання прав, опори на певні публічні, передовсім державно-владні інституції та механізми. Лише у соціальному середовищі можуть скластися реальні показники ефективності права. Тому для досягнення соціально значущого результату важливими стають процедури, процес здійснення приписів правової норми, який водночас не повинен відриватися від неї самої, її змісту¹.

На цій основі здатен формуватися соціологічний підхід до права як саме теоретичний концепт, що досліджує право як явище, що має соціально-юридичну природу, на відміну від звичного застосування у правознавстві методики конкретно-соціологічних досліджень для ілюстрації тих чи інших наукових висновків. Його основою також є нормативність, проте, нормативність соціальної реальності (соціальна нормативність), яка виводиться не із «вєління державної влади», а із фактичних відносин, заснованих на еквівалентності обміну діяльністю, взаємних правах та обов'язках учасників соціального спілкування, що складаються на підставі взаємного визнання їх значущості. Обов'язковою ознакою цієї нормативності є те, що вона зачіпає публічний інтерес, формується і здійснюється в публічній площині і тому підлягає гарантуванню з боку інститутів державної влади, на підставі чого стає можливим відповідно виокремити у суспільстві сферу права, яка підлягає публічному контролю, та сферу моралі як царини власне міжособистісних відносин та відповідальності. Така норма (правило поведінки), яка складається в результаті повторюваності² і об'єктивації певних соціальних ситуацій у тісному зв'язку з реальними (соціальними) можливостями її реалізації в діяльності учасників суспільних відносин, залишається у центрі уваги предмета теоретичного правознавства. Право за цих умов має розглядатися не просто як належне, а як укорінене в практику належне, що перебуває у процесі становлення, стає частиною соціальної реальності. Разом з тим юриспруденція, як і будь-яка інша соціальна наука, не може бути лише пасивним відображенням дійсності, має досліджувати її з точки зору як сущого, так і з позицій належного, того, якою вона (правова дійсність) є та може й повинна бути. Важливо лише, щоб компонент належності у праворозумінні, який завжди включає певний «метафі-

¹ Уперше у вітчизняній теорії права питання про право у процесуальному аспекті поставив В. М. Горшенєв. Див.: *Юридический процесс* / Под ред. В. М. Горшенєва. – Харьков, 1985.

² Див.: *Цєйк М.* Про сучасне праворозуміння // *Вісник Академії правових наук України.* – 2001. – № 4. – С. 10–11.

зичний елемент», не перешкоджав прикладній значущості та соціальній ефективності правового регулювання.

Утім еквівалентність як запорука відповідності соціальній реальності змісту того чи іншого правила поведінки (соціальна складова) для набуття повноцінного статусу правової норми опосередковується культурними цінностями — обґрунтуванням доцільністю (правова політика), виправданням з позиції справедливості (етика права), загальним виразом за посередництвом тексту (логіка права), офіційним визнанням та судовою гарантією за допомогою авторитету державної влади (позитивація права). Через це право стає здатним до повноцінної реалізації свого соціального призначення як найбільш універсального способу впорядкування соціальних відносин, основного засобу вирішення суспільних конфліктів, примирення різноманітних соціальних інтересів, досягнення соціальної злагоди та компромісу. Як результат широкий підхід до праворозуміння передбачає оцінку права і як справедливості, і як примусового засобу для забезпечення впливу на суспільство, тобто як своєрідної примусової справедливості¹, що спирається на оптимальне поєднання етичної та владно-примусової складової правового способу впорядкування суспільних відносин. Імовірність того, що в разі потреби право буде реалізовано за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, означає набуття правом нових змістовних якостей, адже поряд із нормами, які безпосередньо регулюють поведінку людей, з'являються і інші норми, які зобов'язують правоохоронні органи вжити заходів для забезпечення дотримання цих «первинних» норм², які, на відміну від попередніх, набувають статусу правової реальності передовсім на підставах раціональності та логічної істинності.

Підсумком розширення предмета правознавства має стати розрив замкнутого кола формальних юридичних понять та конструкцій, коли юриспруденція розуміється як така, що розвивається «із самої себе», а теорія права — виключно за рахунок узагальнення висновків галузевих юридичних дисциплін, адже набута в такий спосіб системна якість аж ніяк не може бути зведена до суми її елементів пояснення сутності та змісту права лише зсередини правової матерії. Зворотний висновок піддавав би сумніву загальнотеоретичний статус цієї науки, передовсім її пізнавальні можливості й методологічну функцію стосовно тих самих галузей правознавства, висновки яких і стали предметом для узагаль-

¹ Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. — М., 1994. — С. 269–285.

² Див.: Циппеліус Райнгольд. Юридична методологія. — К., 2004. — С. 18.

нення. Водночас такий підхід не повинен призводити до нехтування логічними способами конструювання моделей правової реальності, які знаходять свій вияв передовсім у писаному праві, юридичних текстах, що передбачає чіткі вимоги щодо ясності та послідовності юридичного мислення. Йдеться лише про подолання класичної метафізичної установки «панлогізму», коли законам, за якими здійснюється розумовий процес, надався по суті статус універсальних законів всесвіту, відповідно до яких природа та соціальна практика розглядалася як своєрідна прикладна логіка¹, та зумовленої цим методологічним постулатом установки про самодостатність логічних конструкцій правознавства.

Правовий текст, який є результатом об'єктивації та артикуляції всієї системи соціальної взаємодії, дає змогу людині як соціальній істоті та суб'єкту права існувати, спілкуючись з іншими, у межах правової реальності, яка є частиною культури та символічної пам'яті². У більш широкому контексті норми права відображають природжені риси тієї чи іншої ментальності — стереотипи світосприйняття, звичаї, традиції, систему цінностей та способів інтелектуальної діяльності, що здатне породжувати неоднозначні тлумачення однакових правових текстів, а то й — конфлікт інтерпретацій. Право не може бути ідентичним навіть єдності та всій сукупності писаних законів, які внаслідок цього є принципово відкритими для оцінювання та тлумачення³. Як результат процеси інтернаціоналізації та глобалізації правової сфери, гармонізації законодавства різних держав не повинні ототожнюватись із механічним перенесенням певних юридичних термінів та конструкцій однієї країни до іншої без урахування особливостей національно-історичного розвитку тієї чи іншої спільноти та державності⁴.

Кожен з цих аспектів сутності та існування права може стати предметом окремого наукового дослідження, складає певний їх напрям — філософсько-правових, політико-правових, етико-правових, логіко-правових, позитивно-правових, що, проте, не має призводити до руйнування цілісності (інтегративності) сприйняття права як системного

¹ Див.: *Зотов А. Ф.* Современная западная философия. – М., 2005. – С. 13.

² Коммуникативная концепция права: вопросы теории. – СПб., 2003.

³ Див.: *Грасфор К.* Принцип верховенства права у конституційному судочинстві // Вісник Конституційного Суду України. – К., 2000. – № 4. – С. 35.

⁴ Див.: *Тацій В. Я.* Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави / Методологічні проблеми правової науки: Матер. міжнар. наук. конф. Харків, 13–14 груд. 2002 р. – Х., 2003. – С. 5.

явища науковцями і практиками. Питання в іншому — актуальності того чи іншого напрямку дослідження правової реальності, яка зумовлена конкретною соціально-історичною та пізнавальною ситуацією. Саме сьогодні, за висновком багатьох фахівців у галузі правової науки, для юриспруденції настав період, коли вона значною мірою вже використала ресурс розвитку «в ширину»¹, має бути готовою «глянути на себе» нібито з боку, перевірити увесь свій методологічний інструментарій, суттєво оновити його з урахуванням результатів фундаментальних досліджень, передовсім у царині філософії та соціології права, для переходу на якісно новий ступінь сприйняття правової дійсності.

¹ Див.: *Брызгалов А. И.* О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе // Государство и право. – 2004. – № 4. – С. 17.

П. Рабінович, член-кореспондент Академії правових наук України
Р. Сивий, науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України

Права людини: критерії «цивілістичності» (за матеріалами практики Страсбурзького суду)

1. **Вступні зауваження.** Проблема співвідношення змісту понять «приватне право» та «цивільне право» здавна вважається досить дискусійною¹. За сучасних умов в Україні вона перестала бути суто теоретичною й набула, як видається, безпосередньо практичного значення. Свідченням цього є, зокрема, її інтерпретація у Цивільному кодексі України та Законі України «Про міжнародне приватне право».

Нагадаємо, що у ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України *цивільними* відносинами (тобто такими, що регулюються нормами саме цивільного права) вважають відносини, засновані на *юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності* їхніх учасників. А у ч. 1 ст. 1 згаданого Закону України вказується на те, що всі наведені ознаки притаманні вже *приватноправовим* відносинам (тобто тим відносинам, які регулюються нормами приватного права). Зіставлення наведених норм дає змогу констатувати, що обидва *терміно-поняття* — «*приватне право*» та «*цивільне право*» — *використовуються вітчизняним законодавцем як однозначні, тотожні*.

Чи є обгрунтованою така позиція? Відповідь на це запитання може дати спеціальне дослідження означеної проблеми, яке враховувало б її різні аспекти. У цій статті зосередимо увагу лише на вживанні й інтерпретації цих понять Європейським судом з прав людини (далі — Суд), який не може не вдаватися до них, оскільки постійно застосовує Євро-

¹ Див.: *Довгерт А. С.* Проблеми кодифікації цивільного (приватного) права в Україні // Українське право. – 1998. – № 1. – С. 39–40; *Сібільов М.* Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2. – С. 133–134; *Харитонов Є. О.* Конституція України як джерело приватного (цивільного) права України // Конституція України – основа модернізації держави і суспільства (наук. конф. 21–22 червня 2001 р.). – Х., 2001; *Сивий Р. Б.* До питання про сутність позитивного приватного (цивільного) права // Право України. – 2006. – №11. – С. 38–39.

пейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), в якій йдеться, зокрема, і про цивільні права та обов'язки. Аналіз цієї його практики істотно актуалізується з огляду насамперед на те, що Конвенція є нині — відповідно до ст. 9 Конституції України — складовою частиною українського законодавства.

2. Деякі мовно-термінологічні аспекти. В останньому офіційному перекладі п. 1 ст. 6 Конвенції вживається словосполучення «права й обов'язки цивільного характеру»¹. Схоже формулювання міститься й у французькомовному та польськомовному текстах Конвенції: «droits et obligations de caractere civil» і «prawa i obowiązki o charakterze cywilnym». Натомість в англomовному й російськомовному текстах Конвенції вживається словосполучення «цивільні права та обов'язки» («civil rights and obligations», «гражданские права и обязанности»). В юридичній літературі неодноразово наголошувалося на тому, що зміст англomовного «civil rights» істотно відрізняється від змісту французькомовного «droits de caractere civil»². Окрім того, вислів «civil rights» може перекладатися і як безпосередньо «civil rights» (тобто як громадянські права («гражданские права»)³ — різновид основоположних прав людини), і як легістсько-позитивні права (тобто права людини, встановлені державою, а не «природою»⁴), і як «civil-law rights» (тобто права, передбачені (встановлені) нормами позитивного цивільного права).

Останнє ж («civil law») також має декілька значень та інтерпретується, наприклад, одним із авторитетних англomовних юридичних словників щонайменше у таких трьох значеннях: 1) як сукупність правових норм, яку кожен окремих народ, держава чи місто встановили індивіду-

¹ Цей переклад затверджено Міністерством закордонних справ України 27 січня 2006 року. Натомість на офіційному сайті Суду в україномовному варіанті Конвенції вживається словосполучення «цивільні права та обов'язки». Слід зазначити, що в попередніх варіантах офіційного перекладу тексту Конвенції на українську мову у ч. 1 ст. 6 Конвенції вживалися вирази «громадянські права і обов'язки» (Офіційний вісник України. — 1998. — № 13) і «цивільні права та обов'язки» (Голос України. — 2001. — 10 січня).

² МакБрайд Д. Принципи, що визначають тлумачення та застосування Європейської конвенції з прав людини // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О. Л. Жуковської. — К., 2004. — С. 769–770; Соловйов О. В. Поняття «цивільні права та обов'язки» у п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — №2. — С. 72–73.

³ Переклад розміщено на сайті: <http://online.multilex.ru/>

⁴ Див.: http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_rights

ально для себе (тобто, іншими словами, як «внутрішньодержавне» (державно-вольове, позитивне, об'єктивно-юридичне) право, що відрізняється від природного права та від міжнародного права); 2) право, яке стосується цивільних (приватних) прав та засобів їх захисту — на противагу праву кримінальному; 3) система права, яка існувала у Римській імперії¹. Зрештою, можливість ототожнення (синонімізації) в українській мові терміносполучень «цивільні права та обов'язки» і «права й обов'язки цивільного характеру» також потребує спеціального аналізу.

Не вдаючись тут до з'ясування причин такого неузгодженого формулювання у різних європейських мовах п. 1 ст. 6 Конвенції, спробуємо з'ясувати той фактичний зміст, який закладено у словосполучення «цивільні права й обов'язки» (або ж, іншими словами, «права та обов'язки цивільного характеру») розробниками Конвенції. Адже у тексті самої Конвенції не наведено визначення поняття «цивільні права та обов'язки», як, зрештою, не визначено й критерії відмежування прав та обов'язків цивільних від нецивільних. Не дає однозначної відповіді на це питання й Суд. Як свідчить вивчення практики застосування ним цієї норми, йому поки що не довелося встановити чіткі однозначні критерії віднесення того чи іншого спору саме до спору про «цивільні права та обов'язки». Попри це, неодноразові випадки застосування Судом п. 1 ст. 6 Конвенції дають можливість виявити деякі загальні тенденції розуміння ним означеного термінологічного виразу, інтерпретації, так би мовити, «цивілістичності» прав і обов'язків.

3. Права приватні й права цивільні. Насамперед слід зауважити, що Суд визначає належність того чи іншого спору до категорії цивільного за посередництвом відмежування приватного права від права публічного. Так, у рішенні у справі «Кьоніг проти Німеччини» (Konig v. Germany, 1978 р.)² було зазначено, що до п. 1 ст. 6 Конвенції належать справи, предметом яких є вирішення питання про права приватного характеру (п. 94 рішення). При вирішенні справи «Шутен та Мелдрум проти Нідерландів» (Schouten and Meldrum v. Netherlands, 1994 р.) Суд

¹ Black's law dictionary / By Henry Campbell Black. – 6th ed. – West Publishing Co., 1990. – Р. 1196.

² Рішення Суду, які використано у цій статті, було взято з його офіційного сайту: <http://www.echr.coe.int>. Використовувалася також інформація про рішення Суду, подана у збірці: Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 рр.) // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України / Редкол.: П. М. Рабінович та ін. – Серія II. Коментарі прав і законодавства. – К., 2004. – Вип. 4. – 448 с.

дійшов висновку про те, що для того, аби визначити, чи оспорюваний обов'язок може вважатися «цивільним» для цілей п. 1 ст. 6 Конвенції, необхідно проаналізувати ознаки публічного та приватного права (п. 51 рішення). Схожу позицію висловлено і в окремій думці судді Г. Ресса стосовно рішення Суду у справі «Феррадіні проти Італії» (Ferrazzini v. Italy, 2001 р.), де зазначено, що для кваліфікації заявленого права як «цивільного», необхідно попередньо проаналізувати характеристики публічного права та приватного права.

І справді, у деяких своїх рішеннях Суд вдавався до таких спроб. Так, у п. 52–55 рішення у справі «Шутен та Мелдрум проти Нідерландів» (Schouten and Meldrum v. Netherlands) наведено три такі ознаки публічного права: 1) специфіка законодавства, що регулює відносини у сфері публічного права; 2) обов'язкова (зобов'язуюча) природа публічно-правових норм (публічні правовідносини виникають безпосередньо з норм права, а не з договорів); 3) відповідальність держави за свою діяльність, яку вона здійснює в рамках публічного права. Натомість ознаки приватного (цивільного) права Суд вбачає: 1) в особистій та майновій природі встановлених прав та 2) у наявності значної кількості договірних норм (пп. 56–59 згаданого рішення). Схожу позицію Суд висловив у рішенні у справі «Фелдбрудж проти Нідерландів» (Feldbrugge v. Netherlands, 1986 р.).

Тому цілком закономірно можна вважати таку інтерпретацію Судом розглядуваної проблеми: «Формулювання п. 1 ст. 6 Конвенції є набагато ширшим; французький вислів «спір про права та обов'язки цивільного характеру» охоплює всі судові спори, результат яких є визначальним для приватних прав та обов'язків. Англійський текст — «рішення щодо... цивільних прав та обов'язків» — підтверджує цю інтерпретацію» (п. 94 рішення у справі «Рінгайзен проти Австрії» (Ringelsen v. Austria, 1971 р.) та п. 90 рішення у справі «Кьоніг проти Німеччини» (Konig v. Germany)).

Про можливість ототожнення Судом понять «цивільне право» та «приватне право» свідчить і тривала попередня практика застосування ним п. 1 ст. 6 Конвенції (див., наприклад, рішення Суду у справах «Ортенберг проти Австрії» (Ortenberg v. Austria, 1994 р.), «Піцці проти Італії» (Pizzi v. Italy, 1997 р.), «Шутен та Мелдрум проти Нідерландів» (Schouten and Meldrum v. Netherlands), «Фелдбрудж проти Нідерландів» (Feldbrugge v. Netherlands)).

Як зазначає З. Бортновська, Суд широко тлумачить поняття «цивільні права та обов'язки» і відносить до них усі права та обов'язки приватних осіб у відносинах між собою (зокрема, відносини, які виникають

у сферах договірною, комерційною, страхового, спадкового, сімейного, земельного, деліктного права)¹. Наприклад, у рішеннях, ухвалених у справах «Тромбетта проти Італії» (Trombetta v. Italy, 1997 р.), «Піцці проти Італії» (Pizzi v. Italy), Суд дійшов висновку про те, що правовідносини, які виникають на підставі **трудового договору**, регулюються приватним правом (а тому підпадають під дію згаданої статті Конвенції як такі, що стосуються цивільних прав та обов'язків). Відповідно до обставин справ «Лайно проти Італії» (Laino v. Italy, 1997 р.) і «Мікулич проти Хорватії» (Mikulic v. Croatia, 2002 р.) цивільно-правовими (приватноправовими) Суд вважає й ті справи, що випливають зі **сімейних правовідносин**.

Аналіз рішення Суду у справі «Матос е Сільва, ЛДА та інші проти Португалії» (Matos e Silva, LDA and others v. Portugal, 1996 р.) дає можливість констатувати, що спори, які виникають стосовно **права власності на земельні ділянки**, Суд також кваліфікує як цивільно-правові. Наприклад, у рішенні у справі «В'есінгер проти Австрії» (Wiesinger v. Austria, 1991 р.) Суд констатував, що «план збільшення (консолідації) земельних ділянок стосується права власності, а тому є визначальним для прав та обов'язків приватного характеру» (п. 50 рішення). А у рішенні у справі «Зандер проти Швеції» (Zander v. Sweden, 1993 р.) стверджується, що «право використання колодажної води як питної є «елементом права власника земельної ділянки». Право власності має чітко виражений «цивільний характер» у сенсі п. 1 ст. 6» (п. 27 рішення).

Право на зайняття певним видом діяльності (у т. ч. **підприємницькою**) Суд також кваліфікує як «цивільне право». Наприклад, у рішенні у справі «Кьоніг проти Німеччини» (Konig v. Germany) він констатував, що «діяльність, яка визнається державою як приватноправова, не перетворюється автоматично на публічно-правову з тієї причини, що на її здійснення видається адміністративний дозвіл і що вона здійснюється під контролем (аж до відкликання дозволу), якщо це вимагається в інтересах суспільного порядку і забезпечення здоров'я населення» (п. 92 рішення). У справі «Філіс проти Греції» (Philis v. Greece, 1991 р.) Суд підтвердив свою позицію про те, що спір про «... право здійснювати професійну діяльність дає можливість віднести його до «спорів про цивільні права» у сенсі п. 1 ст. 6» (п. 45 рішення). А у справі «Дінне

¹ Див.: Бортновська З. Справи з питань оподаткування: межі застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2002. – №2. – С. 209.

проти Франції» (Diennet v. France, 1995 р.) він указав, що спір про «право здійснювати медичну діяльність дає можливість відносити його до спорів про «цивільні права та обов'язки» в сенсі п. 1 ст. 6» (п. 27 рішення).

На думку Суду, спори, пов'язані зі **сплатою страхових внесків, передбачених системою соціального страхування**, мають цивільно-правовий характер. Наприклад, у справі «Шутен та Мелдрум проти Нідерландів» (Schouten and Meldrum v. Netherlands) він зазначив, що «у сфері страхових внесків, як і у сфері субсидій, система соціального страхування є схожою зі страхуванням у приватному праві» (п. 54 рішення). А у справі «Салесі проти Італії» (Salesi v. Italy, 1993 р.) Суд констатував, що «принцип рівності у правах дає можливість вважати, що застосованість п. 1 ст. 6 є на сьогоднішній момент правилом у сфері соціального страхування» (п. 19 рішення).

У пункті 87 рішення у справі «Пафітіс та інші проти Греції» (Pafitis and others v. Greece, 1998 р.) Суд визнав цивільний характер **прав акціонерів брати участь в управлінні акціонерним товариством** (зокрема, голосувати за збільшення статутного капіталу товариства).

Таким чином, Суд *ототожнював* терміно-поняття «приватне право» та «цивільне право», що, як видається, відповідає сучасним тенденціям їхнього вживання¹. Зрештою, й чимало вчених висловлюють аналогічну позицію².

4. Права майнові та права цивільні. Однією з сучасних тенденцій у практиці застосування Судом п. 1 ст. 6 Конвенції є істотне розширення тлумачення та сфери застосування її «цивільної» частини. Як стверджує М. де Сальвіа, якщо спочатку така практика вказувала на те, що в поняття «цивільних прав» доцільно включати права й обов'язки «приватного характеру» в класичному розумінні цього слова (право власності, сімейне право і т. ін.), то з часом вона суттєво змінилася. А саме: майже будь-який спір, який мав майновий предмет та базувався на по-

¹ Див.: *Дудаши Т., Сивий Р.* Терміно-поняття «цивільне право» та «приватне право»: первинні значення та сучасна інтерпретація // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 4. – С. 58.

² Див.: *Довгерт А. С.* Проблеми кодифікації цивільного (приватного) права в Україні // Українське право. – 1998. – № 1. – С. 39–40; *Сібільов М.* Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2. – С. 133–134; *Харитонов Є. О.* Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод як джерело приватного права // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. – Ч. 2. – Х., 2000. – С. 69–72; *Сивий Р. Б.* Приватне (цивільне) право в системі права України: Монографія. – К., 2006. – С. 113–123.

сяганні на майнові права, Суд почав вважати таким, що стосувався «цивільних прав та обов'язків»¹. Але ж, як відомо, «майновість» притаманна не лише багатьом приватним правам (правам приватного характеру), але й певним публічним правам! Маються на увазі, насамперед, зафіксовані у Конвенції загальносоціальні («природні») майнові права людини, яким відповідають загальносоціальні обов'язки держави, її органів (або ж інших представників суспільства, його груп), — тобто обов'язки суто публічні. Такі права можна назвати, з деякою умовністю, правами *приватно-публічними*². І ось на початку 70-х років минулого століття Суд надає декотрим з таких — приватно-публічних — загальносоціальних («природних») прав людини статусу прав *цивільних*, поширюючи й на них дію п. 1 ст. 6 Конвенції.

На думку О. Соловійова, у своїх перших рішеннях Суд визначав цивільні права, виходячи із засад континентальної правової традиції, зокрема з більш-менш чіткого поділу права на приватне і публічне. Але, розглядаючи у 1971 р. справу «Рінгайзен проти Австрії», Суд уперше відійшов від цієї засади³. На цю тенденцію звернув увагу і сам Суд, коли у п. 26 рішення у справі «Фелдбрудж проти Нідерландів» (*Feldbrugge v. Netherlands*) зазначив, що «стаття 6 охоплює не лише приватноправові спори у традиційному розумінні, тобто спори між особами чи між особою та державою, якщо остання діє як приватна особа, суб'єкт приватного права, а не в межах своїх владних повноважень». А у рішенні у справі «Ортенберг проти Австрії» (*Ortenberg v. Austria*) Суд констатував: «п. 1 статті 6 вимагає, аби позов мав майновий предмет і базувався на посяганні на майнові права... або щоб результат спору був «визначальним для прав та обов'язків приватного характеру» (п. 28 рішення). Тобто Суд розширив сферу застосування «цивільної» частини п. 1 ст. 6 Конвенції, додавши до прав та обов'язків приватного характеру також права *майнового* характеру.

Яскравою ілюстрацією такого висновку є й позиція, зафіксована Судом у п. 36 рішення у справі «Шукс проти Австрії» (*Szucs v. Austria*,

¹ *Де Сальвіа М.* Прецеденти Європейського 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. — СПб., 2004. — С. 325–326.

² Див. докладніше: *Рабінович П.* Приватне й публічне у природному праві та законодавстві // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 3. — С. 6–9.

³ Див.: *Соловійов О. В.* Поняття «цивільні права та обов'язки» у п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 2. — С. 73.

1997 р.) та у п. 38 рішення у справі «Вернер проти Австрії» (Werner v. Austria, 1997 р.): «щоб право мало цивільний характер, достатньо, аби спір мав майновий характер і стосувався прав також майнових».

Відтак, до категорії «цивільних прав та обов'язків» Суд почав відносити доволі широке коло таких майнових правовідносин, приватно-правова природа яких іноді може видатись досить сумнівною. Наприклад, у рішенні у справі «Погер проти Австрії» (Pauger v. Austria, 1997 р.) Суд констатував, що «право на надання пенсії має цивільний характер» (п. 45 рішення), а в рішенні у справі «Стамулакатос проти Греції» (Stamoulakatos v. Greece, 1997 р.) він ще раз підтвердив свою попередню позицію, відповідно до якої право на пенсію вважається, за певних обставин, цивільним правом (див. також рішення про прийнятність у справі «Березовський проти України» (Berezovskiy v. Ukraine, 2004 р.)). У справі «Масса проти Італії» (Massa v. Italy, 1993 р.) до складу «цивільних» у сенсі п. 1 ст. 6 Суд відніс, зокрема, право на пенсію внаслідок смерті одного з подружжя (п. 26 рішення). У справі «Дуклос проти Франції» (Duclos v. France, 1996 р.) Суд визнав цивільно-правовими спори, пов'язані з наданням допомог (пільг) у сфері соціального забезпечення внаслідок нещасних випадків на виробництві, оскільки ці спори «відносяться до виплати органами соціального забезпечення і страховою компанією допомог, на які претендував заявник внаслідок нещасного випадку, що стався з ним на виробництві. Відповідно вони мали своїм предметом вирішення спорів про цивільні права в сенсі п. 1 статті 6» (п. 53 рішення).

Але визнання цивільного статусу спору між людиною і державою зумовлюється наявністю у ньому не будь-яких, а лише певних майнових аспектів: йдеться про те, що результат вирішення цього спору безпосередньо спричинить суто майнові наслідки для людини, тобто прямо впливатиме на її майновий (матеріальний) стан. Наприклад, у одному зі своїх рішень Суд зазначив: «спір не набуває «цивільного» характеру лише тому, що він піднімає також питання економічного порядку» (п. 50, 51 рішення у справі «П'єр-Блох проти Франції» (Pierre-Bloch v. France, 1997 р.)). Та це й зрозуміло: адже «зачіпати», «піднімати» економічні питання, з одного боку, і прямо впливати на матеріальний стан людини, з другого — це не одне й те саме.

Проте, розширивши сферу застосування «цивільної» частини п. 1 ст. 6 Конвенції за рахунок приватно-публічних прав, Суд все одно так і не сформулював загальних критеріїв належності тих чи інших прав (або

обов'язків) до категорії саме цивільних¹. Наприклад, у справі «Шутен та Мелдрум проти Нідерландів» (Schouten and Meldrum v. Netherlands) Суд постановив, що самого по собі «майнового» характеру спору ще недостатньо для такої належності. Можуть існувати й такі «майнові» зобов'язання перед державою чи її органами, які в сенсі п. 1 ст. 6 повинні вважатися такими, що належать до сфери публічного права і тому не охоплюються поняттям «цивільні права та обов'язки». Окрім штрафів, які застосовуються в порядку «кримінальної санкції», це буде, зокрема, випадок, коли обов'язок майнового характеру впливає із податкового законодавства» (п. 50 рішення). Підтвердив цю позицію Суд і в рішенні у справі «Майлард проти Франції» (Maillard v. France, 1998 р.), де зазначив, що «майнових наслідків спірних справ недостатньо для надання їм “цивільного” характеру» (п. 41 рішення).

Зрештою, податкові спори (майновий характер яких, як видається, не викликає сумнівів) Суд не відносить до категорії «цивільних». Так, у рішенні у справі «Феррадіні проти Італії» (Ferrazzini v. Italy) зазначається, що «матеріальний інтерес є очевидним у спорах, які випливають із податкових правовідносин, проте наявності лише «матеріальної» природи спору самої по собі недостатньо для застосування п. 1 ст. 6 Конвенції в її “цивільній” частині» (п. 25 рішення). Суд не відносить до категорії «цивільних» також і майнові спори, пов'язані зі здійсненням особою своїх політичних прав (див.: рішення у справі «П'єр-Блох проти Франції» (Pierre-Bloch v. France, 1997 р.).

Тому в основному можна погодитись із твердженням судді Суду П. Лоренцена, викладеному в його окремії думці щодо рішення у справі «Феррадіні проти Італії» (Ferrazzini v. Italy), в якій підкреслюється, що «Конвенція не містить визначення того, що мається на увазі під «цивільними правами та обов'язками. Хоча протягом років органи Конвенції вже неодноразово постановляли рішення стосовно цього питання й неодноразово переглядали встановлений раніше принцип прецедентного права, таке визначення неможливо знайти у прецедентному праві. Органи Конвенції ухвалювали рішення щодо застосовності її статті 6 у цьому відношенні залежно від конкретних обставин справи, хоча було визначено деякі загальні елементи» (п. 2 цієї окремої думки). І далі він стверджує, що неможливо провести чітку, переконливу межу між «ци-

¹ Див.: *Бортновська З.* Справи з питань оподаткування: межі застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод // *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі.* – 2002. – № 2. – С. 208–209, 219.

вільними» та «нецивільними» правами й обов'язками на підставі існуючого прецедентного права Суду (п. 5 окремої думки).

Тим не менше, у змістовному аспекті схарактеризовані правотлумачні зміни відзначаються все ж таки *відносною* визначеністю. Адже оновлені Судом критерії віднесення прав людини до категорії «цивільних», будучи позбавленими *формальної* (абсолютної) чіткості, ясності, все ж не є цілком розпливчастими, аморфними, релятивними, безмежними. Принаймні вони дозволяють змістовно визначити, вирізнити той різновид («підвид») прав людини, за рахунок якого було здійснено розширення тлумачення ч. 1 ст. 6 Конвенції.

Видається принципово важливим звернути увагу ще й на такий момент. Як відомо, тлумачення Судом норм Конвенції має так званий автономний (тобто не залежний від національної юридичної, у тому числі правотлумачної, практики) характер. Ця автономність знайшла прояв й у тлумаченні ним «цивільної» частини п. 1 ст. 6 Конвенції. Цю обставину Суд прямо задекларував у деяких своїх рішеннях.

Так, у п. 47 рішення Суду у справі «Х. проти Франції» (H v. France, 1989 р.) вказується на те, що «поняття «цивільних прав та обов'язків» не повинно тлумачитися шляхом простого відсилання до внутрішнього права держави-відповідача... П. 1 статті 6 застосовується незалежно від статусу сторін, публічного чи приватного, а також від природи закону, який регулює даний спір: достатньо, аби результат судового процесу мав своїм наслідком «вплив на права та обов'язки приватного характеру» (див. також п. 41 рішення Суду у справі «Тре Тракторер Актіеболаг проти Швеції» (Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, 1989 р.)

5. Деякі висновки. Аналіз практики застосування Судом «цивільної» складової п. 1 ст. 6 Конвенції дає підстави констатувати наступне:

1. На початкових етапах своєї діяльності Суд ототожнював такі поняття, як «приватні права» та «цивільні права». При цьому до предмета регулювання норм позитивного цивільного права, окрім традиційно «цивільних» для вітчизняної правової системи відносин власності, деліктних, спадкових, договірних, Суд включав також відносини трудові, сімейні, земельні, страхові, підприємницькі й акціонерні.

2. Пізніше Суд істотно розширив сферу застосування поняття «цивільне право», включивши до предмета останнього ще й деякі не суто приватні, а так би мовити, приватно-публічні відносини майнового характеру (зокрема, відносини з пенсійного забезпечення і соціальних допомог). Відтак, на сьогоднішньому етапі у практиці Суду поняття «цивільні права» тлумачиться дещо ширше, аніж поняття «приватні права».

3. Однією з причин цього є, можливо, те, що до сфери дії п. 1 ст. 6 Конвенції Суд відносить ті публічно-правові права, реалізація яких вчиняє начеб *опосередкований* вплив на права приватного характеру (наприклад, публічно-правове право на пенсію опосередковано впливає на приватноправове право власності на суму коштів — пенсійних виплат). Відтак, цивільними правами та обов'язками Суд вважає як *безпосередньо* приватні права й обов'язки, так і (висловлюючись умовно) *опосередковано* приватні (приватно-публічні) права та обов'язки.

4. Здійснена Судом зміна його інтерпретації (переінтерпретація) вживаного у п. 1 ст. 6 Конвенції поняття «цивільні права та обов'язки» є черговим проявом традиційного для цього органу підходу до тлумачення норм даного міжнародного договору. Згідно з цим підходом, такі норми тлумачаться Судом «у світлі умов сьогодення» за посередництва методів динамічного (еволюційного, пристосувального) тлумачення. А саме ці умови — насамперед підвищення рівня стандартів прав людини, посилення їх захищеності, розширення сфери їх гарантованості, як видається, й спричинили внесення Судом змін у його тлумачення і застосування розглядуваної норми Конвенції.

5. Ці зміни відповідають загальній тенденції розвитку цього «живого» договору — розвитку, здійснюваного саме Судом: поступовому збагаченню змісту й розширенню обсягу прав людини, закріплених Конвенцією.

6. Оскільки Конвенція — після її ратифікації Верховною Радою України — набула (згідно зі ст. 9 Конституції України) статусу складової частини українського законодавства, неминуче постала проблема забезпечення змістовної відповідності їй тих фрагментів цього законодавства, з якими вона так чи інакше «пересікається». Це, ясна річ, цілком стосується норм об'єктивного юридичного (позитивного) цивільного права і, можливо, насамперед — визначення їхнього предмета.

Порівняння тексту ст. 1 Цивільного кодексу України (де міститься згадане визначення) з «цивільною» частиною ч. 1 ст. 6 (в її інтерпретації Судом) приводить до висновку про те, що — з огляду на суттєві розбіжності у тлумаченні «цивілістичності» різних видів суспільних відносин — такої відповідності між означеними приписами у повній мірі немає.

Проте ця констатація — лише перший крок на шляху конкретизації таких розбіжностей і пошуку шляхів їх зменшення. Наступні кроки у цьому напрямі мають бути зроблені в процесі подальших спеціальних досліджень.

О. Скрипнюк, академік Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

Д. Прокопов, кандидат філософських наук, доцент

«Реалістична модель» законотворчості: проблеми побудови альтернативних теорій

Значною мірою звертання до теми законотворчості в контексті формування такої дисципліни, як «легіспруденція» (Legisprudence), зумовлене тими дискусіями, що відбувалися під час проведення трьох міжнародних конференцій (Краків, Київ — Харків, Лунд) у 2004–2006 роках. При цьому особливий інтерес у згаданих конференціях становило саме те, що в ході їх проведення (найбільш відчутно це далось взнаки під час останньої зустрічі в Лундському університеті, коли зі змістовними доповідями з цього приводу виступили Л. Вітгенс, П. Вальгрен, Х. Хіден, К. Астром, А. П'ясецька, В. Сіріл) було представлено одразу ж декілька моделей опису не лише законотворчості як такої, але й значно більш широкої проблеми, якою є процес трансформації політики в право.

У цьому сенсі видається цілком виправданим твердити про поступове формування нового підходу до аналізу підвалин законотворчого процесу, який може бути охарактеризований як «реалістична модель законотворчості». Її специфічною ознакою є сам спосіб її побудови, який бере за основу не стільки абстрактне поняття законотворчості як певного процесу, що є виключною монополією представницьких вищих органів державної влади або народу і закінчується прийняттям законів, скільки ті безпосередні зв'язки, що формуються між цим складним і важливим для суспільства процесом й тими суспільними відносинами, в яких він відбувається. Таким чином, однією з властивостей реалістичної моделі законотворчості є те, що вона повинна обов'язково брати до уваги не тільки формально-процедурний аспект цієї діяльності, але й той загальний контекст, в якому суто й реалізується законотворчий процес. У цьому аспекті можна казати про певні вихідні умови, в яких відбувається законотворчість з точки зору аналізу впливу тих системних політико-правових показників, які так чи інакше її зумовлюють. Зокрема, є підстави для висновку про наявність специфіки законотворчого

процесу: а) у країнах зі стабільною демократичною системою; б) у країнах, що перебувають на завершальному етапі демократичного процесу, та в) у країнах, які вступивши в процес демократичного транзиту, за певних обставин опинилися в ситуації, яку С. Гантінгтон визначав поняттям «загрози авторитарного відкату».

До певної міри наголос на існуванні подібного зв'язку між процесом законотворчості та характером змін, що відбуваються в політичній системі, може видаватися дещо дивним, адже традиційно, якщо ми виходимо з доктринального визначення законотворчості в конституційно-правовій науці, вона тлумачиться як передбачений конституцією і законами порядок реалізації законодавчої функції та законодавчих повноважень. Йдеться про те, що зазначений процес можна розглядати принаймні у двох перспективах. З одного боку, як звичайний законодавчий процес (прийняття законів, внесення змін і доповнень до чинного законодавства), а з другого — як конституційний процес, коли ми стикаємося з фіксацією змін на рівні Основного Закону країни або її Конституції. Утім, не зважаючи на цей усталений в юридичній науці підхід до аналізу законотворчого процесу, видається доцільним спробувати проінтерпретувати його не стільки як наслідок сукупності певних парламентських процедур безвідносно до їх причин та цілей, скільки як процес забезпечення практичної трансформації політичних завдань в юридично-нормативну форму. Дійсно, саме законотворчий процес стає тією унікальною точкою, в якій можна відстежити перехід політики в право та в закони. Причому, якщо на загальнотеоретичному рівні ще можна сперечатися про те, яким чином трансформується політика в закони, то, обираючи предметом аналізу процес законотворчості (наразі йдеться про законотворчість як про складову більш широкого поняття правотворчості), ми вже маємо справу не просто з певною теоретичною моделлю, а з очевидним фактом політичного та правового життя.

Осмислення цього факту та побудова моделі законотворчого процесу, зважаючи на все, стає одним з найбільш актуальних завдань сучасності. Дійсно, сьогодні ми не можемо обмежуватись посиланнями на традиційно витлумачені поняття демократії і правової держави, які, мовляв, суцільно зумовлюють законотворчий процес, якщо при цьому від самого початку забезпечуються принципи та вимоги як демократичної, так і правової держави. По-перше, оскільки обидва згадані поняття ще не можна вважати остаточно визначеними в сучасній юридичній та політичній науці (і навряд чи це колись станеться). По-друге, оскільки

предметом нашого інтересу є не сама по собі загальна модель законотворчості в умовах втілення принципів народного суверенітету, поділу державної влади, верховенства права, законності, пріоритету прав і свобод людини і громадянина тощо, а саме процес взаємодії політики та права, коли певні політичні цінності та певні способи управління суспільними процесами набувають юридичної форми та стають законами. Водночас не можна не визначити й доволі чітку тенденцію відходу в сучасній юридичній науці від спрощених моделей правового позитивізму, коли сама постановка питання про трансформацію політики в право в межах законотворчого процесу була взагалі неможливою. Саме з цієї причини, враховуючи справедливі аргументи, висунені представниками правового реалізму, ми вже не можемо застосовувати прості «фабричні» та регулятивні схеми, коли процес законотворчості описується в термінах продукування парламентами законів (або ж ці рішення можуть прийматись як результат народного волевиявлення через гарантовані сучасним конституційним правом безпосередні форми народовладдя), спрямованих на безпосереднє регулювання тих чи інших суспільних відносин, забезпечення тих чи інших суспільних потреб та інтересів.

Наразі ми цілком свідомо вжили поняття «фабрична схема», оскільки традиційний позитивістський погляд на законотворчість описує цей процес на кшталт класичного виробничо-економічного циклу. Тобто передбачається, що є певний матеріал. У нашому випадку таким матеріалом виступають закони та Конституція. Є певні виробники. Це — законотворці (парламентарії, депутати). Є правила виробництва. Це — порядок підготовки, розгляду та прийняття законів. Є кінцевий виробничий результат. Це — той чи інший конкретний закон. І, нарешті, є споживач. Споживачем у такому разі виступає або суспільство в цілому або окремі соціальні групи, чії інтереси врегульовуються прийнятими чи скасованими законами. До речі, зазначена «фабрична схема» передбачає певний погляд на роль права і закону в суспільному житті. Відповідно до нього, закон та право практично повністю обмежуються своєю суто регулятивною функцією. Тобто закони тлумачаться як санкціоновані державною владою та підкріплені державним примусом імперативні приписи належної поведінки. Унаслідок чого формується загальна вертикальна модель законодавчого регулювання, коли ефективність законотворчого процесу оцінюється не через соціальний результат, а через точність виконання законів суспільством. Так формується специфічна зв'язка «фабрики» законотворчості та законодавчого регулювання, коли виробник

законів (ним є парламент як орган державної влади) має право творити закони, а суспільство має обов'язок їх виконувати.

Таким чином, суто позитивістській погляд на законотворчий процес дає нам лише дві лінійні схеми, які взяті разом і конституують класичну позитивістську модель законотворчості. Одна з них є горизонтальною: «закони — депутати — нові закони», а інша — вертикальною: «державо-законодавець — суспільство-виконавець».

Поза всяким сумнівом, така модель є надзвичайно зручною, як у методологічному, так і в теоретичному плані, адже вона містить чи не найголовнішу чесноту будь-якої наукової моделі. Нагадаємо, що на думку І. Лакатоса, такою чеснотою є простота. У чому ж тоді полягає причина нашої відмови від цієї простої та безумовно ефективної моделі? Якщо спробувати надати максимально коротку відповідь, то вона буде такою: подібна позитивістська модель є аж надто простою. Тобто насправді вона не враховує цілого ряду об'єктивних факторів, які в той чи інший спосіб уплетені в законотворчий процес, впливають на нього та визначають його результат. Більше того, дозволимо собі висловити впевненість у тому, що ця модель не просто не враховує певні фактори, але принципово не в змозі їх врахувати. Зазначена «неспроможність» позитивістської «фабричної моделі» пояснюється тим, що в ній не передбачена можливість врахування впливу будь-яких «невиробничих факторів». Справді, як пояснити зміну результату, якщо робітник (у нашому випадку це депутат) керується не робочим розпорядком, а внутрішніми інтересами? Що робити у разі, якщо робочий одного цеху починає виконувати обов'язки робітника іншого цеху? У нашому випадку — якщо депутат від лівих сил подає на розгляд до парламенту розроблений ним ліберальний законопроект, що передбачає суттєве зниження соціальних пільг та серйозно редукує роль держави в управлінні економічними процесами. Як діяти в тому разі, якщо наявний матеріал не дозволяє зробити з нього необхідний та бажаний продукт? У нашому випадку — якщо діюче законодавство перешкоджає прийняттю або процедурно унеможливує прийняття бажаних законів, навіть якщо ці нові закони сприймаються суспільством як необхідні.

Як відомо, у практиці законотворчого процесу всі ці проблеми більш або менш успішно розв'язуються. Якщо діючі закони гальмують процес суспільного та правового розвитку, то вони переглядаються. Якщо депутати не діють відповідно до взятих на себе зобов'язань, то вони переобираються. Якщо в процес законотворчості потрапляють особисті або

корпоративні інтереси, то це може спричинити настання політичної або юридичної відповідальності. І так далі. Однак усі ці уточнення не «покрашують», а «руйнують» позитивістську модель законотворчості. Це, у свою чергу, вимагає від нас спроб не «вдосконалення» позитивістської моделі законотворчого процесу, а її радикальної ревізії та перебудови.

У який спосіб може бути реалізована зазначена програма? На нашу думку, єдиним шляхом є відмова від усіх тих вихідних ідеалізацій, які застосовує правовий позитивізм. По-перше, законотворчість це не безпристрасна праця «техників-законодавців» на підставі норм діючого права. У цьому сенсі законодавці безпосередньо відчують на собі вплив існуючих у суспільстві інтересів. І кожен з них (їх групи, фракції, об'єднання) намагається внести в законотворчий процес саме той «по-заправовий» за своїм характером інтерес, який він представляє. По-друге, самі по собі закони не є метою законотворчого процесу. Звісно, це не означає, що ми прагнемо піддати сумніву принцип верховенства права або ж внести певну частку скепсису в ставленні до значущості законотворчого процесу. Насправді, йдеться про дещо принципово інше, а саме — про ті функції, які виконують закони в соціальному середовищі. Тобто для реалістичної моделі законотворчості закон — це не ціль, а специфічний засіб. Засіб для досягнення певних політичних, економічних, соціальних, екологічних цілей. Оскільки ж закон є засобом, ми обов'язково мусимо включити в нашу модель елемент зворотного зв'язку. Унаслідок чого лінійна модель юридичного позитивізму перетворюється на циклічну модель правового реалізму, в якій враховується не лише ступінь реалізації законів, але й те, чи вдається завдяки подібним актам законотворчості досягти передбачених суспільно значущих цілей.

На перший погляд, сама ідея переходу до реалістичної моделі законотворчості виглядає достатньо переконливо (хоча, звісно, як така ця ідея в жодному разі не є якоюсь новелою для сучасної правової теорії). Але, як нам видається, успішність цього проекту залежить зокрема й від того, наскільки ми будемо в змозі усвідомити ті труднощі, що виникають у цьому контексті. Річ у тім, що побудована в результаті реалістична модель законотворчості повинна надати в наше розпорядження загальну теорію того, яким чином політика трансформується в право.

Очевидно, що навіть сама постановка подібної проблеми містить певну двозначність. По-перше, говорячи про трансформацію, що саме ми маємо на увазі: вплив політики на право чи використання права політикою та її суб'єктами? По-друге, якщо йдеться про певний циклічний

процес зміни однієї форми на іншу (саме це етимологічне навантаження і має термін «трансформація»), то тоді виникає питання стосовно змісту. А саме: чи змінюється дещо у змісті політики, коли вона набуває правової форми або коли вона використовує право (насамперед законодавчі механізми) для вирішення тих чи інших тактичних або стратегічних цілей? І, нарешті, по-третє, говорячи про «закон», яким саме визначенням цього поняття ми послуговуємося? Тобто може йтися чи про класичний правовий позитивізм, коли майже повністю зникає межа між правом і законом, чи про традицію, яка пов'язана зі школою природного права, коли у складі правової норми ми виділяємо не лише її позитивну форму, але й певний зміст, який має відповідати уявленням про універсальну справедливість?

Наразі зазначимо, що подібна «багатозначність» чи «багатоаспектність» реалістичної моделі законотворчості є не її недоліком, а якраз навпаки — її очевидною теоретичною перевагою. Адже саме можливість розглянути її з різних боків дозволяє, на нашу думку, адекватно зрозуміти не тільки процес законотворчості, але й запропонувати більш-менш успішну та адекватну модель того, як цей процес може і повинен реалізовуватись у сучасних умовах. Саме з цієї причини, перш ніж переходити до безпосереднього аналізу законотворчості, необхідно зробити декілька зауважень, які стосуються загальної схеми функціонування реалістичної моделі законотворчості. У своєму первинному вигляді вона може бути представлена простою формулою «політика — законотворчість» або ж у дзеркальному відображенні — «законотворчість — політика».

Дійсно, той факт, що політика викриває свій зв'язок із законотворчим процесом, навряд чи може викликати будь-які сумніви або заперечення. На підтвердження цієї тези достатньо послатися бодай на той банальний факт, що закони (у чіткому розумінні цього поняття) творяться насамперед політиками (зараз ми свідомо оминаємо увагою дослідження форм безпосередньої демократії), що завдяки існуючим парламентським процедурам мають можливість творити, обговорювати та приймати закони. Так само не викликає сумніву і факт впливу діючого законодавства на політику, коли дії практично всіх без винятку суб'єктів політичного процесу регламентуються відповідними законами та правовими нормами. Починаючи, наприклад, від порядку утворення і діяльності політичних партій або інших об'єднань громадян, і закінчуючи повноваженнями парламентарів, парламентів, органів державної влади та місцевого самоврядування. Щоправда, слід зазначити, що наразі в дослідженнях по-

страдянських авторів, які роблять предметом своєї уваги взаємодію політики і права, здебільшого превалює тема впливу права на політику, а не навпаки. Значною мірою це зумовлено тим тоталітарним минулим, коли суцільний та необмежений вплив політики на право був настільки очевидним, що для багатьох дослідників і досі будь-які розмови про можливість впливу політики на право викликають неприємні асоціації.

Отже, для того щоб все ж таки уникнути будь-якого дисбалансового викладу матеріалу, слід від самого початку визначити певні вихідні позиції, з яких суто й стартує процес побудови реалістичної моделі законотворчості. По-перше, видається виправданим все ж таки зберегти відмінність між вжитком таких понять, як «закон» і «право». При цьому закон достатньо визначити як примусову норму, яка санкціонована державним авторитетом безвідносно до її змісту. Натомість поняттям права ми описуватимемо передусім той специфічний зміст, який знаходить своє відображення в законах. Причому цей зміст повинен мати певний рівень універсальності й необхідності, що дозволить характеризувати закони і як розумні, і як універсальні одночасно. Очевидно, що в умовах демократичних політичних систем, коли межа між правом та законом стає умовною, цей момент відіграє другорядну роль. Але у всіх тих випадках, коли ми вивчаємо процес законотворчості в транзитивних політичних системах або в недемократичних політичних системах, цей фактор набуває вирішальної ролі. Тому, говорячи про процес законотворчості, слід щоразу уточнювати, в умовах якої саме політичної системи він триває. Зрозуміло, що обстоюючи позиції правового позитивізму, ця теза виглядатиме абсурдною, але з точки зору правового реалізму вона, як нам видається, є цілком виправданою.

Річ у тім, що задіяна нами зараз модель опису взаємодії політики та закону передбачає такий правовий алгоритм: закон постає як політичний засіб впливу на суспільство (law as a political mean in a societal context) для захисту та забезпечення суспільних інтересів. Однак сама ця модель потребує певних важливих уточнень. Як видається, подібна модель може бути застосована лише у тому випадку, якщо ми від самого початку маємо чітке уявлення про політику як про спосіб забезпечення суспільних потреб через механізми державного управління. Тобто, по суті, йдеться про одне з визначень демократії або точніше — демократичної політичної системи. У результаті чого, в ході нашого дослідження ми так чи інакше опиняємося посеред цілого ряду пресупозицій. А саме: мова йде не про політику взагалі, а виключно про таку, що реалізується

в умовах демократичної політичної системи. Оскільки лише в умовах демократії можна казати про закон як про засіб політичного управління для захисту інтересів суспільства в цілому та конкретних громадян держави.

У цьому випадку вихідною точкою має стати поняття «суспільна потреба». Це дає змогу уточнити нашу вихідну формулу таким чином: «суспільна потреба — політика — закон». Тобто будь-який закон шляхом нормативного регулювання задовольняє певну суспільну потребу, розв'язує певний конфлікт (або створює умови, які дозволяють запобігати виникненню певних конфліктів завдяки правовому регулюванню тих чи інших відносин), який має не індивідуальну, а загальнозначущу форму. Сама по собі потреба може мати будь-який характер — економічний, політичний, екологічний, культурний, національний, соціальний і т. ін. Так само і породжуваний нею конфлікт може зачіпати будь-які сфери суспільного життя. Поза врахуванням цього фактору адекватне уявлення про процес законотворчості видається неможливим, оскільки тоді ми втрачаємо розуміння тих об'єктивних причин, які породжують законотворчий процес.

З погляду на інституційну структуру демократичної політичної системи точками агрегації суспільних потреб виступають представницькі органи державної влади. При цьому ми виходимо з припущення, що представники народу (передусім це депутати парламенту, місцевих представницьких органів державної влади та органів місцевого самоврядування), знаючи потреби суспільства, будуть приймати саме ті закони, які матимуть своєю метою задоволення зазначених потреб та реалізацію пов'язаних з ними інтересів. Тобто, реалізуючи волю народу, політики займаються законотворчістю і розробляють необхідні для суспільства закони. Це дає нам підстави внести таке уточнення до нашої схеми: «суспільна потреба — інститути представництва — закон». У принципі на цьому можна було б поставити крапку, оскільки наразі ми отримали модель, у якій весь процес законотворчості конституюється як серія нормативно-правових реакцій на певні визначені суспільні потреби та інтереси. Саме така модель трансформації політики в право може бути побудована, якщо ми виходитимемо із загальної теоретичної моделі функціонування політичної системи Д. Істона чи Г. Алмонда.

Однак насправді навіть досвід найбільш розвинених сучасних демократичних держав виявляє цілу низку проблем, які вимагають свого розв'язання в контексті використання цієї моделі. Найбільш важлива з них,

на нашу думку, виникає на лінії взаємодії суспільства (народу) та його представників. У цьому сенсі мова йде одразу ж про декілька моментів.

1. Успішність та ефективність законотворчого процесу безпосередньо залежить від того, наскільки адекватно народні представники реалізують функцію представлення (репрезентації) суспільних потреб та інтересів. У своєму класичному вигляді ця проблема відома ще з часів Дж. С. Мілля та його праці «Considerations on Representative Government». Зараз ми свідомо акцентуємо увагу на цьому моменті, оскільки, як з'ясується, ефективність законотворчості залежить від фактору, який вкрай проблематично перевести з суб'єктивного на об'єктивний рівень. Безумовно, можна спробувати прийняти такі «базові закони», які б змушували політиків завжди та в усьому представляти інтереси своїх виборців, народу, суспільства. Але, як засвідчує юридична практика, таких прямих юридичних норм не існує, а спроба їх розробки та прийняття нагадуватиме один з утопічних проектів минулих часів. Єдине, що можна запропонувати в даному випадку — це сукупність процедур, які дають можливість виборцям періодично висловлювати свою волю. Однак навіть цього виявляється недостатнім, оскільки в процесі функціонування «неадекватного» та «неефективного» представницького органу державної влади громадяни можуть частково втратити право і можливості безпосереднього вибору тих або інших представницьких органів державної влади. Як приклад, узятий із вітчизняних реалій, можна навести рішення про вибори глави держави не на загальнонародних виборах, а в парламенті. Саме така можливість активно обговорювалася в Україні протягом 2006 року і продовжує обговорюватись зараз. Таким чином, першою і разом з тим необхідною передумовою ефективної законотворчості є наявність стійких політичних традицій, сформованого громадянського суспільства, які б гарантували нерозривність зв'язку між політикою, що реалізується представницькими органами державної влади, та суспільством.

До речі, саме в цьому аспекті виявляється специфіка законотворчості в транзитивних політичних системах, оскільки в них гарантією ефективності законотворчості є лише «добра воля» політичної еліти. На відміну від цього, разом із підвищенням рівня демократичності політичної системи зростає й рівень взаємозв'язку між суспільством, його представниками та процесом законотворчості.

2. Самі народні представники в процесі своєї взаємодії з приводу конкретних суспільних потреб та інтересів повинні знаходити певний

консенсус. Дійсно, плюралізм суспільства та суспільних інтересів передбачає, що ситуація конфлікту інтересів є не своєрідним винятком із правил, а саме нормою. У зв'язку з чим саме суспільство буде пропонувати своїм представникам одразу ж декілька, причому почасти прямо протилежних, варіантів врегулювання того чи іншого конкретного конфлікту або ж задоволення того чи іншого інтересу. З цієї причини серед народних представників завжди знаходитимуться представники різних точок зору, різних інтересів, що з необхідністю підштовхуватиме їх до пошуку взаємоприйняттого консенсусу. Результатом цього консенсусу стає той чи інший закон. Якщо ми опишемо механізм пошуку цього консенсусу, то ми зможемо значною мірою описати й процес законотворчості. Тож як досягають цього консенсусу?

По-перше, у самому представницькому органі державної влади формується певний додатковий внутрішній орган, який приймає рішення щодо способу забезпечення різних суспільних потреб та групових інтересів. Незадовільність такої відповіді очевидна, оскільки на цьому шляху ми постійно шукатимемо ту інстанцію, яка прийматиме консенсуальне рішення і як не парадоксально, такої інстанції чи не буде взагалі, чи нею виявиться якась одна особа, що прийматиме всі рішення.

По-друге, консенсус може бути досягнуто завдяки існуванню ряду норм або ж інститутів, які повинні гарантувати такий спосіб захисту того чи іншого інтересу, коли будуть враховані в тому числі й протилежні суспільні інтереси. Традиційно такими інститутами вважають парламентські комітети, в яких відбувається обговорення тих чи інших законопроектів представниками різних політичних сил та різних політичних інтересів. Але навіть комітети не в змозі врахувати всі можливі підходи до вирішення того чи іншого питання і тим більше передбачити всі можливі наслідки прийнятих законотворчих рішень. З цієї причини, в контексті побудови реалістичної моделі законотворчості, видається необхідним забезпечити участь суспільства не лише на стадії вибору представників, але й на стадії їх безпосередньої діяльності. Як це стає можливим і за рахунок чого це досягається, є вже питанням кожної конкретної країни. Однак те, що наявність таких інститутів, які б постійно забезпечували досягнення суспільного консенсусу на рівні процесу законотворчості, є необхідною, не викликає сумніву.

3. Наступною, не менш важливою проблемою, є питання про потенційні можливості представницьких органів державної влади давати професійні відповіді на існуючі суспільні потреби. У даному аспекті

перед нами постає своєрідний привід правового позитивізму. Дійсно, сама по собі законотворча діяльність завжди поєднує в собі не лише потребу задоволення певних суспільних інтересів і потреб, але й орієнтацію на діючу систему законодавства, на ті закони й норми, які вже регулюють конкретні суспільні відносини, у зв'язку з чим виникає об'єктивна потреба комбінування діяльності законодавців з роботою професійних юристів. Проблема такого комбінування полягає в тому, що, на відміну від народних представників, у юристів-професіоналів немає представницького мандату довіри від громадян, чії інтереси вони захищають. Більше того, в даному випадку може виникнути суперечність між представниками суспільних інтересів (народу) і представниками закону (в цьому сенсі можна твердити, що юристи мають, так би мовити, «мандат довіри» з боку закону).

Вище нами було розглянуто лише окремі проблеми, що постають в процесі побудови реалістичної моделі законотворчого процесу. Причому ми свідомо акцентували увагу лише на одному з аспектів системної моделі законотворчості, який відбиває зв'язок між представницькими органами державної влади та суспільством. Очевидно, що подібні проблемні питання виникають і в інших сферах, коли мова йде про діяльність органів державної влади щодо застосування законів, про моніторинг ефективності законотворчої та законодавчої діяльності тощо. Більше того, можна цілком певно передбачити, що порівняно із класичною позитивістською моделлю, реалістична модель законотворчості, як більш складна й така, що враховує більшу кількість факторів, завжди ставитиме перед дослідниками й більшу кількість проблем. Утім, якщо все виглядає саме так, що ж тоді змушує нас шукати нові моделі опису законотворчого процесу? Та чи має бодай якусь цінність пропонування «реалістична модель»?

Наша відповідь є позитивною: так, подібна модель є необхідною. Що ж до зростаючої кількості питань, то це не більш як та ціна, яку ми маємо сплатити за її «реалістичність». При цьому поняттям «реалістичність» ми описуємо нашу відмову від усіх тих юридичних ідеалізацій, які вносять-ся в опис процесу законотворчості юридичним позитивізмом.

С. Погребняк, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Основні вимоги, що впливають з принципу верховенства права

Як відомо, принцип верховенства права (англ. — rule of law) є одним з провідних елементів загальних засад конституційного ладу будь-якої сучасної демократичної, правової держави. Він являє собою похідну всіх загальних засад права; як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дають змогу перетворити цей образ на реальність.

Одне з найважливіших завдань, що постає при дослідженні верховенства права — формулювання переліку вимог, які впливають зі змісту цього принципу. Незважаючи на відносно велику кількість праць, присвячених цьому принципу, даний аспект дотепер залишається на повною мірою зрозумілим.

Характеризуючи цей принцип, насамперед слід з'ясувати, *над чим право панує і здійснює своє верховенство*. Не можна погодитись із спробами звести цю проблему до питання про першість права щодо інших суспільних регуляторів¹. Більш точним є зміщення акценту у визначенні змісту верховенства права на проголошення його першості перед державою². Унаслідок цього суверена, який проголошує право, заміщує чи має тенденцію заміщувати суверенне право³. Однак ще більш влучно характеризувати право як явище, що має перевагу над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів; усі подібні рішення і дії «проходять повірку» правом. У такому випадку цей принцип буде звернений як до приватних осіб, так і до державних органів і посадових осіб (у тому

¹ Див., напр.: *Засць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К., 1999. — С. 133.

² Див.: *Цвік М. В.* Верховенство права в контексті прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні: До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини і основних свобод: Матер. міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. — Х., 2000. — Ч. 1. — С. 51.

³ *Манан П.* Общедоступный курс политической философии: Пер. с франц. — М., 2004. — С. 278.

числі до суб'єктів нормотворення), що дає можливість обґрунтувати безумовний обов'язок усіх суб'єктів поважати право, забезпечити ситуацію, за якою суспільство є вільним як від приватного, так і від державного свавілля. Інакше кажучи, це «верховенство права, а не особи»¹. Яскрава альтернатива верховенству права — статут Васи́лі́ска Семеновича Бородавкіна про «неперешкоджання градоначальників законами», описаний в «Історії одного міста» М. Салтикова-Щедрина. Перший і єдиний параграф цього статуту проголошував: якщо відчуваєш, що закон стає тобі на заваді, то, знявши його зі столу, поклади під себе; і тоді все це, ставши непомітним, значно тебе в дії полегшить².

«Підкорення нормам втрачає свій сенс, — зазначав Л. Фуллер, — якщо людина знає, що сам нормотворець не звертатиме ніякої уваги на власні нормативні акти. Треба пам'ятати також і про зворотний бік цього твердження, а саме: нормотворець не матиме жодного стимулу визнавати для себе обмеження принципу панування права, якщо знатиме, що його суб'єкти не схильні або не спроможні дотримуватися його норм; наприклад, невеликий сенс мала б спроба юридичного впорядкування стосунків між мешканцями притулку для душевнохворих. Саме в цьому сенсі функціонування правової системи залежить від спільних зусиль, від ефективних та відповідальних взаємодій законодавця та підданого»³.

У сучасній літературі існує багато різних конкуруючих визначень верховенства права. Утім, усі вони можуть бути зведені до двох основних груп, відомих як «формальна» і «матеріальна» (змістовна) концепції. Такий поділ є стандартом у теорії права. Основну відмінність між ними можна визначити так: формальні теорії зосереджуються на належних джерелах і формі законності, тоді як матеріальні теорії включають також вимоги до змісту закону (зазвичай він має узгоджуватися з правовими або моральними принципами)⁴.

Кожна з цих концепцій вкладається у три чіткі моделі, ґрунтовний виклад яких наведений у праці Б. Таманага «Верховенство права: історія, політика, теорія»⁵.

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія: Пер. з англ. — К., 2007. — С. 141.

² Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города // http://az.lib.ru/s/saltykow_m_e/text_0010.shtml.

³ Фуллер Лон Л. Мораль права: Пер. з англ. — К., 1999. — С. 204.

⁴ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 106–107.

⁵ Там само. — С. 106–131.

Так, до *формальних концепцій* належать визначення верховенства права як:

– *правління на основі закону*. У цьому найпростішому випадку закон розуміють як основний інструмент урядової дії (така ситуація характерна для кожної сучасної держави). Це визначення піддається справедливій критиці, оскільки правління за допомогою закону не забезпечує достатніх обмежень державної влади, що є необхідною умовою традиції верховенства права;

– *формальної законності*. Ця найбільш поширена серед англо-американських теоретиків права версія пов'язує верховенство права з існуванням закону, який здатний спрямовувати дії тих, хто йому підкоряється. Для цього закон має бути загальним, передбачуваним, зрозумілим і чітким;

– *поєднання демократії та законності*. Ця концепція доповнює вимоги формальної законності демократичною ідеєю, тобто думкою про обов'язковість легітимзації закону за допомогою демократичної процедури його прийняття (іншими словами, закон у цьому разі встановлюється за згодою громадян).

Усі *матеріальні концепції* містять елементи формального розуміння верховенства права, додаючи до них різні конкретні моменти змістовного характеру, а саме:

– *індивідуальні права*. Ця найпоширеніша матеріальна теорія визначає верховенство права як ідеал правління, яке гарантує додержання прав людини. Її прихильники наполягають на тому, що індивіди мають права — як дар від Бога чи пов'язані зі статусом людських істот і членів моральної спільноти — незалежно від жодних безпосередніх положень конституцій чи законів. Отже, права людини мають визнаватися в законах, а у разі їх порушення — забезпечуватися судовою системою;

– *гідність людини*. Цей варіант є особливо популярним у Німеччині, де гідність людини і захист цієї гідності як центральний елемент усіх інших прав людини проголошений керівним принципом діяльності держави (абз. 3 ст. 79 Конституції ФРН навіть забороняє за будь-яких обставин унесення змін до Основного Закону, які б стосувалися недоторканності людської гідності¹);

¹ Основной Закон Федеративной Республики Германии // Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – С. 92.

– право на соціальне забезпечення. У цьому випадку класичне ліберальне розуміння верховенства права, спрямоване на встановлення обмежень державної влади, забезпечення негативної свободи індивідів, доповнюється ідеями реальної рівності, подолання бідності, гарантування гідних умов життя, соціального захисту, що випливають з концепції держави загального добробуту.

На нашу думку, більш обґрунтованими є саме матеріальні концепції, оскільки формальні теорії часто-густо призводять до висновків, абсурдних з точки зору нашого праворозуміння (наприклад, у літературі слушно підкреслюється, що відповідно до формальних теорій закон може встановити рабство, жодним чином не порушуючи принцип верховенства права).

Спробуємо викласти наше розуміння принципу верховенства права, яке ґрунтується на ідеї виокремлення двох його аспектів: формального і матеріального (органічного)¹.

Формальний аспект верховенства права

З формальної точки зору верховенство права полягає в тому, що в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримуються всі суб'єкти, у тому числі держава. У цьому випадку право обмежує державу самим фактом існування правил і процедур. У свою чергу індивід знає, як себе поводити та якої поведінки він може очікувати від інших суб'єктів. У такому сенсі можна говорити про право як про універсальну соціальну граматику, головне призначення якої полягає у створенні умов можливості спільного життя людей, тобто умов функціонування людської спільноти². Воно є альтернативою заснованому на пристрастях індивідуальному свавіллю та насильству. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — порядок, передбачуваність, упевненість, законність, правова безпека.

Формальний аспект верховенства права *висуває такі вимоги:*

1) у суспільстві *має взагалі існувати система права* як сукупність норм (правил, установлених для нескінченної кількості випадків певного виду і невідомої кількості осіб певної категорії). Для реалізації цієї вимоги, яка поза всяким сумнівом «ґрунтується на трюїзмі» (Л. Фуллер), не є принциповим ані зміст подібних норм (тобто у цьому випадку пра-

¹ Детальніше про ці два аспекти див., наприклад: *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001. – С. 113–119.

² *Гьофе О.* Демократія в епоху глобалізації: Пер. з нім. – К., 2007. – С. 50.

вила не оцінюються на їх відповідність принципам справедливості, рівності, свободи і гуманізму), ані їх зовнішня форма (вони можуть бути закріплені в законах, правових прецедентах, правових звичаях тощо);

2) ці норми права мають бути *зрозумілими* (чіткими, ясними і не-суперечливими). Слід зауважити, що ідея верховенства права в принципі є сумісною з певним рівнем невизначеності і суперечливості правил, оскільки вона враховує таку фундаментальну особливість права, як його «відкрита структура» (Г. Харт)¹. Тому зміст норми права часто-густо піддається уточненню (деталізації і конкретизації) у процесі її застосування. Зрозуміло, що важливі значення тут мають правові позиції судових органів, за допомогою яких долається подібна правова невизначеність. Головне, щоб право не перетворилося в щось схоже на дельфійського оракула, який видавав невизначені звуки і вимовляв темні слова, значення яких кожному належало тлумачити як йому заманеться, за формулою «розумій, як бажаєш»².

Вимога зрозумілості стосується не лише окремих правових норм; вона обумовлює *стандарти щодо прозорості (транспарентності) всього правового порядку*. Це зачіпає низку фундаментальних правових проблем (наприклад, «нормативна інфляція»). Правопорядок повинен пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалин та ін.;

3) ці норми права повинні бути *доступними* (тобто оприлюдненими) і зазвичай *не мати зворотної дії*. Такі вимоги є природними, враховуючи той факт, що неможливо забезпечити додержання норм, які є невідомими. Сучасна правова система прагне зробити доступними не лише нормативно-правові, але й індивідуально-правові акти і акти офіційного тлумачення права. Тому вона запроваджує відповідні процедури доведення їх до відома зацікавлених осіб;

4) право має бути *розумно стабільним, а правотворчість послідовною*. У правовій системі повинен існувати оптимальний баланс між стабільністю і динамізмом. Суб'єктам права необхідно надавати достатньо часу для того, щоб вони могли пристосуватися до змін, викликаних прийняттям нового закону;

5) повинна існувати *усталена практика реалізації норм права*, яка підтримується гарантією їх *одноманітного застосування*. Іншими сло-

¹ Див.: Харт Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. – К., 1998. – С. 128–129.

² Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – М., 2004. – С. 19.

вами, існує «узгодженість між офіційними діями та проголошеною нормою» (Л. Фуллер). У правовій системі не має бути жодних правових «оазисів», тобто зон, у яких теоретично чинне право на практиці не є обов'язковим¹. Подібні зони підривають довіру до правових інститутів, а разом з нею ідею верховенства права. Суб'єкти права мають бути впевнені в можливості реалізації своїх прав і необхідності виконання правових обов'язків. Це переконання повинне бути забезпечене функціонуванням судової системи, чиї рішення щодо застосування закону є остаточними, обов'язковими і підлягають ефективному виконанню.

Ці правила в найбільш яскравому вигляді втілені в так званій *процесуальній версії природного права Л. Фуллера*, яка пропонує вісім вимог внутрішньої моралі права². На думку відомого американського філософа права, внутрішня мораль права не є чимось доданим або встановленим для влади права, а є суттєвою умовою самої цієї влади; кожний відступ від принципів внутрішньої моралі права є зневагою гідності людини як відповідальної особи³.

Виконання вимог, що випливають з формального аспекту верховенства права, *забезпечується низкою юридичних інструментів і інституцій*, серед яких особливе значення мають:

1) *правила нормотворчої техніки*, тобто система вимог, спрямованих на створення найбільш доцільних за формою і досконалих за структурою, змістом та викладом нормативно-правових актів. Додержання цих правил є обов'язковим предметом перевірки під час проведення правової експертизи проекту нормативно-правового акта⁴;

2) *«технічне обслуговування» системи права (законодавства)*, тобто підтримання в належному порядку її внутрішньої логіки і зв'язку між нормами (статтями) в умовах постійно триваючих законодавчих реформ⁵;

3) *обов'язок оприлюднення* нормативно-правових актів і загальна заборона їх зворотної дії;

4) *принцип правової визначеності*, порушення якого при створенні нормативно-правових актів дає можливість визнання їх нечинними;

¹ Див.: Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті: Пер. з нім. – К., 2006. – С. 35.

² Див.: Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 95.

³ Там само. – С. 148, 154.

⁴ Див., наприклад: Справочник по нормотворческой технике: Пер. с нем. – 2-е изд., перераб. – М., 2002. – С. 4; Законодательная техника: Научно-практическое пособие. – М., 2000. – С. 66.

⁵ Див.: Кабрияк Р. Кодификации: Пер. с франц. – М., 2007. – С. 200.

5) *принцип «економії закону»*, згідно з яким нормативно-правовий акт не повинен розроблятися і вводитися в дію за відсутності безумовних свідчень його необхідності, що ґрунтуються на об'єктивних критеріях¹;

6) *принцип добросовісності*, який є важливим при оцінці виконання вимог, що випливають з принципу верховенства права у формальному розумінні. Калігула, наприклад, як кажуть, поважав традицію, за якою всі закони Рима вивішувалися в публічному місці, але стежив за тим, щоб його власні закони були написані так дрібно й висіли так високо, щоб їх ніхто не міг прочитати². Інша (більш витончена) можливість — приховувати закони за витіюватими формулюваннями вчених книжок, збірників судових рішень, міркувань юристів, звичаїв тощо, та ще все це на чужій мові, так щоб знання чинного права стало доступним лише тим, хто вивчає його спеціально³;

7) *ефективна судова система*, яка відповідає, зокрема, за узгодженість між юридичними діями та проголошеними нормами. Зрозуміло, що в цьому випадку йдеться про належне функціонування всіх різновидів судочинства (цивільного, господарського, кримінального та ін). Проте з огляду на важливість реалізації ідеї підкорення держави праву акцент має бути зроблено на адміністративному судочинстві, завданням якого є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства.

Матеріальний аспект верховенства права

Матеріальний аспект верховенства права полягає в тому, що мають існувати доволі чіткі змістовні стандарти, які визначають суть позитивного права. Таким чином, верховенство права — це панування права певного змісту. У цьому випадку право стримує державу не фактом існування правил і процедур; воно обмежує державу за змістом її юридичних актів. Для демонстрації цієї ідеї слушною є метафора «верхо-

¹ Див.: Бурлай Є. Принцип «економії закону» як практична передумова реалізації принципу верховенства права // Українське право. – 2006. – Число 1. – С. 83.

² Див.: Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 93.

³ Див.: Гегель Г. В. Ф. Філософія права: Пер. с нем. – М., 1990. – С. 253.

венство права над законом»¹. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — гідність людини, поміркованість державної влади.

Матеріальний аспект верховенства права *висуває такі вимоги:*

1) норми права мають відповідати *стандартам основних прав і свобод людини і громадянина*. Акцент на правах людини при характеристиці принципу верховенства права є не випадковим. Насамперед слід нагадати, що права людини становлять невід’ємний компонент права, його *raison d’être*; їхнє існування поза правом і без права неможливе, так само, як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності². Можна погодитися з тим, що система норм не може претендувати на статус права, якщо вона не гарантує свободу і рівність за допомогою прав людини і громадянина³. За інших обставин говорити про верховенство права безглуздо — через відсутність самого права. Саме тому права людини традиційно розглядаються в юридичній літературі в контексті принципу верховенства права і правової держави. Отже, права людини і верховенство права можуть існувати і ефективно діяти тільки в одній зв’язці. Ця ідея прийнята й українською правовою системою (див. ч. 1 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України і п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»).

Невід’ємні, невідчужувані права людини є найбільш предметним критерієм правового характеру законів та інших нормативних актів, правової організації і діяльності держави. Це той бар’єр, який у державі, що претендує іменуватися демократичною і правовою, не можна подолати на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою владою⁴;

¹ *Петришин О.* Верховенство права як принцип дії права // Українське право. – 2006. – Число 1. – С. 49. Подібний наголос ставить також Н. Рулан, пояснюючи різницю між правовою державою і державою законності. «Правова держава, – підкреслює французький учений, – ставить право на місце закону: закони знаходяться під пильним спостереженням і оцінюються відповідно до критеріїв вищої правової норми...». Див.: *Рулан Н.* Историческое введение в право: Пер. с франц. – М., 2005. – С. 301.

² Див.: *Козюбра М.* Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 4. – С. 28.

³ Див.: *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. – М., 1981. – С. 151.

⁴ *Козюбра М.* Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. – С. 28.

2) норми права мають відповідати *загальним засадам права, іншим принципам природного права*. Як зазначає Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо¹.

Виконання зазначених вимог, зокрема, забезпечується:

1) уявленням про *обмеженість впливу держави на зміст права*. Принцип верховенства права в жодному разі не можна розуміти як самообмеження держави правом². Така ситуація є неприйнятною, оскільки в цих умовах держава повинна лише дотримуватися правил, які вона сама і виробляє, а тому, в принципі, може позбутися їх, додержуючись процедури, передбаченої для їх зміни чи скасування³. Навряд чи це можна вважати реальним, справжнім обмеженням держави правом, яке іманентно притаманне стану верховенства права. Нагадаємо, що саме ці аргументи висував проти верховенства права Т. Гоббс, коли доводив, що суверен не підкоряється законам⁴;

2) *наявністю чітко викладеного кодексу прав людини*. Ця вимога втілюється в життя насамперед *завдяки конституціям*. У сучасних ліберальних демократіях обов'язкова для виконання конституція заміщує собою божественний чи природний закон, давній закон чи звичаєве право античних Греції і Риму та Середньовіччя, забезпечуючи правовий контроль над владою⁵. Головне завдання конституції правової держави полягає в тому, щоб забезпечити свободу її громадян і зв'язаність державної влади правом. Основоположні права людини — це вихідна позиція, яку визнають сучасні конституції демократичних правових держав, так звані козирні тузи конституцій⁶. При цьому історичні тексти

¹ Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

² Такий підхід був досить поширеним у юридичній науці XIX ст. Наприклад, Р. фон Ієринг порівнював самообмеження державної влади законом із в'язанням рук самому собі. Див.: *Ієринг фон Р. Цель в праве // Ієринг фон Р. Избранные труды: В 2 т. / Пер. с нем. — СПб., 2006. — Т. 1. — С. 347. Про самообмеження державної влади правом див. також: Еллинек Г. Общее учение о государстве: Пер. с нем. — СПб., 2004. — С. 376–377.*

³ Див.: *Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты: Пер. с франц. — М., 2002. — С. 40.*

⁴ Див.: *Гоббс Т. Левиафан: Пер. з англ. — К., 2000. — С. 255–256.*

⁵ Див.: *Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 66.*

⁶ Див.: *Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер. с венг. — М., 2001. — С. 277.*

конституцій зазвичай посилаються на природні права і часто-густо мають урочисту форму декларацій; і те, і інше, без сумнівів, покликане попередити, як ми би сьогодні сказали, позитивістські непорозуміння і продемонструвати, що права людини «не знаходяться в розпорядженні» відповідного законодавця¹. Конституції ставлять права людини над законодавчою і виконавчою владами і є головною зовнішньою формою закріплення прав людини всередині національної правової системи. Крім того, конституція окреслює межі державної влади, оберігаючи таким чином сферу свободи, і ставить бар'єри, що попереджують зловживання владою². Тому зв'язаність держави правом знаходить свій найяскравіший вияв у її підкоренні конституційним положенням;

3) наявністю судової системи, за допомогою якої будуть усуватися відхилення від стандартів прав людини, загальних принципів права та інших стандартів природного права. Суд — це своєрідний лакмусовий папірець принципу верховенства права³, одна з рук влади, чия роль полягає в забезпеченні того, щоб її інші руки діяли в межах права, що й забезпечить панування права над державною владою⁴. Тільки завдяки суду права людини із гучних конституційних гасел можуть бути перетворені в дійсні правові норми⁵.

Наявність ефективної судової системи розглядалася нами як гарантія «формального» верховенства права. Поза всяким сумнівом, вона є важливою також для втілення його матеріального аспекту. Проте тут існують деякі нюанси. Так, для «формального» верховенства насамперед необхідні зусилля судової системи, спрямовані на усунення розбіжностей між нормами і індивідуальними діями суб'єктів права (у тому числі представників державної влади). Водночас матеріальне розуміння верховенства права обумовлює потребу радше в усуненні розбіжностей між позитивним правом і його змістовними стандартами. Особливу роль у вирішенні цього завдання відіграють конституційні суди, які здійснюють судовий контроль за законодавством.

¹ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. — СПб., 2001. — С. 314.

² Государственное право Германии: В 2 т. / Сокр. перевод немецкого семитомного издания. — М., 1994. — Т. 1. — С. 8.

³ Див.: Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика // Українське право. — 2006. — Число 1. — С. 22.

⁴ Див.: Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. — М., 1999. — С. 304.

⁵ Див.: Ллойд Д. Идея права: Пер. с англ. — М., 2000. — С. 190–191.

У зв'язку зі значними контрольними повноваженнями, якими наділена судова влада, в сучасній західній літературі слушно звертається увага на ризик перетворення верховенства права на правління суддів. Це ставить на порядок денний відому проблему «хто стереже сторожів?».

Одним із можливих механізмів подолання даної небезпеки є підвищення вимог до критеріїв добору на посади в суддівському корпусі. Слід погодитись із тим, що суддів треба обирати надзвичайно уважно, враховуючи не тільки їхні знання та інтелектуальні здібності, але і з не меншою увагою ставлячись до їхньої вірності праву (несхильності до маніпулювання його природною багатозначністю), до їхньої готовності до самообмеження, до їхнього соціального походження (судді мають представляти суспільство, а не його окрему групу), до їхніх чесності й послідовності (судді мають бути неупередженими і не піддаватися корупції), до їхнього доброго характеру і розважливої поведінки (для гарантування коректності) і до їхньої доведеної здібності приймати розумні рішення¹.

Інший суттєвий стримуючий чинник — вплив професійних норм та критики з боку колег. Переконавання, що суддів обмежує закон і що ними рухають закони, а не бажання влади, глибоко вросло в сучасну правову культуру західного суспільства, і це до певної міри дає можливість плекати надію на те, що судді будуть поводитися відповідно до цього переконання. Суддя, який не виправдовує такого очікування, ймовірно, почуватиметься некомфортно та наражатиметься на професійну критику, що ще дужче посилить його почуття дискомфорту². Тому дуже важливим для утвердження верховенства права в системі національного судочинства є розвиток суддівського самоврядування;

4) *міжнародними угодами з прав людини* (насамперед — Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року). Принцип верховенства права пов'язується із зусиллями щодо сприяння міжнародному захисту прав людини з 1945 року. З того часу він був переведений у сферу дії міжнародного права і поступово — через практичні дії в галузі захисту прав людини — набув автономне значення в контексті норм міжнародного права, що стосуються прав людини.

По-перше, міжнародні угоди, подібно до конституції, проголошують низку фундаментальних змістовних принципів, гарантувати які повинна

¹ Див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. – С. 144.

² Див.: Познер Р. Проблеми юриспруденції: Пер. з англ. – 2004. – С. 194.

національна правова система. За ними визнається юридична сила, що переважає силу закону.

По-друге, ці угоди засновують субсидіарні правові механізми реалізації їхніх вимог. Найбільш ефективним у цьому аспекті є Європейський суд з прав людини, створений як постійно функціонуючий орган для забезпечення виконання державами — членами Ради Європи їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї, у тому числі й зобов'язань щодо утвердження принципу верховенства права. Європейський суд з прав людини в своїй прецедентній практиці неодноразово зіштовхувався з поняттям верховенства права і широко застосовував його для тлумачення, розширення і посилення значення прав людини, зафіксованих у Конвенції, з метою охорони особистості від небезпеки свавілля і з метою підвищення ефективності захисту прав людини на основі принципів справедливості та правосуддя¹;

5) *належної процесуальної правової процедури*, яка підвищує ймовірність прийняття нормативно-правових і індивідуально-правових актів, що є правовими за своїм змістом;

6) *принципом пропорційності*, за допомогою якого можуть визнаватися нечинними нормативно-правові та індивідуально-правові акти, що не відповідають стандартам прав людини і порушують принципи свободи, рівності і справедливості;

7) *принципом добросовісності*, який у випадку з матеріальним аспектом верховенства права має на меті попередження штучного протиставлення права і закону, зловживання абстрактними змістовними стандартами права;

8) *сильною конституційною традицією та відповідною загальнокультурною ситуацією*². Як слушно підкреслює Б. Таманага, верховенство права існує завдяки поширеній і незаперечній переконаності у верховенстві права, у непорушності певних фундаментальних обмежень, накладених правом на державну владу, а не тільки через функціонування конкретних правових механізмів; межі покладає не закон, а ставлення до закону. Саме загальна прихильність суспільства до верховенства права і є тією таємничою властивістю, яка приводить верховенство

¹ Див.: Лукаидес Л. Г. Принцип верховенства права и права человека // http://www.legalworld.ru/inc/main_st.php?products_id=67.

² Див.: Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. — М., 2006. — С. 429.

права у дію¹. Інакше цей принцип, користуючись порівнянням А. Шайо, нагадує парасольку, залишену дома в день, коли дощить².

Важливість цієї гарантії легко прослідити на прикладах держав, які в минулому не мали уявлення про верховенство права, а сьогодні впроваджують у свою правову систему його елементи. Ці держави не мають культурного фундаменту, цінностей і переконань, які необхідні для їх здійснення, що суттєво ускладнює ситуацію з верховенством права. Деякі високі посадовці в таких державах, підтримуючи на словах верховенство права, насправді займаються лише цинічним лицемірством, а своїми діями часто-густо нагадують Калігулу. Надзвичайно важливим завданням для таких держав є формування незалежної судової системи, що демонструє реальну відданість верховенству права. Позитивний вплив тут може мати прискіпливий моніторинг авторитетних міжнародних організацій³.

Слід звернути увагу на те, що принцип верховенства права є *фундаментом*, на якому базуються більш специфічні і детальні правила і принципи. Так, важливими складовими верховенства права, його необхідними наслідками і умовами реалізації є принципи правової визначеності, пропорційності і добросовісності.

¹ Див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. – С. 69.

² Див.: Шайо А. Самоограничение власти. – С. 19.

³ Важливість подібного контролю розуміють також самі міжнародні організації. Так, Генеральний директор з питань політичної діяльності Ради Європи Ж.-Л. Лоран характеризує роль своєї організації у процесі забезпечення верховенства права в Україні як «собаки-вартового». Див.: Лоран Ж.-Л. Роль Ради Європи у процесі демократизації та забезпеченні верховенства права // <http://usps.parliament.org.ua/uploads/docs/Loran.pdf>.

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

Судова правотворчість у контексті застосування принципів права

Роль судді за умов режиму конституційної демократії полягає у діяльності не тільки відповідно до формальних, попередньо встановлених положень нормативно-правових актів, а й у застосуванні цих актів у контексті правової системи, включаючи її фундаментальні принципи та цінності. Саме цим фундаментальним принципам належить провідна роль: вони надають правове життя нормам права, оскільки символізують дух права, який «оточує» ці норми. Вони застосовуються судами не тільки при тлумаченні нормативних положень, але можуть служити підставою для судової правотворчості безпосередньо. Як влучно зазначив з цього приводу у своїй окремій думці суддя Верховного Суду Ізраїлю М. Чешин: «Усе це — принципи, цінності, доктрини — *е prima facie* («на перший погляд»). — С. III.) надправовими, але вони служать якорем для права — для кожного закону — і жоден закон не може бути переказаний без них. Закон без такого якоря схожий на будинок без фундаменту; так, як він не може встояти без нього, так само й закон, який спирається сам на себе, схожий на повітряний замок»¹. З'ясування питання про застосування принципів права підсилюється необхідністю забезпечення реалізації Конституції України, у частині третій статті 8 якої зазначається, що норми Конституції є нормами прямої дії.

Ще у Стародавньому Римі під правовою нормою розуміли не тільки акт волевиявлення законодавця, але й преторське узагальнення судової практики, а також коротке викладення суті справи. Така норма за своєю природою була схожа на принцип у сучасному розумінні його юридичної природи, особливо у випадках «розширеного» тлумачення положень законів, тобто при здійсненні преторської правотворчості. Наприклад, відповідно до римського Закону XII таблиць власник чотиринової тварини ніс відповідальність за шкоду, заподіяною цією твариною. Після Другої Карфагенської війни до Риму привезли африканських страусів і постало питання, чи існує можливість подання позову до власника тва-

¹ С. А. 7325/95, *Yediot Aharonot Ltd. v. Kraus*, 52 (3) P. D. 1, 72 (Isr.) (Cheshin, J., dissenting).

рини, якщо збитків завдав страус. Римський претор відповів на це запитання ствердно, тобто зробив висновок за аналогією, отже, створив нову норму (нове правоположення).

Заключний титул 50. 17. Дигестів Юстиніана «Про різні норми стародавнього права» об'єднував 211 норм, якими узагальнювалася судова практика або, ще точніше, формулювалися принципи, згідно з якими вирішувалися справи. Вже у першій нормі цього розділу Дигест дається визначення терміна «норма»: «Норма — це коротке викладення суті справи... Через норми передається стислий зміст... якщо він не точний, то втрачає свою корисність»¹.

Багато таких принципів увійшло до підручників права або «позитивувалося» в нормативних текстах як максіми (аксіоми), що приймаються на віру без доказів, тобто безвідносно до тих справ, при вирішенні яких вони були сформульовані: «аналогічні справи мають бути вирішені аналогічно», «договір не може укладатися під примусом», «мета договору повинна бути досяжною, у жодному разі не аморальною та незаконною», «норма не може вважатися правовою, якщо вона не сформульована достатньо чітко, щоб індивід міг регулювати свою поведінку відповідно до неї», принцип «обґрунтованих сподівань» (*reasonable expectations*) — наступні закони не можуть змінювати правовий статус особи, зафіксований у попередньому законі на чітко визначений період часу (будь-яке сподівання є обґрунтованим, якщо воно гарантується нормативно-правовим актом) та безліч інших.

Професор Д. Галліган вважає, що правопорядок у кожному суспільстві скеровується не буквою писаних законів, а певною кількістю ідей, які тільки втілюються у законі та правових нормах². З цим також пов'язано й застосування принципів природного права в умовах сучасного судочинства як системи вищих, постійно діючих принципів, що є втіленням розумності та справедливості, існування яких не може бути скасовано за волею держави. В юридичній літературі існує багато дефініцій принципів права. Під ними розуміють основні ідеї права як віддзеркалення сутності історичного типу права, що безпосередньо виражають його зміст. Вони також можуть належати до сфери правосвідомості, правової ідеології і науки. Точаться дискусії також про те, чи

¹ Берман Г. Западная традиция права: Эпоха формирования. – М., 1994. – С. 141.

² Galligan D. Discretionary Powers: A legal Study of official discretion. – Oxford: Clarendon Press, 1986. – P. 72.

можна вважати принципами права такі загальні положення, які не отримали прямого закріплення у нормативно-правовому акті, а лише впливають із змісту його норм¹.

Як вважає С. Погребняк, «під принципом права слід розуміти систему найбільш загальних та імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер та напрямки подальшого розвитку»².

П. О. Недбайло при характеристиці радянського права зазначав, що принципи права, з одного боку, відображують його об'єктивні властивості, обумовлені закономірностями розвитку цього суспільства, всією гамою історично властивих йому інтересів, потреб, протиріч і компромісів різноманітних класів, груп і прошарків населення. З другого боку, в принципах права втілюється його суб'єктивне сприйняття членами суспільства: їх моральні та правові погляди, почуття, вимоги, виражені в різних вченнях, теоріях, напрямках праворозуміння. Тому принципи права повинні розглядатися з урахуванням як єдності, так і особливостей обох із зазначених сторін, з позицій сформованого у юридичній і філософській науках загального уявлення про об'єктивне і суб'єктивне у праві³.

На думку сучасних російських правознавців П. А. Оля та О. Г. Шукшиної, принципи права — це основні вихідні засади, положення, ідеї, що виражають сутність права як специфічного соціального регулятора⁴, Т. М. Радько вважає, що принципи права визначають зміст впливу права на суспільні відносини і виступають критеріями його цінності для суб'єктів права⁵, М. С. Малєїн відзначає, що кожен принцип — це ідея, думка як продукт людської думки про загальне і найбільш суттєве уявлення про право, правовий світогляд, про цінність права⁶, а В. М. Карташов зазначає, що під принципами права слід розуміти вихідні нормативно-керівні на-

¹ Див.: *Колодій А. М.* Принципи права України. — К., 1998. — С. 16.

² *Погребняк С.* Втілення принципів права в юридичних актах // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 22–23.

³ Див.: *Недбайло П. Е.* Объективное и субъективное в праве (к итогам дискуссии) // Правоведение. — 1974. — № 1. — С. 14.

⁴ Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р. А. Ромашева. — СПб., 2005. — С. 189.

⁵ Див.: *Радько Т. Н.* Теория государства и права: Учебник. — М., 2005. — С. 387.

⁶ Див.: *Малєин Н. С.* Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государство и право. — 1996. — № 6. — С. 12.

чала (імперативні вимоги), які визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин¹.

У свою чергу, як вважає німецький учений Р. Алекси, принципи — це є ті самі норми, які передбачають, що треба щось зробити відповідно до правових та фактичних можливостей². У разі суперечності принципів колізієне право визначатиме ієрархію цих принципів, причому у різних обставинах може бути різна ієрархія. До того ж при тлумаченні значення цих принципів, конституційні суди мають навіть більшу «креативну» владу (тобто повноваження на здійснення судової правотворчості. — *С. Ш.*), ніж звичайні суди³. Зрозуміло, що за таких умов може страждати важливий принцип правової системи — правової визначеності, оскільки суди можуть прийняти такі рішення, зміст яких не очікувався жодною із сторін. Можна також погодитися, що принципу правової визначеності дотримуються за умов «буквального тлумачення», тобто при вирішенні нескладних справ судами загальної юрисдикції. Цим, власне, конституційне судочинство відрізняється від загального: загальні суди, як правило, застосовують норми, а не принципи, до фактів, у разі конституційного судочинства відбувається трансформація від норми до принципу, що звичайно призводить до звинувачень на адресу конституційних судів у здійсненні неконтрольованого «суддівського активізму» та судової правотворчості.

Важко перелічити всі основні принципи права. До них відносять принципи, що походять з природного права (верховенства права, пропорційності, справедливості, обґрунтованості, розумності, цілеспрямованості), належать до демократичних цінностей суспільства (прав людини та основних свобод, поділу влади, громадської безпеки, дозволено все, що не заборонено законом) та висувають вимоги до правової системи (правової визначеності, встановлення кримінальної відповідальності тільки законом, заборона зворотної дії законів, стабільності судової практики, обґрунтованих сподівань) тощо. Цей перелік не є вичерпним.

А. Барак нараховує три види фундаментальних принципів: етичні цінності (справедливість, мораль, права людини), соціальні цілі (які скеровують одночасно й діяльність держави і вимоги громадської безпеки, чіткість та

¹ Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. – 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. – М., 2002. – С. 75.

² Alexiy R. Theorie der Grundrechte 75 (1985).

³ Sajo A. Constitutional adjudication in light of discourse theory// Cardozo Law review. – 1996. – March. – P. 1221.

стабільність відносин між особами та права людини) та належні правила поведінки (обгрунтованість, чесність та добросовісність)¹.

Відповідно до прийнятої класифікації в курсі теорії держави і права принципи можуть бути: загальноправові; галузеві і міжгалузеві; принципи інститутів права; типологічні та ін. Отже, на підставі цієї класифікації можна дати різне визначення поняття «принцип права», тобто, скажімо, значення загальноправового принципу може відрізнятися від значення галузевого. Український учений А. Колодій поділяє принципи права на загальносоціальні та юридичні відповідно до поділу права на «загальносоціальне» (право, яке формується усіма соціальними інститутами громадянського суспільства, тобто право, яке утворюється самим суспільством безпосередньо) та «юридичне» (виникає на ґрунті соціального, яке є загальнообов'язковим, формально визначеним і закріпленим у нормативно-правових актах)².

Загальні принципи права можуть бути також класифіковані відповідно до джерела їх походження: *principes axiomatiques*, тобто принципи, які є невід'ємними від правової системи, являють собою форму природного права, та є настільки фундаментальними, що суди можуть посилатися на них навіть за умов відсутності їх закріплення у нормативно-правових актах, вони, як правило, є спільними для різних правових систем; *principes structurels*, тобто принципи, які пов'язані із специфікою особливої правової системи. Наприклад, для правової системи ЄС такими принципами є принцип верховенства права Співтовариства та його пряма дія; *principes communs*, тобто принципи, які належать до універсальної, супранациональної правової системи. Як приклад можна навести статтю 38 (1) (с) Статуту Міжнародного Суду ООН, у якій йдеться про «загальні принципи права, що визнані цивілізованими націями»³.

Залишається відкритим питання про джерело походження цих принципів. Утім, думки про те, що треба прийняти закон «Про принципи права України», є наївними, тому що принципи постійно змінюються, змінюються їх зміст та порядок застосування, виникають нові принципи. Вони здебільшого «відкриваються» судами у процесі вирішення конкретної справи й походять також не тільки з текстів конституції та за-

¹ Див.: Barak A. Foreword: A Judge on Judging: The Role of Supreme Court in a Democracy // Harvard Law Review. – 2002. – № 116. – P. 85–86.

² Колодій А. Принципи права України. – С. 40, 42.

³ Papadopoulou R. Principes generaux du Droit Communautaire. – Bruylant, 1996. – P. 8.

конів, а також з конституційної доктрини, традицій публічного або приватного права, формулюються судами у процесі захисту прав людини, тобто стають принципами правової системи через прецедентне право. На такий підхід у країнах Європи вплинула традиція загального англійського права, яке вважалося «резервуаром усіх загальних та всеосяжних принципів, встановлення яких у законі не вважалося за необхідне»¹.

При вирішенні категорії справ щодо прав людини суди, згідно із загальним порядком творення прецедентного права, формулюють принцип, відповідно до якого вирішена справа. У цьому аспекті, наприклад, прецедентне право Європейського суду з прав людини є правом принципів. Важливим є те, щоб судді при формулюванні або при застосуванні принципів не підміняли об'єктивну реальність суб'єктивним баченням, та щоб їх діяльність по застосуванню цих принципів не була свавільною. Хоча те саме може стосуватися й застосування норм права.

Отже, у сучасних умовах розвитку правових систем саме завдяки діяльності органів конституційного судочинства стає актуальним питання визначення принципів та їх юридичної сили, оскільки відповідні рішення приймаються у контексті всієї правової системи з метою гарантування її єдності та взаємоузгодженості всіх її елементів і належного здійснення конституційного правосуддя. З цією метою суддям потрібна додаткова аргументація щодо прийняття певних рішень, коли виключне посилання на окремі норми права може виявитися недостатнім. Але, як вірно зазначає професор А. Шайо, проблеми з конституційною аргументацією виникають, коли суд покладається на принципи, а не на норми, що відрізняється від «звичайної» судової діяльності, коли до фактів застосовуються саме норми, а не принципи².

У процесі конституційного судочинства виявляється навіть парадокс нормозастосування, що, до речі, є загальновідомим у країнах прецедентного права, коли судді застосовують норми права через відповідну «оболонку» як результат розкриття змісту та передачі їх смислу через допоміжні принципи або суддівські стандарти застосування цих норм.

Тобто зміст норм стає зрозумілим для всіх суб'єктів права саме через додаткові принципи та суддівські стандарти мотивації, а це й є не що інше, як судова правотворчість. Така суддівська діяльність викликає серйозну критику за підміну законодавця та втручання у політичну

¹ *Norway Plains Co. v. Boston & Maine R. R.*, 67 Mass. 263 (1854).

² *Sajo A.* Constitutional adjudication in light of discourse theory// *Cardozo Law review.* – 1996. – March. – P. 1219.

сферу. Але ця тенденція відображає сучасний стан розвитку судочинства, зокрема конституційного, що покликано забезпечити юридичними методами реалізацію доктрини конституціоналізму, яка полягає в обмеженні державної влади та унеможливленні її свавільного здійснення. Величезну роль у забезпеченні цього процесу покликані відіграти принципи, які мають як писаний, так і неписаний характер (додатково розкриваються судами як своєрідне «продовження» конституційного тексту).

Як зазначає з цього приводу Ф. Гаск, головна мета суддів полягає у тому, щоб знайти рішення, яке відповідає загальним очікуванням суспільства щодо застосування правових норм і вимог справедливості. Судді це роблять, встановлюючи правові норми та принципи, якими пояснюється характер раніше ухвалених рішень. Коли готової відповіді не існує — чи то у нормах або принципах, чи у спільному розумінні справедливості, — суддя ухвалює рішення на основі формулювання норми чи принципу, які матимуть найширшу можливу підтримку¹.

Загальноправові принципи матимуть величезне значення у правовій системі. Вони визначають критерії чинності правових норм, порядок їх застосування, спрямовують діяльність законодавця, служать засобом для тлумачення нормативно-правових актів та закладаються в основу прецедентного права, що створюється судами. Безумовно, ці принципи можуть перебувати у конфлікті між собою, але це не обов'язково призводить до скасування окремих принципів. При розгляді справи у контексті її конкретних обставин суд шляхом правотворчості може переформулювати їх обсяг або додати щось нове. Питання вирішення колізій між принципами може бути простим як, наприклад, співвідношення конституційних принципів та принципів, установлених у законі. В інших випадках, під час вирішення «складних справ» суддя може вдатися до балансування або «зважування» принципів у соціальному контексті. У судовій практиці західних демократій напрацьовано багато методик вирішення цього питання.

Зараз загальноприйнятною є думка, що «право ніколи не говорить само за себе», тому воно завжди потребує тлумачення, що здійснюється також й у процесі правозастосування. Як зазначає з цього приводу О. Фісс, «суддя у процесі прийняття рішення наближається до розуміння відповідного правового тексту та цінностей, що знаходяться у цьому

¹ Hayek F. Law, Legislation and Liberty. – Vol. I. – P. 117–118 / Цит. за: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Пер. з англ. А. Іщенко. – К., 2007. – С. 82.

тексті»¹, тобто до принципів, без яких неможливо прийняти рішення. Тому основні принципи можуть розглядатися як правові цінності, що становлять нормативну основу права у сучасній демократичній державі².

Як зазначається у західній юридичній літературі, принципи являють собою конкретизацію правових цінностей у правовій системі, є посередниками між правовими цінностями та позитивним правом (правовими нормами) та основою для створення правових норм³. З метою створення нових правових норм принципи можуть бути взяті за основу як законодавцем, так і судом у процесі правозастосування.

Судова влада у своїй діяльності зв'язана не тільки принципами, що закріплені у законах, та самими законами, але й «неписаними принципами», що прямо у законах можуть бути й не закріплені, оскільки відображають основоположні цінності правової системи. Цю особливість помічає й Ж.-Л. Бержель, який вважає, що загальні принципи права є положеннями (правилами) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватись у текстах, але обов'язково застосовуються у судовій практиці та мають достатньо загальний характер⁴. До речі, у правовій системі Франції загальні принципи права включаються до джерел права, навіть за деякими класифікаціями цьому джерелу права належить верховенство щодо інших джерел⁵.

Слід також зазначити, що принцип відрізняється від норми ступенем узагальнення, принципи служать основою для функціонування норми та зв'язують положення нормативно-правових актів з вимогами правової системи. На думку Р. Дворкіна, принципи не породжують безпосередньо правові наслідки. Принцип визначає мотив (причину), що надає аргументи стосовно певного напряму прийняття рішення, але не обов'язково призводить до певного результату⁶. Генеральний Адвокат Європейського суду Справедливості Ф. Якобс, виходячи з власного досвіду, заявляє, що «...роль загальних принципів права не може бути визначена абстракт-

¹ Див.: *Fiss O. Objectivity and Interpretation*// *Stanford Law Review*. – 1982. – № 43. – Р. 739.

² *Gribnau J. Legitimacy of the judiciary*// *Electronic Journal of Comparative Law*. – December 2002. – Vol. 6. 4. (<<http://www.ejcl.org/64/art64-3.html>>).

³ Там само.

⁴ Див.: *Бержель Ж.-Л. Общая теория права*. – М., 2000. – С. 168–172.

⁵ Див.: *Gutteridge H. Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. – Cambridge: Cambridge University Press, 1949. – Р. 94.

⁶ Див.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. – Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994. – Р. 24.

но, але тільки із посиланням на результати, що досягаються у конкретних справах: для того щоб отримати практичне значення, вивчення таких принципів повинно бути здійснено у контексті результатів»¹.

Отже, виходячи з цих ознак принципів права, можна дійти висновку, що їх найбільш повне розкриття неможливе поза активної творчої діяльності судової гілки влади, яка прив'язує норми права до сучасних вимог життя та конкретних життєвих ситуацій за допомогою принципів права як через розкриття їх додаткового змісту (конкретизацію), так і шляхом формулювання нових принципів права. Дослідник європейського права Т. Хартлі вважає у зв'язку з цим, що суди, які вимушені створювати правові норми для розв'язання проблем, що постають перед ними, посилаються на загальні принципи як на джерело права для маскування відвертої судової правотворчості... Це дає можливість судам застосувати право навіть за умов відсутності відповідних правових норм². Тобто суди у цих випадках слідує концепції, що нові правові норми, які вони застосовують, походять не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права.

Як правило, загальні принципи права містяться у текстах конституцій, або є «прихованими» (неписаними). У зв'язку з органічною єдністю останніх з конституційними нормами вони «відкриваються» органами конституційної юрисдикції у процесі здійснення судочинства. Загальні принципи права виконують роль своєрідного «цементу» правової системи, особливо це стосується такої «мінливої» та «чуткої» сфери, як міжнародне право, де основним масивом норм «є диспозитивні норми, які у своїй переважній більшості залишаються маловідомими суб'єктам міжнародного права... Держави, політичні діячі та більшою мірою широкі кола народних мас часто оцінюють поведінку суб'єктів міжнародного права насамперед за тим, наскільки вони дотримувалися основних принципів цього права»³. Особливо це стосується діяльності міжнародних юрисдикційних органів, які не тільки застосовують безпосередньо основні принципи, розширюючи їх значення, заповнюючи прогалини та впливаючи на міжнародну та національну правосвідомість, але й створюють додаткові та нові принципи, які займають підпорядковане місце щодо загальноновизнаних основних принципів міжнародного права.

¹ *Tridimas T. The General Principles of EC Law.* – Oxford: Oxford University Press, 1999.

² Див.: *Хартлі Т. К. Основы права Европейского Сообщества: Пер. с англ.* – М., 1998. – С. 143, 145.

³ Там само. – С. 199.

Також слід звернути увагу на те, що при дослідженні діяльності міжнародних та національних судів на термінологічному рівні зустрічається назва «неписані принципи». Як вважає німецький професор права Р. Арнольд, у Європі ці неписані принципи походять з національного конституційного права та Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод¹. Джерелом цих принципів служить судовий прецедент, а формою — судові рішення, хоча на цю специфіку принципів права зверталась увага вчених ще за радянських часів. Вони поділяли ці принципи на дві групи: принципи, що безпосередньо сформульовані у законі, і принципи, що виводяться у непрямій формі², або принципи, що отримали текстуальне закріплення, і принципи, що мають змістовне закріплення³.

Що ж стосується ідентифікації цих «позатекстових положень», то варто звернутися до праці американського вченого Т. Грея щодо визначення поняття «неписаної» Конституції: «Важливим елементом американського конституціоналізму було оформлення у письмовій формі — тобто у формі позитивного права — деяких принципів природного права. Але в той же час було загально визнано, що писані конституції не могли повністю кодифікувати вище, тобто конституційне право. Так, при створенні перших американських конституцій вважалося загально визнаним існування неписаних, проте обов'язкових до виконання, принципів вищого (конституційного) права»⁴. Тому ці «неписані» принципи природного права, які нормативно не закріплювались у тексті конституцій, являли собою правову підставу для судового конституційного контролю щодо законів та інших правових актів. Відповідна практика конституційного судочинства дозволяє переважній більшості науковців цілком обґрунтовано вважати, що під Конституцією треба розуміти не тільки позитивний текст, але й конституційні цінності, які мають самостійне юридичне значення у практиці застосування Конституції. Як вважає американський конституціоналіст Д. Елі, у сучасній конститу-

¹ Див.: *Arnold R. The Different Levels of Constitutional Law in Europe and Their Interdependence // Challenges of Multi-level Constitutionalism / ed. by Nergelius J., Policastro P., Urata K. – Cracow: Polpress Publishing, 2004. – P. 110.*

² Див.: *Лившиц Р. З., Никитинский В. И. Принципы советского трудового права // Советское государство и право. – 1974. – № 8. – С. 32–37.*

³ Див.: *Уржинский К. П. К вопросу о принципах правового регулирования общественных отношений // Правоведение. – 1968. – № 3. – С. 125.*

⁴ *Grey T. Do We Have an Unwritten Constitution? // Stanford Law Review. – 1975. – Vol. 27. – P. 706.*

ційній юриспруденції (судовій практиці) до джерел конституційних цінностей належать: природне право, відповідність принципу раціональності, республіканська традиція, суспільна злагода, ідея прогресу, континюїтет (стабільність) демократичного режиму¹.

На ті самі аспекти звертає увагу Конституційний Суд ФРН в одному зі своїх рішень: «Конституційне право складається не тільки з окремих норм писаної конституції, але також і з певних внутрішньо зв'язаних загальних принципів, що їх об'єднують, та провідних ідей, які конституцієдавець не конкретизував в особливій правовій нормі, адже вони залишили свій відбиток на доконституційній загальній картині, з якої він виходив»².

Так, у ФРН принцип правової держави містить такі важливі похідні принципи (елементи): поділ влади, визначення та гарантії основних прав, їх безпосередній судовий захист, «формальність законів», зв'язаність державної влади законом та правом, обмеження державної влади, принцип правової безпеки, принцип визначеності правових норм, принцип захисту довіри до державних дій, пропорційність державних дій, судовий контроль і судовий захист, принцип незалежності судової влади, законність діяльності виконавчої влади, принцип заборони зворотної дії законів (передусім, кримінальних), принцип презумпції невинуватості і визначення покарання тільки у законі, право на судове слухання та звернення до суду, захист від незаконного арешту, захист від покарання за неіснуючим кримінальним законом, принцип демократії, демократичне виборче право, право на опір, визнання існування природного права³.

У свою чергу, від цих похідних принципів походять інші, які «виводяться» та закріплюються судовою владою. Так, дослідник конституційного права ФРН К. Собота у своїй праці «Принцип права держава» вважає, що кількість таких похідних принципів або ознак, що виводяться з принципу правової держави, складає 142⁴. Це сталося у результаті конкретизації Конституційним Судом ФРН принципу правової держави залежно від конкретних фактичних обставин⁵, тобто при розгляді конкретних справ та тлумачення відповідних конституційних положень.

¹ ev. 706 (1975). *Ely J. Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* – Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980. – P. 1–80.

² BVerfGE 2, 380 [381].

³ Див., напр.: *Dochking K. Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* – Berlin, 1984. – S. 31.

⁴ Див.: *Sobota K. Das Prinzip Rechtsstaat.* – Tübingen, 1997. – S. 235.

⁵ BVerfGE 45, 228 ff. – Lebenslange Freiheitsstrafe.

Як вважає С. Погребняк, розкриття нормативного змісту принципів права відбувається у процесі практичної діяльності різних гілок влади. Причому розкриття їх змісту не є виключною прерогативою органів законодавчої влади, а важлива роль у цьому процесі належатиме судам, й у першу чергу — конституційним. Загальність та абстрактність принципів допомагають судам виконувати коригуючу функцію у процесі вирішення конкретних справ та адаптувати норми права до вимог життя. Крім того, ці принципи для заповнення прогалин і подолання суперечностей у законодавстві виконують також і правокомпенсуючу функцію¹.

Професор Д. Кеннеді стверджує, що у сучасному американському судовому процесі всі форми права розрізняються за двома категоріями, а саме: «норми», які є відносно вузькими та конкретними, а, отже, діють об'єктивно та безпосередньо, та «принципи» такі, як справедливість, розумність, належна правова процедура, що є відносно широкими та дозволяють вирішувати юридичні проблеми у конкретній ситуації². Р. Кросс при характеристиці англійського прецедентного права також звернув увагу на ці дві категорії: «...прецедентне право являє собою право, яке складається з норм та принципів, що створені та застосовуються суддями у процесі прийняття ними рішення»³. М. Марченко у свою чергу вважає, що принципи містяться в усіх правових актах, що видані судовими органами, та разом з нормами, що також містяться у цих актах, здійснюють активний регулюючий вплив на суспільні відносини⁴. Саме це і пов'язано з тим, що у країнах англо-саксонського права поняття «правова норма» та «правовий принцип» не розглядаються дослідниками як такі, що мають суттєві відмінності⁵.

Судова правотворчість базується на визнанні певної мотиваційної частини судового рішення по конкретній справі обов'язковою для судів при вирішенні аналогічних справ. У країнах англосаксонського права поняття «норма» та «принцип» збігаються, якщо це належить до прецедентного права, основою якого є *ratio decidendi* (з лат. — підстава для

¹ Див.: Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. – М., 2001. – С. 10.

² Див.: Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication// Harvard Law Review. – 1976. – Vol. 89. – P. 1685.

³ Кросс Р. Прецедент в английском праве. – М., 1985. – С. 25.

⁴ Див.: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. – М., 2007. – С. 89.

⁵ Див.: Lefroy A. Judge-made Law // The Law Quaterly Review. – 1904. – Vol. XX. – № 80. – P. 408.

вирішення) мотивувальної частини судового рішення. Для розуміння юридичної природи та значення *ratio decidendi* треба знати специфіку побудови структури судового рішення у цих країнах. Результатом судового рішення є *holding*, тобто відповідь суду на питання, для розв'язання якого виникло судове провадження. Для відповіді на це питання суд у мотивувальній частині формулює «норму права» або «принцип права» (*rule of law or legal principle*). Ця норма права не збігається із поняттям норми права в українській правовій системі, оскільки походить не тільки з закону або підзаконного акта, але й з прецедентного права, або може бути синтезом з попередніх результатів (*holdings*) аналогічних рішень, тобто походить із загального права. Ця норма права має бути чітко сформульована у рішенні суду або чітко виводитися за законами логіки.

У свою чергу норма права є результатом обґрунтування рішення (*reasoning*), найголовніша частина якого становить сутність рішення («внутрішнє правило»). Таке обґрунтування є певним порядком, завдяки якому суд застосовує норми права або правові принципи до фактів для вирішення справи. Це також становить певний силогізм використання норм права та інших аргументів для виправдання результату рішення (*holding*), включаючи аргументи соціальної корисності рішення. Отже, *ratio decidendi* складається із обґрунтування, чому саме така норма права (принцип) застосована у справі щодо фактів, внутрішнього правила цього обґрунтування й викладення норми права (принципу), що призводить до певного результату (*holding*).

Ця методологія прецедентного права щодо формулювання принципу шляхом судової правотворчості у процесі вирішення конкретної справи була запозичена Європейським судом з прав людини, Судом ЄС, національними судовими системами романо-германської правової сім'ї. Для відображення цих аспектів судової правотворчості на доктринальному рівні було розвинуто декілька теорій. Так, німецький професор Фікентшер сформулював теорію *Fallnorm* (дослівно з нім. — «норма справи»), за якою функція судді саме полягає у формулюванні норми, яка становить правове вирішення конкретної справи. У формальному сенсі рішення виводиться із застосування *Fallnorm* до фактів справи. Саме процес тлумачення права для формулювання конкретної норми права, що застосовується у справі, є «новим правотворенням» (*Rechtsneubildung*), у результаті якого створюються нові правоположення (*fortgebildetes Recht*)¹.

¹ Огляд цієї теорії див.: *Bell J. Comparing Precedent (Book Review) // Cornell Law Review. – 1996–1997. – № 82. – P. 1258.*

І саме це суддя зобов'язаний брати до уваги при формулюванні *Fallnorm* для вирішення нової справи.

Інший дослідник Р. Сакко вказує, що норми, закріплені у законах, судовій практиці та доктрині, становлять лише «формаційні елементи» (*formants*) для встановлення того правового положення, що має бути застосоване для вирішення справи¹. Прецедент, таким чином, служить важливим, але не головним, елементом процесу визначення норми, яка має бути застосована у справі.

Наведемо приклад застосування конституційного принципу (поділу влади), у процесі якого суд формулює певний стандарт (мотивацію), який розкриває його зміст й може стати обов'язковим в силу стабільності та повторюваності судової практики.

Під час розгляду справи щодо конституційності Закону України «Про Рахункову палату» у Конституційному Суді України було з'ясовано, що Закон наділив цей орган певними виконавчими повноваженнями. У юридичній науці під виконанням законів вважаються будь-які дії державних органів по застосуванню законів у конкретних випадках та по створенню певних механізмів для їх реалізації, включаючи здійснення дій владно-розпорядчого та примусового характеру. До цих повноважень, зокрема, Закон відносив повноваження щодо здійснення контролю за надходженням до Державного бюджету України коштів, отриманих від розпорядження державним майном, у тому числі його приватизації, продажу; від управління майном, що є суб'єктами права державної власності (частина третя статті 23 Закону); а також повноваження в разі виявлення підробок, підлогів, привласнень і зловживань — вилучати необхідні документи, залишаючи у справах акт вилучення і копії або опис вилучених документів (пункт 4, частини другої статті 12 Закону).

Особливо цікавою з точки зору принципу поділу влади виявилась ст. 31 Закону про обов'язкові приписи Рахункової палати. Згідно з цією статтею у разі виявлення на об'єктах, що перевіряються Рахунковою палатою, порушень в їх господарській, фінансовій, комерційній та іншій діяльності, що завдає державі прямої шкоди, а також у разі навмисного або систематичного недодержання порядку і термінів розгляду рішень і висновків Рахункової палати та створення перешкод для проведення контрольних заходів, Рахункова палата мала право давати керівникам об'єктів, що перевіряються, обов'язкові приписи. Невиконання цих при-

¹ *Bell J. Comparing Precedent (Book Review) // Cornell Law Review. – 1996–1997. – № 82. – Р. 1258.*

писів призводило, згідно з рішеннями Колегії Рахункової палати, до призупинення всіх видів фінансових, платіжних і розрахункових операцій у банках за розрахунковими рахунками, а також усіх або окремих операцій за кореспондентським рахунком Національного банку України тих підприємств, установ та організацій з одночасним інформуванням про це Верховної Ради України.

Визнаючи ці положення Закону неконституційними, КСУ визнав порушення принципу поділу влади, оскільки «...вчинення таких дій та прийняття конкретного рішення примусового характеру, яке має прямі юридичні наслідки, віднесено до повноважень виконавчої гілки влади (частина друга статті 6 Конституції України)»¹. Суд зауважив при цьому: «Реалізація зазначених положень Закону надала б можливість Верховній Раді України — органу законодавчої влади — вдаватися до виконання нею прийнятих законів через підпорядкований та підзвітний їй конституційний орган — Рахункову палату, тим більше, що її вищі посадові особи не можуть бути затримані, притягнуті до кримінальної відповідальності без згоди Верховної Ради України (частина перша статті 37 Закону), а звільнені з посади можуть бути лише за рішенням Верховної Ради України у випадках «порушень ними законодавства України або допущення зловживання по службі» (пункт 1 частини четвертої статті 37 Закону)»². Отже при застосуванні принципу поділу влади у контексті конкретних обставин цієї справи КСУ сформулював певний стандарт-пояснення, згідно з яким буде порушенням принципу поділу влади виконання законів через підпорядкований та підзвітний Верховній Раді України орган державної влади. З урахуванням принципу обов'язковості для КСУ своєї попередньої практики, установлений зміст цього принципу стає нормативним та обов'язковим для всіх суб'єктів права, й перш за все — для законодавця. Це й є прикладом судової правотворчості при застосуванні принципів права.

Як порівняння можемо навести рішення Верховного Суду США у аналогічній справі Боушер проти Сінара, яке було прийнято у 1986 році. Сенатор Сінар порушив судове провадження проти Генерального фінан-

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» за № 7-зп від 23 грудня 1997 року (справа про Рахункову палату) // Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / Відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К., 2001. – С. 74.

² Там само.

сового контролера Головної палати аудиту США (аналог української Рахункової палати) з вимогою відмінити закон США 1985 р. «Про збалансований бюджет та надзвичайне покриття бюджетного дефіциту». Згідно з цим законом, Генеральний контролер мав право розслідувати справи, які стосуються отримання та витрачання всіх бюджетних коштів, та звітувати за результатами перевірки Президенту і Конгресу. Для врівноваження бюджету та ліквідації бюджетного дефіциту йому також належали повноваження з перегляду обсягів видатків державного бюджету на підставі перспективного стану бюджетних надходжень. Незважаючи на те, що Генеральний контролер призначається на посаду Президентом за згодою Сенату, він є «агентом Конгресу», тобто держслужбовцем законодавчої гілки влади та може бути звільнений з посади тільки парламентом у разі «неефективності діяльності», «бездіяльності» та «службової невідповідності».

У результаті аналізу попередніх прецедентів Верховний Суд США дійшов висновку, що Конгрес не може залишити за собою право на звільнення з посади держслужбовця виконавчої гілки влади, чия функція полягає у виконанні законів, за винятком процедури імпідменту. У свою чергу, Конституція не дозволяє Конгресу виконувати закони, а з цього випливає, що Конгрес не може передавати посадовій особі, яка підконтрольна йому, ті повноваження, які Конгресу не належать. Якщо, як зазначив Верховний Суд, дозволити державному службовцю, який знаходиться під контролем Конгресу, виконувати закони, це означатиме, що він може бути звільнений з посади за будь-які дії по виконанню законів, які не задовольнятимуть Конгрес. Такий контроль Конгресу за виконанням законів є неприпустимим, і тому відповідні положення закону, які наділяють Генерального контролера виконавчими повноваженнями, були визнані неконституційними¹.

Слід також зазначити, що судова правотворчість суттєво відрізняється від законотворчості. Діяльність судді по формулюванню норм та принципів, які стають обов'язковими в силу доктрини *stare decisis*, наврадь чи може бути ототожнена з діяльністю законодавця, який створює норми класичної (гіпотеза — диспозиція — санкція) або нетипової структури (нетипові нормативні приписи, коли відсутній один зі структурних елементів правової норми).

¹ *Bowsher v. Synar*, 478 U. S. 714 (1986)// Stone G., Seidman L., Sunstein C., Tushnet M. Constitutional law – Boston: Little, Brown and Company, 1991. – 2nd ed. – P. 438–444.

У свою чергу, принципи права можуть бути: 1) створені або відкриті судами у процесі здійснення судочинства, тобто є результатом судової правотворчості; 2) шляхом судової правотворчості розкривається їх додатковий обсяг та зміст, якщо вони попередньо закріплені у текстах Конституції та законах (наприклад, конституційне право на свободу слова, зміст якого розкривається конституційним судом у процесі здійснення судочинства); 3) являють собою стандарти прийняття судових рішень та визначають параметри судової правотворчості. З урахуванням подальшого розвитку та наявності прогресу у здійсненні правової (судової) реформи в Україні ці висновки можна розповсюдити й на вітчизняну правову систему.

.....

В. Пилипчук, доктор юридичних наук,
директор Інституту оперативної діяль-
ності та державної безпеки

Модель забезпечення державної безпеки: теоретико-правові проблеми

Дослідження теоретико-правових проблем у сфері забезпечення національної і державної безпеки та удосконалення діяльності державних органів у цій галузі є вкрай важливим науковим завданням.

Як свідчить аналіз наукових здобутків, теоретичні дослідження з питань розбудови системи забезпечення державної безпеки було започатковано ще у другій половині ХХ століття. При цьому значна увага приділялась визначенню понятійно-категоріального апарату, зокрема, термінів «державна безпека» і «забезпечення державної безпеки»¹, а також проблемі визначення об'єктів та суб'єктів системи забезпечення державної безпеки.

¹ Уперше поняття «державна безпека» на теренах України згадується у прийнятому в серпні 1881 р. «Положенні про заходи щодо охорони державного порядку та громадського спокою». При цьому воно трактувалося як рівнопорядкове з терміном «суспільна безпека».

Нині поняття «державна безпека» чи «забезпечення державної безпеки» використовуються в Конституції України, законах «Про основи національної безпеки України», «Про Службу безпеки України», «Про контррозвідувальну діяльність» та в інших нормативно-правових актах.

За результатами проведених досліджень та огляду сектору безпеки України, який здійснювався у 2006–2007 рр. за дорученням Президента України, було запропоновано таке визначення цих понять:

Державна безпека – захищеність державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного та оборонного потенціалу, інформаційної сфери та державних секретів від зовнішніх і внутрішніх загроз, розвідувальних, терористичних та інших протиправних посягань спеціальних служб іноземних держав, а також організацій, окремих груп та осіб.

Забезпечення державної безпеки – спеціальний вид діяльності у сфері забезпечення національної безпеки, яка здійснюється системою державних органів та військових формувань за участю громадських організацій, громадян та інших осіб з використанням комплексу правових, організаційних, режимних, контррозвідувальних, розвідувальних, оперативно-розшукових, спеціальних та військових заходів, спрямованих на захист об'єктів державної безпеки (*державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного та оборонного потенціалу, інформаційної сфери та державних секретів*).

Проблеми визначення понятійного апарату розглядалися у раніше опублікованих наукових працях¹. Додатково звернімо увагу, що нині окремі вчені висловлюють думки стосовно можливого перегляду наявного понятійно-категоріального апарату.

Зокрема, це стосується заміни понять «державна безпека» і «забезпечення державної безпеки» на поняття «безпека держави» і «забезпечення безпеки держави». З цього приводу слід зауважити, що у контексті визначених Законом «Про основи національної безпеки України» основних об'єктів захисту у сфері національної безпеки (*людина, суспільство і держава*) постановка питання щодо можливого використання відповідних термінів («*безпека людини*», «*безпека суспільства*» і «*безпека держави*») є логічною, але тоді виникає питання щодо вже розробленої і юридично закріпленої у ряді нормативно-правових актів системи таких понять, як «*воєнна безпека*», «*економічна безпека*», «*екологічна безпека*» та ін. У разі запровадження вказаного підходу зазначені терміни теж потребуватимуть перегляду (*наприклад, «безпека воєнна», «безпека економічна», «безпека екологічна» тощо*). При цьому в основу визначення терміна «безпека держави» має бути покладено загальнотеоретичне визначення поняття «держава», його правові ознаки та основні складові, що, зауважимо, враховувалось при визначенні поняття «державна безпека». У цілому реалізація розглянутої ідеї вимагатиме проведення комплексу теоретико-правових та лінгвістичних досліджень, а також внесення відповідних змін до Конституції України та інших нормативно-правових актів.

Крім цього слід враховувати, що у державах Європейського Союзу, СНД і НАТО, як свідчать результати дослідження², поряд із поняттям

¹ Див.: *Гордієнко С. Г.* Сутність та зміст поняття «державна безпека» // Стратегічна панорама. – 2003; *Баланда А. Л.* Проблеми наукового аналізу категорії «державна безпека» // Концептуальні засади забезпечення державної безпеки України: Матер. наук.-практ. конф. – К., 2004. – С. 60–61; *Пилипчук В. Г.* Еволюція наукових поглядів стосовно поняття «державна безпека» // Стратегічна панорама. – 2006. – № 2. – С. 17–21; *Він же.* Проблеми визначення понятійно-категоріального апарату у сфері державної безпеки // Питання боротьби зі злочинністю. – Х., 2006. – № 12. – С. 71–86 та ін.

² Див.: *Пилипчук В. Г., Будаков М. О., Блажко О. Г.* Організація спеціальних служб країн ЄС і НАТО: Монографія. – К., 2005. – 210 с.; *Будаков М. О.* Організаційно-правові засади діяльності спеціальних служб держав НАТО: Монографія. – К., 2004. – 188 с.; *Пилипчук В. Г.* Становлення і розвиток СНБ–СБ України: теоретичні та організаційно-правові основи (1991–2004): Монографія. – К., 2006. – 496 с.; Recommendation 1402 (1999): Control of internal security services in Council of Europe member states. – Official Gazette of the Council of Europe – April 1999.

«державна безпека» використовуються терміни «національна безпека», «внутрішня безпека», «зовнішня безпека», «охорона конституції» та ін., що свідчить про відсутність єдиних підходів і стандартів у цій сфері. З цього приводу також зауважимо, що країни-члени ЄС і НАТО при розгляді питань сектору безпеки пріоритет надають національному законодавству, власним традиціям та історичному досвіду.

З огляду на викладене зупинимось на аналізі наявних наукових здобутків системного рівня у сфері забезпечення державної безпеки, у т. ч. закріплених законодавством України. Вказаній проблематиці присвятили свої праці С. С. Алексєєв, Ю. Б. Долгополов, С. Г. Гордієнко, В. С. Картавцев, Ю. Я. Коршунов, П. С. Коршиков, О. С. Подшибякін, В. П. Єрошин та ряд інших учених.

Зокрема, Ю. Я. Коршунов зазначав, що в організації та практичному здійсненні «охорони державної безпеки» (у *другій половині ХХ ст. частина науковців використовувала саме цей термін.* — Авт.) беруть участь різні державні органи, кожний з яких діє у межах власної компетенції та з використанням характерних для нього методів і наявних засобів. Водночас для органів держбезпеки охорона державної безпеки визначалась як головна функція. У цілому, він дійшов висновку, який заслуговує на підтримку, що державна безпека забезпечується системою державних органів, а також запропонував актуальний на той час перелік об'єктів захисту у вказаній сфері: суспільний і державний лад; морально-політичний, військово-економічний і науково-технічний потенціал¹.

Більш розширено трактував ці питання Ю. Б. Долгополов, який додержувався думки, що майже всі державні органи, а також громадські організації тісно чи іншою мірою беруть участь у забезпеченні державної безпеки. На його погляд, безпека держави мала забезпечуватися системою заходів, спрямованих як на розвиток її політичного, військового, економічного, науково-технічного потенціалу, так і на запобігання зовнішнім та внутрішнім посяганням на суспільний і державний лад, державну незалежність і територіальну цілісність².

Тобто до об'єктів державної безпеки було віднесено: суспільний і державний лад (*конституційний лад*), державну незалежність (*державний суверенітет*), територіальну цілісність, військовий (*оборонний*),

¹ Див.: Коршунов Ю. Я. К вопросу о понятии охраны государственной безопасности // Труды ВШ КГБ. — 1972. — № 6. — С. 53–61.

² Див.: Долгополов Ю. Б. К вопросу о понятии государственной безопасности СССР. — М., 1975. — № 9. — С. 13–24.

економічний і науково-технічний потенціал. Зазначений підхід, вважаємо, заслуговує на увагу і є актуальним у сучасних умовах (*з урахуванням указаних уточнень*). Водночас до суб'єктів забезпечення державної безпеки пропонувалося віднести всі державні органи та громадські організації, що є дискусійним, оскільки охоплює всю сферу національної безпеки.

У період незалежності України досить цікавий підхід щодо розв'язання проблеми визначення об'єктів державної безпеки, на наш погляд, запропонували В. С. Картавцев та С. Г. Гордієнко, які зазначали: «...під державною безпекою найчастіше розуміють стан захищеності державних інституцій, необхідних для виконання державою своїх функцій щодо управління загальнозначущими для суспільства справами. До таких інституцій, без яких не може існувати й ефективно функціонувати жодна держава, насамперед відносять: державний суверенітет, державний кордон, територіальну цілісність, конституційний лад, економічний, науково-технологічний і оборонний потенціал, відповідно організовану державну владу, яка проводить незалежну внутрішню і зовнішню політику, захищає своїх громадян за кордоном»¹.

З цього приводу зауважимо, що вказаний підхід заслуговує на увагу. Проте окремі його положення, на наш погляд, є дискусійними. Зокрема, поняття «державний кордон», вважаємо, охоплюється більш широким поняттям «територіальна цілісність», а термін «державна влада» — поняттям «конституційний лад».

Цікавими з погляду визначення суб'єктів забезпечення державної безпеки є наукові здобутки П. С. Коршикова, який запровадив нову категорію — «сили забезпечення державної безпеки». До них він запропонував віднести суспільство (як суб'єкт), державу в цілому, органи держбезпеки та інші державні органи, громадські організації. Автор запропонував розкрити загальну структуру діяльності у сфері забезпечення державної безпеки, у т. ч. суб'єкти, мету, засоби та об'єкт. Він зазначав: «Суб'єктом зазначеної діяльності є насамперед усе радянське суспільство. Це суб'єкт вищого рівня. Він включає як свої елементи, так і державу в цілому та органи безпеки. Водночас останні функціонують і як відносно самостійні суб'єкти, але суб'єкти нижчого рівня. Мета їх діяльності — надійне забезпечення державної безпеки — є загальною

¹ *Картавцев В. С., Гордієнко С. Г.* До питання про концептуальні засади діяльності Служби безпеки України // Науковий вісник Академії СБ України. – 1997. – № 5. – С. 5–10.

для всіх зазначених суб'єктів». При цьому П. С. Коршиков зауважує, що система діяльності із забезпечення державної безпеки і система заходів забезпечення державної безпеки — це не одне і те ж. Остання є лише частиною першої системи, а об'єкт діяльності — це ті реалії, на які має впливати суспільство... щоб реалізувати свою мету — забезпечити державну безпеку¹.

Звернемо увагу на спробу визначення однієї з ключових складових системи забезпечення державної безпеки — суб'єктів цієї діяльності, до яких пропонувалося віднести суспільство, державу в цілому та органи державної безпеки. Виходячи з сучасних теоретичних і правових поглядів вказаний підхід є дискусійним та свідчить про певне ототожнення поняття «державна безпека» з «національною безпекою».

В. П. Єрошин з цього приводу зазначав, що держава має запроваджувати єдину систему забезпечення державної безпеки, яка реалізовується багатьма державними структурами різного рівня, у т. ч. вищими органами державної влади й управління. Ця система поділяється на підсистеми, призначені для розв'язання різних за рівнем та змістом завдань, має комплексний та різноплановий характер згідно з компетенцією державних органів, що беруть участь у забезпеченні державної безпеки. Окремі елементи системи забезпечення державної безпеки одночасно є елементами декількох функціональних напрямів державної діяльності². За нашими оцінками, незважаючи на те, що вказаний підхід був оприлюднений ще у 1979 р., він залишається актуальним і за сучасних умов.

Разом з цим, як свідчать результати дослідження, науковцями та фахівцями сектору безпеки так і не було досягнуто єдності щодо теоретичного визначення об'єктів державної безпеки та суб'єктів її забезпечення.

Проте аналіз проведених теоретичних досліджень і положень чинного законодавства, а також результати огляду сектору безпеки України, за нашими оцінками, дають змогу:

– до об'єктів державної безпеки віднести: конституційний лад, державний суверенітет, територіальну цілісність, економічний, науково-технічний та оборонний потенціал, інформаційну сферу та державні секрети України;

¹ Див.: *Коршиков П. С.* Обеспечение государственной безопасности СССР как объект чекистской науки // Труды ВШ КГБ. – 1984. – № 32. – С. 3–18.

² Див.: *Ерошин В. П.* Некоторые вопросы теории обеспечения государственной безопасности в свете новой Конституции СССР. – М., 1979. – С. 18, 19–20.

– визнати, що забезпечення державної безпеки здійснюється системою державних органів (*у т. ч. правоохоронних органів і спеціальних служб*) та військових формувань за участю громадських організацій, громадян та інших осіб (*їх участь у цій діяльності також обумовлена законодавством України*) і спрямовано на захист об'єктів державної безпеки (*життєво важливих інституцій держави*).

Запропонована загальна формула, вважаємо, є оптимальною і може бути основою для подальшого наукового опрацювання.

Цікавими, на наш погляд, є пропозиції В. П. Єрошина щодо розробки системи заходів у сфері забезпечення державної безпеки. До цієї системи він зокрема відносив: політико-організаційні, зовнішньополітичні, військові, правові, ідеологічні заходи та контррозвідувальну діяльність. Розглянемо вказані елементи більш предметно, відкинувши відповідні ідеологічні нашарування того часу¹:

1) *політико-правові заходи забезпечення державної безпеки*, на думку В. П. Єрошина, включають:

- розробку стратегії діяльності у вказаній сфері;
- виконання Верховною Радою функцій вищої державної влади у сфері забезпечення державної безпеки;
- реалізація урядом, як вищим органом виконавчої влади, загальнодержавних заходів у вказаній сфері та керівництво діяльністю міністерств і відомств, визначення їх ролі й місця в системі забезпечення державної безпеки (*останнє нині має врегульовуватися виключно законом. — Авт.*);
- створення системи координації та взаємодії різних органів, що беруть участь у забезпеченні державної безпеки, залучення громадськості до виконання цих завдань та організація системи контролю у сфері державної безпеки;

2) до *зовнішньополітичних заходів забезпечення державної безпеки* було віднесено:

- активне використання всіх форм зовнішньополітичної діяльності в інтересах забезпечення державної безпеки;
- вплив (*у рамках міжнародно-правових можливостей*) на уряди іноземних країн та міжнародну спільноту в інтересах викриття несумісних з принципами міжнародного права фактів підривної діяльності, як грубого втручання у внутрішні справи країни, а також для запобігання і попередження подібних акцій, що плануються;

¹ *Ерошин В. П.* Некоторые вопросы теории обеспечения государственной безопасности в свете новой Конституции СССР. – М., 1979. – С. 18, 19–20.

– викриття зовнішньою розвідкою, як самостійною підсистемою забезпечення державної безпеки, задумів і планів іноземних держав та організацій щодо здійснення підривних діянь;

3) *військовими заходами забезпечення державної безпеки* передбачено застосування методів збройної боротьби у разі:

– використання противником напіввійськових форм підривної діяльності, пов'язаної зі збройним насиллям, проведенням бандитсько-повстанської чи диверсійно-терористичної діяльності;

– припинення підривних акцій диверсійно-розвідувальних груп та інших спеціальних розвідувальних формувань під час збройного конфлікту.

До військових заходів забезпечення державної безпеки також включалася охорона державного кордону;

4) до *правових заходів забезпечення державної безпеки* було віднесено:

– державно-правові заходи, які охоплюють найбільш загальні та суттєві конституційні принципи у сфері забезпечення державної безпеки;

– адміністративно-правові заходи, що полягають у використанні правового режиму забезпечення державної безпеки, який включає відповідні функціональні і галузеві адміністративні режими. Режим забезпечення державної безпеки складається із двох категорій норм: із норм, спрямованих виключно на забезпечення державної безпеки, і норм, що мають багатоцільове призначення;

– кримінально-правові та кримінально-процесуальні заходи, які застосовуються для боротьби зі злочинами у сфері державної безпеки;

5) *суть ідеологічних заходів* полягала у здійсненні державою суспільно-політичних, культурно-просвітницьких та інших заходів, спрямованих на створення сприятливих зовнішніх та внутрішніх умов забезпечення державної безпеки;

6) *контррозвідувальна діяльність*. Їй відводилося центральне місце у системі забезпечення державної безпеки. До основних аспектів цієї діяльності пропонувалося віднести: контррозвідувальний пошук, розробку, контррозвідувальний захист та проведення оперативно-військових операцій.

Коментуючи зазначене, звернімо увагу, що В. П. Єрошиним запропоновано досить цікавий підхід стосовно визначення системи організаційних, правових, військових, оперативних та інших заходів у сфері

забезпечення державної безпеки, який, за нашими оцінками, є найбільш повним з усіх теоретичних здобутків у сфері державної безпеки і залишається актуальним в сучасних умовах.

Аналогічний підхід був використаний і українськими вченими та фахівцями сектору безпеки, якими передбачалося здійснення організаційних, правових, військових та спеціальних (*на заміну оперативних*) заходів у сфері забезпечення державної безпеки¹.

За нашими оцінками, аналіз теоретичних напрацювань і положень чинного законодавства України, яким, зокрема, визначено такі види оперативної діяльності, як розвідувальна, контррозвідувальна та оперативно-розшукова², дає змогу дійти висновку, що забезпечення державної безпеки має здійснюватися з використанням **системи правових, організаційних, режимних, контррозвідувальних, розвідувальних, оперативно-розшукових, спеціальних та військових заходів**.

При цьому правові заходи в сучасних умовах є системоутворюючими. До них, зокрема, слід віднести формування і подальший розвиток законодавчого регулювання діяльності суб'єктів забезпечення державної безпеки, адміністративно-правові, кримінальні та кримінально-процесуальні заходи, а також правове забезпечення цивільного демократичного контролю над сектором безпеки. Порядок здійснення режимних, контррозвідувальних, розвідувальних, оперативно-розшукових, спеціальних та військових заходів також визначається відповідними нормативно-правовими актами.

Враховуючи зазначене, звернемося до праць С. С. Алексєєва та О. С. Подшибякіна щодо організуючої ролі права у цій сфері. На наш погляд, слід підтримати висновок С. С. Алексєєва, який зазначає: «право — могутній організатор, інструмент трансформацій і такий, що вводить зміни «в закон», робить їх обов'язковими для всіх, чітко визначеними, забезпеченими державою, діючими постійно і розрахованими на майбутнє»³.

За оцінками О. С. Подшибякіна, організаційна функція права у сфері забезпечення державної безпеки виявляється у тому, що правові норми визначають:

¹ Малий енциклопедичний словник співробітника СБ України. – К., 1996. – 208 с.

² Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України // ВВР України. – 1992. – № 22. – Ст. 303; Про розвідувальні органи України: Закон України // ВВР України. – 2001. – № 19. – Ст. 94; Про контррозвідувальну діяльність: Закон України // ВВР України. – 2002. – № 12. – Ст. 89.

³ Алексєєв П. В., Панин А. В. Теория познания и диалектика. – М., 1991. – 984 с.

– на загальнодержавному рівні управління — структуру і порядок окремих видів діяльності у сфері забезпечення державної безпеки;

– які саме порушення належать до державних злочинів, адміністративних чи інших правопорушень;

– компетенцію (права і обов'язки) державних та інших органів, посадових осіб і громадян у сфері забезпечення державної безпеки¹.

На вказані оцінки доцільно зважати при дальшому розвитку системи забезпечення державної безпеки та правовому врегулюванні діяльності державних органів у вказаній сфері.

З погляду формування системи забезпечення державної безпеки цікавими, на наш погляд, є запропоновані російським вченим С. Гончаровим сучасні принципи її побудови, зокрема:

– глибока децентралізація всієї системи, у якій як самостійні ланки виокремлюються: зовнішня розвідка, контррозвідка, відомчі спеціальні служби, наприклад, військова розвідка, охорона вищих посадових осіб держави, суспільна (громадська) безпека, прикордонна, митна, податкова служби;

– високий рівень централізації керівництва всіма ланками системи з метою вироблення і реалізації єдиної політики у сфері забезпечення державної безпеки;

– створення координуючих підсистем на рівні міжміністерських підкомітетів чи комісій за напрямками діяльності у сфері забезпечення безпеки;

– належне правове врегулювання загальних відносин, а також місця й ролі кожної ланки в системі забезпечення державної безпеки;

– пошук оптимальної організаційної структури кожної ланки вказаної системи;

– координація та взаємодія між різними елементами системи забезпечення безпеки шляхом вироблення погодженої політики, стратегічних цілей, пріоритетних напрямів діяльності, а також на основі формування єдиної інформаційної бази у сфері державної безпеки за умови відпрацювання правил обміну інформацією та збереження відомчих інформаційних систем;

– збереження послідовності у тактиці діяльності, професійного рівня співробітників та національних історичних традицій діяльності спецслужб;

¹ Див.: Подшибякин О. С. Организующая функция советского права в обеспечении государственной безопасности // Труды ВШ КГБ. – М., 1990. – № 47. – С. 5.

– всебічне відпрацювання системи режимів, які мають забезпечувати національну безпеку в цілому та боротьбу з усіма видами злочинності (зокрема, режиму охорони державної таємниці та конфіденційної інформації, режиму охорони державного кордону, правила переміщення іноземних громадян та осіб без громадянства, митного, податкового, паспортного режимів, які забезпечують усі сфери національної безпеки та виконують функцію сигнальної системи про організовану та іншу злочинність).

Слушними є висновки про те, що з початком розбудови системи спецслужб Російської Федерації внаслідок реорганізацій, що відбулися, спостерігається загострення суперництва різних суб'єктів забезпечення державної безпеки, боротьба за фінансові і матеріально-технічні ресурси, втрата кадрового потенціалу. Ці застереження, вважаємо, є актуальними й для України та потребують врахування у подальшій розбудові сектору безпеки.

З огляду на викладене заслуговують на увагу й рекомендації науковців та експертів сектору безпеки європейських країн, зокрема Женевського центру демократичного контролю над збройними силами¹, згідно з якими в основу подальшого розвитку суб'єктів сектору безпеки (у контексті статті — суб'єктів забезпечення державної безпеки) мають бути покладені не чергові зміни їх організаційної побудови, а саме змістовні трансформації, зокрема:

- розвиток законодавчого регулювання організації та діяльності суб'єктів сектору безпеки;
- створення ефективної системи управління сектором безпеки;
- підвищення професіоналізму та ефективності діяльності спецслужб і правоохоронних органів;
- формування належного правового захисту і додержання державою соціальних гарантій для персоналу спецслужб і правоохоронних органів, а також для осіб, які співпрацюють з ними на конфіденційній основі;
- розвиток системи демократичного контролю.

У цілому, як свідчить проведений аналіз, за часів незалежності України комплексні наукові дослідження теоретико-правових проблем, пов'язаних зі створенням та функціонуванням системи забезпечення державної безпеки України, майже не здійснювалися. Як наслідок, нині

¹ Деятельность спецслужб и демократический контроль – профессиональный взгляд // Бюллетень № 3. – Женева/Київ: Geneva centre the democratic control of armed forces (DCAF). – 2005. – С. 25, 61–62.

значно більших здобутків досягнуто у сфері правового регулювання системи забезпечення державної безпеки.

Зокрема, Конституцією України (ст. 17) визначено, що забезпечення державної безпеки і захист державного кордону покладається на відповідні правоохоронні органи та військові формування, організація і порядок діяльності яких визначаються законом. В офіційному коментарі до вказаної статті Основного Закону зазначається, що справу державної безпеки Закон «Про Службу безпеки України» покладає на СБ України. У межах своєї компетенції у забезпеченні державної безпеки беруть участь внутрішні війська МВС України, міліція та деякі інші державні структури¹. Тобто на рівні Конституції України передбачено існування системи державних органів та військових формувань, які забезпечують або беруть участь у забезпеченні державної безпеки.

Більш предметно питання забезпечення державної безпеки врегульовано Законом «Про основи національної безпеки України», яким уперше в історії України визначено загрози національним інтересам та основні напрями державної політики у сфері забезпечення державної безпеки².

Протягом 1992–2006 років з прийняттям Конституції України, законів «Про Раду національної безпеки і оборони України», «Про Службу безпеки України», «Про Службу зовнішньої розвідки України», «Про Державну прикордонну службу України», «Про Службу спеціального зв'язку і захисту інформації України», «Про розвідувальні органи України», «Про оборону», «Про міліцію» та інших нормативно-правових актів визначено правові основи діяльності **основних суб'єктів забезпечення державної безпеки**, до яких, за нашими оцінками, слід віднести:

- Службу безпеки України (*головний суб'єкт*);
- розвідувальні органи України (*Служба зовнішньої розвідки України, ГУР МО України, РУ ДПС України*);
- Управління державної охорони органів державної влади і посадових осіб України;
- Державну прикордонну службу України;
- Державну митну службу України;
- Державну податкову адміністрацію України;

¹ Авер'янов В. Б., Бойко В. Ф., Борденюк В. І., Ворсінов Г. Т. та ін. Коментар до Конституції України: Науково-практичне видання. – К., 1996. – С. 58, 64–65.

² Про основи національної безпеки України: Закон України // ВВР України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.

- Державний комітет фінансового моніторингу України;
- Державну службу спеціального зв'язку і захисту інформації України;
- Збройні Сили України.

У забезпеченні державної безпеки відповідно до визначеної законодавством компетенції також беруть участь Міністерство внутрішніх справ України (*яке є головним органом у забезпеченні суспільної безпеки*), Внутрішні війська, а також ряд інших військових формувань, державних органів, установ та організацій.

Загальне керівництво у сфері національної та державної безпеки здійснює Президент України. До системи управління і контролю діяльності суб'єктів цієї системи (у межах визначеної компетенції) також належать: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України та судова гілка влади.

У цілому, аналіз наявних теоретичних здобутків та положень законодавства України дає змогу викласти систему забезпечення державної безпеки у вигляді моделі, зазначеної на схемі (див. рис.).

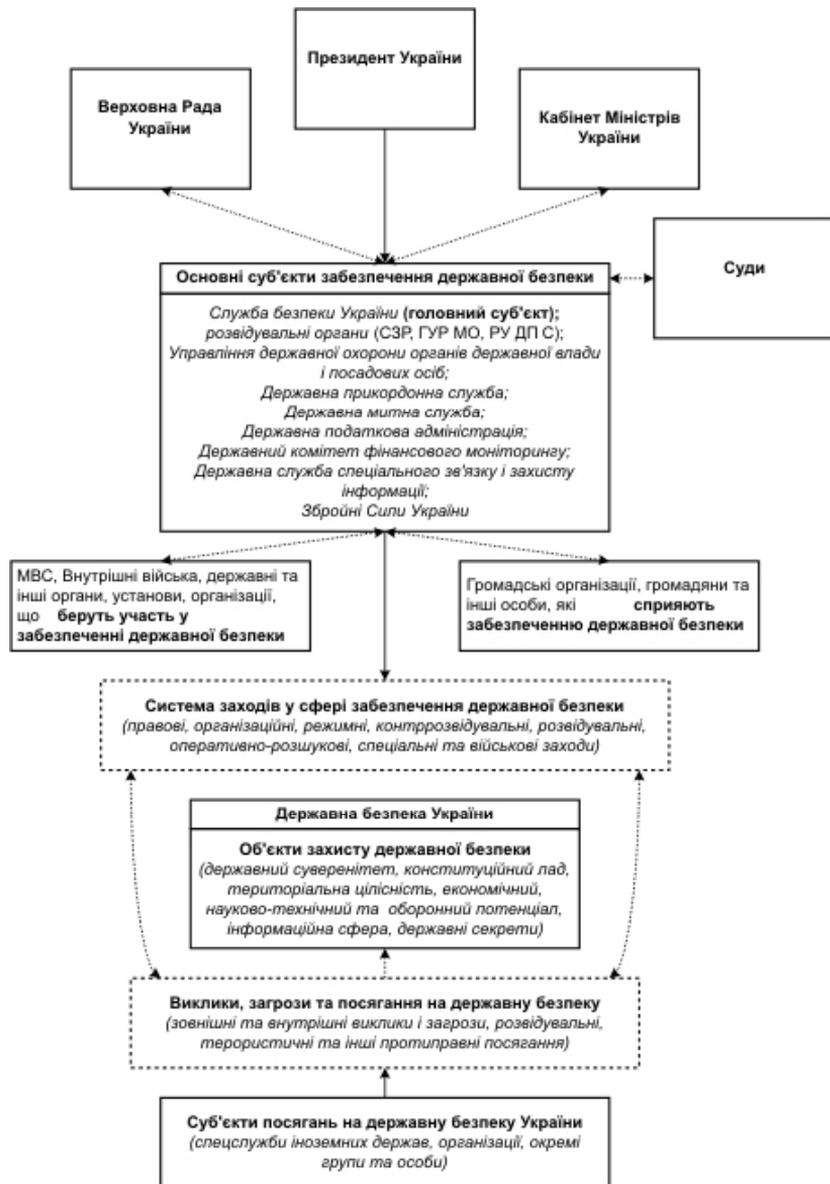
Результати дослідження, на наш погляд, також дають змогу виокремити такі **теоретико-правові проблеми** формування і подальшого розвитку системи забезпечення державної безпеки:

1) погляди науковців та фахівців сектору безпеки не збігаються у питаннях понятійно-категоріального апарату, теоретичного визначення об'єктів державної безпеки, суб'єктів її забезпечення та інших елементів системи забезпечення державної безпеки, що залишається актуальною науковою і практичною проблемою;

2) нагальною є проблема розвитку понятійно-категоріального апарату у сфері національної безпеки та її співвідношення із суспільною та державною безпекою, у т. ч. потребує остаточного вирішення питання щодо можливості й доцільності подальшої дискусії чи запровадження понять «безпека суспільства» і «безпека держави»;

3) потребує розвитку законодавство і право у сфері національної безпеки, як це визначено Стратегією національної безпеки України, у т. ч. з питань правового забезпечення у галузі державної безпеки України.

Також зауважимо, що реалізація зазначеного потребує належного наукового забезпечення, зокрема, організації міжгалузевих досліджень (*у галузі юридичних, економічних, політичних, історичних та інших сфер наук*) із найбільш актуальних проблем державної безпеки та функціонування суб'єктів сектору безпеки на основі відповідної державної наукової програми, яка потребує розробки.



Модель забезпечення державної безпеки України

ПИТАННЯ

КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Р. Мартинюк, кандидат політичних наук, в. о. доцента кафедри державно-правових дисциплін правничого факультету Національного університету «Острозька академія»

Інститут парламентської відповідальності уряду в Україні за змістом Конституції України в редакції від 8 грудня 2004 р.

Конституція України в редакції від 8 грудня 2004 р. змінила первинне формулювання ст. 113 й безпосередньо встановила відповідальність Кабінету Міністрів України перед Верховною Радою України. Частина 2 ст. 113 у редактованій формі звучить так: «Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України в межах, передбачених цією Конституцією». Нова змістовна конструкція ст. 113 більше, аніж попередня, відповідає вимогам організації влади в парламентарно-президентській формі правління.

Перехід до режиму парламентаризму має передбачати не лише запровадження парламентського способу формування Кабінету Міністрів України, але й інститут парламентської відповідальності Уряду. В умовах режиму парламентаризму питання про відповідальність уряду перед представницьким органом за здійснювану ним політику є ключовим. Лише відповідальна виконавча влада може забезпечити легітимність режиму парламентаризму. Тому питання відповідальності виконавчої влади завжди пов'язане з визначенням суб'єкта, який формує уряд і перед яким уряд несе відповідальність за результати своєї діяльності. Питання політичної відповідальності уряду має важливе значення для з'ясування характеру взаємовідносин між органами законодавчої і виконавчої влади¹, адже в умовах парламентарно-президентської форми

¹ Див.: *Шаповал В.* Зарубіжний парламентаризм. – К., 1993. – С. 130.

правління парламентська більшість, що призначатиме Уряд, має нести всю відповідальність за формування Уряду, його політику. Така відповідальність перед представницьким органом має застосовуватись не лише щодо Уряду в цілому чи Прем'єра, але й щодо будь-якого окремого міністра, адже право парламенту зміщувати будь-якого чиновника з посади в урядовій сфері є важливим елементом у системі стримувань і противаг у всіх формах правління¹.

Утім, поправки до Конституції України в регламентації інституту парламентської відповідальності Уряду України демонструють значну нелогічність. Вони вирішують конструктивно лише проблему відповідальності Кабінету Міністрів України перед Главою держави. Так, Конституція України в редакції від 28 червня 1996 р. забороняла Верховній Раді відправляти Уряд у відставку раніше, аніж через рік після схвалення Програми його діяльності (ст. 87 первинної редакції Конституції України зазначала: «Питання про відповідальність Кабінету Міністрів України не може розглядатися Верховною Радою України більше одного разу протягом однієї чергової сесії, а також протягом року після схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України»). Однак Конституція України не встановлювала таких обмежень для Президента України, що призводило до зловживань із боку останнього наданим йому правом припиняти повноваження Уряду України. Як наслідок, Кабінет Міністрів України припиняв тоді свої повноваження з ініціативи Глави держави ще до завершення згаданого терміну. Поправки до Конституції України вирішують описану проблему в той спосіб, що позбавляють Президента України права відправляти Кабінет Міністрів України у відставку. Дослідник не оцінює позитивно втрату у Глави держави права відправляти Уряд у відставку, однак, насамперед заслуговує критики інститут парламентської відповідальності Уряду за змістом поправок. У класичній парламентарній республіці уряд існує доти, доки діє парламентська більшість, що його створила. Тобто наявність більшості є причиною й основою для існування уряду. Якщо зі складу парламентської більшості виходить певна фракція і коаліція не знаходить їй заміни, так що через втрату значної кількості мандатів більшість зникає, уряд автоматично йде у відставку і призначаються нові вибори. У республіканських формах правління загальноприйнятим є правило,

¹ Див.: Луис Фишер. Военные полномочия: потребность в коллективных решениях // Разделенная демократия. Сотрудничество и конфликт между Президентом и Конгрессом. – М., 1994. – С. 311.

що у випадку розпаду коаліції, коли зникає більшість, на яку спирається уряд, йому (уряду) виноситься питання про недовіру¹. Схоже відбувається з урядом у разі, коли уряд сам ставить у представницькому органі питання про довіру і не знаходить її (отримує вотум недовіри). Постановка питання про довіру — це засіб перевірки наявності у парламенті коаліції більшості. Якщо більшості, що підтримує уряд, не знайдено, він (уряд) теж має припинити повноваження. Поправки до Конституції України згаданого механізму не передбачають. У новій системі поділу влади Уряд безпосередньо залежатиме від Верховної Ради України лише в одному випадку — у процедурі свого призначення². У подальшому в дію вступають принципово не змінені норми початкової редакції Конституції України, які передбачають, що питання про довіру Кабінету може порушуватися не частіше одного разу на сесію. При цьому зберігає чинність цілком незрозуміла в новому форматі системи стримувань і противаг норма, яка забороняє порушувати у Верховній Раді України питання про відставку Уряду «...протягом року після схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України...».

У республіках із режимом парламентаризму програма діяльності уряду — програма партії (блоку партій), що перемогла на виборах і утворила у представницькому органі більшість. Логічною є постановка питання: якщо парламентська більшість розпалася, для чого має продовжувати існувати уряд, утворений вже неіснуючою більшістю, уряд, що діє на підставі програми, схваленої цією неіснуючою більшістю? Можна поставити й інше запитання: яка принципова необхідність існування в Парламенті більшості, якщо ця більшість у описаній ситуації не може утворити свій Уряд? Хто в такому разі повинен відповідати перед виборцями за стан справ у державі? Таким чином, серед підстав припинення діяльності Кабінету Міністрів України відсутня така, як припинення існування коаліції партійних сил, що сформували Уряд. Виникнення такої ситуації може спричинити конфлікт між новою коаліцією більшості й Урядом, сформованим попередньою коаліцією. Учасником цього конфлікту може стати і Президент України. У будь-якому випадку, навіть цивілізоване співіснування і співпраця між новоутвореною коаліцією партійних фракцій і Урядом, що залишився у «спадщину» від попередньої коаліції, у цілому згубно впливатиме на ефективність ді-

¹ Див.: *Шатовал В.* «Конституційний дизайн» України: сучасний стан та перспективи розвитку // http://usps.parlament.org.ua/uploads/docs/Shapoval_checked.doc

² Див.: *Золотарьов В.* Основні в законі // *Контракти.* — 2005. — № 12. — С. 18.

ьяльності обох інститутів. Також, крім усього іншого, така розстановка партійних сил в Уряді та Парламенті порушуватиме всю логіку організації механізму відносин між парламентською більшістю та урядом в умовах режиму парламентаризму.

Проблема створення ефективних механізмів парламентської відповідальності Уряду набуває особливої актуальності у вітчизняній державно-правовій практиці в умовах розвитку парламентарно-президентської форми правління. Адже в руках представницького органу України парламентська відповідальність Кабінету Міністрів України має стати засобом реалізації в політичному житті вимог і суспільних інтересів, які домінують у країні і дістають відбиття у політичній програмі, що об'єднує парламентську більшість¹.

Можливості постановки питання про довіру за ініціативою Уряду Конституція України не передбачає (як і не передбачала її первинна редакція).

Позитивно слід оцінити доповнення солідарної відповідальності Кабінету Міністрів України індивідуальною відповідальністю його міністрів². Згідно з новою редакцією Конституції України, Верховна Рада України може відправити у відставку як Уряд у цілому (ст. 87), так і окремих міністрів (п. 12 ст. 85). Положення ст. 87 Конституції України деталізується у п. 6 ст. 10 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», який гласить: «Постанова Верховної Ради України про призначення членів Кабінету Міністрів України та припинення повноважень Кабінету Міністрів України, який склав повноваження перед новообраною Верховною Радою України, або відставку якого прийнято Верховною Радою України, приймається більшістю від конституційного складу Верховної Ради України»³, а також у п. 1 ст. 48 («Відповідальність членів Кабінету

¹ Кресіна І., Коваленко А., Балан С. Інститут імпичменту: Порівняльний політико-правовий аналіз. – К., 2004. – С. 34.

² Відсутність індивідуальної відповідальності окремих міністрів Уряду за змістом Конституції України від 28 червня 1996 р. пояснити складно. Адже ще Конституційний Договір 1995 р., ключові положення якого були покладені в основу Конституції України від 28 червня 1996 р., передбачав право Верховної Ради України відправляти у відставку як Уряд у цілому, так і окремого міністра. Зокрема, п. 23 ст. 17 Договору гласив: «Верховна Рада України... може оголосити вотум недовіри усьому складові Уряду України чи окремим його членам, що тягне за собою їх відставку». Див.: Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України // Українське право. – 1995. – № 1(2). – С. 100.

³ Закон України «Про Кабінет Міністрів України» // Офіційний вісник України. – 2007. – № 6. – С. 7.

Міністрів України)), який установлює: «Члени Кабінету Міністрів України несуть солідарну відповідальність за результати діяльності Кабінету Міністрів України як колегіального органу виконавчої влади»¹. Механізм персональної відповідальності передбачається ст. 19 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» («Припинення повноважень членів Кабінету Міністрів України»). Пункти 1–2 ч. 2 ст. 19 вказують, що «Повноваження членів Кабінету Міністрів України припиняються Верховною Радою України також... у разі звільнення з посади за поданням Прем'єр-міністра України; за заявою про відставку члена Кабінету Міністрів України»². Пункти 2–3 ст. 48 розвивають положення ст. 19 Закону: «Члени Кабінету Міністрів України особисто несуть політичну відповідальність за стан справ у доручених їм сферах державного управління. Члени Кабінету Міністрів України за вчинення ними корупційних діянь та порушення вимог сумлінної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави (заборона використання службового становища в особистих цілях, запобігання конфлікту інтересів тощо), можуть бути звільнені Верховною Радою України в порядку, визначеному частиною другою статті 19 цього Закону»³.

Проблематики парламентської відповідальності Кабінету Міністрів України стосуються положення п. 11 ст. 85 Конституції України, про те, що Верховна Рада України здійснює «розгляд і прийняття рішення щодо схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України». За змістом первинної й чинної редакції Конституції України залишається нез'ясованим: спричиняє відставку Кабінету Міністрів України відмова Верховної Ради України в підтримці Програми діяльності Уряду чи ні.

Відкритою залишається і проблема визначення механізму відповідальності Кабінету Міністрів України перед Президентом України. За змістом нової редакції ст. 113 Конституції України «Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених цією Конституцією». Конституція України, таким чином, підтверджує відповідальність Уряду перед Главою держави. Однак механізм цієї відповідальності залишається нез'ясованим, оскільки Конституція України в редакції від 8 грудня 2004 р. взагалі не згадує про

¹ Закон України «Про Кабінет Міністрів України» // Офіційний вісник України. – 2007. – № 6. – С. 7.

² Там само.

³ Там само.

право Президента України відправляти у відставку Кабінет Міністрів України. Навіть за умови, що згаданий механізм буде прописаний на рівні органічного закону, Конституційний Суд України має визначити відповідність Конституції України права Глави держави відправляти Уряд у відставку.

Також національне конституційне законодавство (а так само і політична практика) не визначає чітких підстав притягнення Уряду до парламентської відповідальності. При цьому важливо зазначити, що можливість постановки питання про довіру уряду за ініціативою останнього є ефективним засобом тиску уряду на парламент, якого, однак, позбавлений Кабінет Міністрів України. Водночас Основний Закон України суттєво обмежив засоби впливу Парламенту на виконавчу владу, відмовившись від закріплення на конституційному рівні контрольних повноважень парламентських комітетів із можливістю постановки питання про висловлення недовіри окремим членам Кабінету Міністрів України.

Передбачена ст. 115 Конституції України резолюція недовіри, що має наслідком відставку Кабінету Міністрів України, може здійснюватись Верховною Радою України за безпосередньої ініціативи Президента України, оскільки саме Президент України володіє правом вносити пропозицію про звільнення Прем'єр-міністра України з посади (ст. 87 Конституції України та п. 1 ст. 14 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»¹).

У змішаних формах правління з інститутом парламентської відповідальності уряду тісно пов'язане право уряду на постановку питання перед главою держави, у відповідь на отриманий вотум недовіри з боку представницького органу, про дострокове припинення президентом повноважень парламенту. Згадане право уряду об'єктивно необхідне для досягнення реального балансу в системі стримувань і противаг, що конструюється у змішаних республіканських формах. В Україні Кабінет Міністрів донині залишається позбавленим цього права. У цьому відношенні цінним для вивчення і запровадження у вітчизняну державно-правову практику є державно-правовий досвід зарубіжних країн, зокрема Росії. Так, п. 3 ст. 117 Конституції Російської Федерації говорить: «Державна Дума може виразити недовіру Урядові Російської Федерації. Постанова про недовіру Урядові Російської Федерації приймається більшістю голосів від загальної кількості депутатів Державної думи. Після вираження Державною думою недовіри Урядові Російської Феде-

¹ Про Кабінет Міністрів України: Закон України // Офіційний вісник України. – 2007. – № 6. – С. 7.

рації Президент Російської Федерації має право оголосити про відставку Уряду Російської Федерації або не погодитися з рішенням Державної думи. У випадку якщо Державна дума протягом трьох місяців повторно виразить недовіру Урядові Російської Федерації, Президент Російської Федерації оголошує про відставку Уряду або розпускає Державну думу»¹.

Автор також вважає, що стабільність положення органу виконавчої влади в системі стримувань і противаг має бути забезпечена за рахунок запровадження в національну державно-правову практику інституту конструктивного вотуму недовіри за німецьким зразком: у пропозиції про оголошення уряду недовіри має бути вказане прізвище нового Прем'єра. У разі прийняття цієї пропозиції названий кандидат стає новим Прем'єр-міністром України та формує Уряд. Застосування конструктивного вотуму недовіри дасть можливість дотриматися вимоги свідомого застосування депутатами парламентської відповідальності Уряду, змусить їх визначити шлях вирішення проблем у роботі Кабінету Міністрів України та запропонувати на посаду Прем'єра особу, якій депутати довіряють здійснити необхідні виправлення². У проекті резолюції недовіри Верховної Ради України Кабінету Міністрів України має зазначатися ім'я наступника на посаді Прем'єра.

Також автор вважає за доцільне відмовитися від імперативного характеру мораторію на право Верховної Ради України висловлювати резолюцію недовіри Кабінету Міністрів України більше одного разу протягом однієї чергової сесії, а також протягом року після схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України або протягом останньої сесії Верховної Ради України. Адже в діяльності Уряду можуть бути виявлені такі порушення Програми його діяльності, зловживання Прем'єром владою, загальний і безсумнівний неуспіх урядової політики тощо, які стануть достатньо вагомими причинами таких екстраординарних дій Верховної Ради України. Відтак, ч. 2 ст. 87 Конституції України слід викласти у такому вигляді: «Питання про відповідальність Кабінету Міністрів України не може розглядатися Верховною Радою України більше одного разу протягом однієї чергової сесії, а також протягом року після схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України або

¹ Конституція Російської Федерації // Конституції нових держав Європи та Азії. – К., 1996. – С. 436, 437.

² Див.: Павленко Р. Парламентська відповідальність уряду: світовий та український досвід. – К., 2002. – С. 208.

протягом останньої сесії Верховної Ради України, за винятком випадку, коли Верховна Рада України схвалить рішення про відставку Кабінету Міністрів України більшістю у 3/5 від її конституційного складу». Згадані зміни у кінцевому підсумку забезпечать перетворення вищого органу виконавчої влади України в реального й рівноправного учасника системи стримувань і противаг. Також вони сприятимуть досягненню реальної відповідальності органів законодавчої й виконавчої влади, а отже, створять належні стимули до її ефективної діяльності. Це сприятиме досягненню солідарної відповідальності Уряду та Парламенту, а відтак, їх більш конструктивній взаємодії в рамках системи стримувань і противаг.

Узагальнюючи аналіз конституційних змін, що стосуються процедури формування Кабінету Міністрів України, можна прогнозувати, що перехід до парламентського способу формування уряду на партійній основі в передбаченій конституційними поправками формі сприятиме підвищенню рівня взаємної політичної відповідальності представницького органу й Уряду, спонукатиме їх до конструктивного співробітництва у розв'язанні ключових завдань соціально-економічного і суспільно-політичного розвитку держави. Очевидним є також і те, що майбутні уряди за будь-яких умов будуть тривалішими в часі свого існування, аніж ті короткотермінові уряди, що діяли в Україні в умовах напівпрезидентської республіки.

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рум'янцев, член-кореспондент Академії правових наук України

Третій Універсал Центральної Ради — курс на побудову української держави

25 жовтня 1917 р. більшовики захопили владу в Петрограді, Тимчасовий уряд було повалено. Більшовицька революція охопила широкі простори Росії, але зустріла опір в Україні.

Ситуація в Києві була дуже складною. Тут продовжували діяти три сили: Центральна Рада й Генеральний Секретаріат, які уособлювали національно-демократичний табір; ради робітничих і солдатських депутатів, які контролювали більшовики; штаб Київського військового округу, що був репрезентантом Тимчасового уряду, хоча самого уряду вже не існувало. Фактично, штаб об'єднував сили, ворожі і українцям, і більшовикам.

Між військами штабу та більшовиками почалася збройна боротьба, результат якої залежав від того, кого підтримає Центральна Рада. Остання обрала нейтралітет, що дало можливість перемогти більшовикам. Це було величезною помилкою, яка мала трагічні наслідки для розвитку подальших подій в Україні.

Під час цієї боротьби, зазначає Д. Дорошенко, склався «україно-більшовицький альянс»¹, а саме: був утворений «Революційний комітет по охороні революції на Україні», в якому об'єднались представники Центральної Ради з лідерами місцевих більшовиків (В. Затонський, І. Крейсберг, Л. П'ятаков)². Вони визнавали Центральну Раду органом крайової влади за умови переходу всієї влади на місцях до Рад робітничих і солдатських депутатів. Більшовики підтримували необхідність для України широкій обласної автономії, боротьби з великоруським імпері-

¹ *Дорошенко Д. И.* Война и революция на Украине // Революция на Украине по мемуарам белых. — М.-Л., 1930. — С. 81.

² Робітничая газета. — 1917. — 27 жовт.

алізмом, відстоювали право націй на самовизначення. Але все це мало здійснитися лише при дотриманні принципу інтернаціоналізму і за умов пролетарської революції. Комітет проголосив себе верховною владою над усіма дев'ятьма українськими губерніями (Київською, Подільською, Волинською, Полтавською, Чернігівською, Харківською, Херсонською, Катеринославською та Таврійською).

Після цього Центральна Рада прийняла резолюцію, якою засуджувала збройне повстання в Петрограді і перехід влади до більшовиків: «Визнаючи, що влада як у державі, так і в кожному окремім краї повинна перейти до рук усієї революційної демократії, вважаючи недопустимим перехід усієї влади виключно до рук рад робітничих і солдатських депутатів, які є лише частиною організованої революційної демократії, Українська Центральна Рада через це висловлюється проти повстання в Петрограді»¹. Незабаром, 27 жовтня 1917 р., Генеральний Секретаріат у своєму зверненні «До всіх громадян України!» заявив, що «буде рішуче боротись з усякими спробами підтримувати петроградське повстання»².

Ці демарші Генерального Секретаріату призвели до гострих суперечок між українськими соціалістами та більшовиками і виходу останніх зі складу «Революційного комітету», який після цього втратив сенс свого існування. Як наслідок, вся влада перейшла до Центральної Ради. З перемогою петроградського збройного повстання, здавалось, виникла реальна можливість негайно, не чекаючи скликання Установчих Зборів, здобути автономію України. І Центральна Рада здійснила в цьому напрямі ряд практичних кроків: поширила свою юрисдикцію на всі етнічні українські губернії, розширила компетенцію крайового уряду — Генерального Секретаріату, призначила загальні вибори до Українських Установчих Зборів. Усе це знайшло відображення у відозві Генерального Секретаріату від 3 листопада 1917 р.: «Центральне правительство всієї Росії не має змоги управляти державним життям. Цілі краї zostалися без правлячих центрів. Тому зростає безладдя політичне, господарське і суспільне. З огляду на те Генеральний Секретаріат доповнюється тимчасово генеральними секретарями для справ: харчових (М. Ковалевський), військових (С. Петлюра), судових (М. Ткаченко), пошт та телеграфів (О. Зарубін), доріг (В. Єщенко), торгу і

¹ Центральний Державний Архів вищих органів влади і управління України (далі — ЦДАВО України). — Ф. 1063. Оп. 3. С. 1. А. 48.

² Національні відносини в Україні у ХХ ст.: Зб. док. і матеріалів. — К., 1994. — С. 55.

промисловості (В. Голубович)¹. Компетенція Генерального Секретаріату поширюється на всі губернії, де більшість складається з українців. Тому губернії Херсонська, Харківська, Катеринославська і Таврійська (без Криму) включаються в територію України². Всі органи цих губерній, а також «горожани єдиної України всіх народностей мусять звертатися з усіма справами до відповідних секретарів Генерального Секретаріату <...> в короткім часі Центральна Рада <...> проголосить закон про Українську Установчу Раду»³.

Тут слід погодитися з думкою О. Скрипнюка про те, що «після жовтневого перевороту в Петрограді в листопаді 1917 р. верховні органи влади України перебрали на себе всю повноту влади»⁴. Дійсно, з цього моменту Центральна Рада в повному обсязі почала здійснювати законодавчі, установчі і контрольні функції.

Одночасно у відозві від 3 листопада 1917 р. наголошувалося: «Всякі чутки і поголоски про сепаратизм, про відділення України від Росії — або контрреволюційна провокація, або звичайна обивательська неосвідомленість. Центральна Рада і Генеральний Секретаріат твердо і виразно заявили, що Україна має бути в складі Федеративної Республіки як рівноправне державне тіло. Сучасне політичне становище цієї постанови ні трошки не міняє»⁵.

Нарешті, 20 листопада 1917 р. Центральна Рада прийняла Третій Універсал⁶, який започатковував принципово новий етап у розбудові української державності, а саме — перехід від автономістської до самостійницької концепції бачення державного устрою України. Головним положенням Третього Універсалу було проголошення Української Народної Республіки: «Віднині Україна стає Українською Народною Республікою»⁷.

Знаючи, як народ бажав закінчення війни, Центральна Рада заявляла, що вживе всіх заходів, аби добитися цього. Щодо громадських свобод Універсал зазначав: «В Українській Народній Республіці мають бути

¹ ЦДАВО України. Ф. 1115. Оп. 1. С. 18. А. 10.

² ЦДАВО України. Ф. 1115. Оп. 1. С. 18. А. 12.

³ Українська суспільно-політична думка в 20 столітті. Док. і матеріали. У 2 т. / Ред. Т. Гунчак і Р. Сольчаник. — Нью-Йорк, 1983. — Т. 1. — С. 339–340.

⁴ Скрипнюк О. В. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку громадянського суспільства і правової держави в Україні. — К., 1995. — С. 80.

⁵ ЦДАВО України. Ф. 1115. Оп. 1. С. 12. А. 76зв.

⁶ ЦДАВО України. Ф. 1115. Оп. 1. С. 18. А. 10.

⁷ Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. — Т. 1. — 4 березня — 9 грудня 1917 р. — К., 1996. — С. 398.

забезпечені <... > свобода слова, друку, віри, зібрань, союзів, страйків, недоторканости особи й мешкання, право й можливість уживання місцевих мов у зносинах з усіма установами»¹.

Універсал підтверджував раніше зроблене Генеральним Секретаріатом розпорядження про поширення юрисдикції Української Народної Республіки на губернії: Київську, Волинську, Подільську, Чернігівську, Полтавську, Харківську, Херсонську і Таврійську (без Криму). Долю Курщини, Холмщини, Воронежчини та інших територій з українською більшістю мусило вирішити саме населення цих регіонів.

На відміну від I Універсалу, в III Універсалі містилося більш солідне визначення місця і ролі Центральної Ради в державотворчому процесі, згідно з яким створена українським народом «разом з братніми народами України» Центральна Рада поставлена «берегти права, здобути боротьбою, творити лад і будувати своє життя на нашій землі»².

Програма, намічена Третім Універсалом, була колосальною. Вона передбачала перебудову України на нових засадах, з новими законами та економікою³.

Третій Універсал ліквідував приватну власність на поміщицькі, монастирські, казенні та церковні землі і проголосив їх власністю трудового народу, до якого вони мали перейти без викупу після Українських Установчих Зборів. Універсал встановлював 8-годинний робочий день, скасовував смертну кару і проголошував загальну амністію всім політичним і кримінальним злочинцям, надавав усім національним меншинам в Україні повні права і свободи.

Характерною рисою Третього Універсалу стали його конституційна спрямованість та широкий демократизм.

Щонайважливіше, Універсал призначив всенародні вибори до Українських Установчих Зборів на 9 січня 1918 р., а їх перше загальне засідання мало відбутися 22 січня.

У плані державотворення проголошення Третього Універсалу було, безперечно, актом великої історичної ваги: вперше за 250 років український народ рішуче задекларував свою волю, свій потяг до свободи, своє право розпоряджатися всіма справами власної держави. Про значення Універсалу один з його творців В. Винниченко писав так: «Тепер ми

¹ Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 1. – С. 401.

² Нова Рада. – 1917. – 8 листопада.

³ *Полонська-Василенко Н.* Історія України: У 2 т. – Т. 2: Від середини XVII століття до 1923 року. – К., 1992. – С. 472–473.

мали всі засоби для того. Всі державні апарати переходили до рук Генерального Секретаріату, всі фінансові засоби були до його розпорядимості, вся військова сила підлягала його наказам»¹.

Щоправда, Третій Універсал, проголошуючи Українську Народну Республіку, одночасно заявляв про прагнення «щоб уся Російська Республіка стала федерацією рівних і вільних народів»².

Підтвердження курсу на федерацію з Росією, де вже владу всерйоз взяли більшовики, від яких Центральна Рада не мала жодного запевнення, що вони шануватимуть її угоду з Тимчасовим урядом про автономію України, було, безумовно, актом суперечливим. Тимчасового уряду, з яким Центральна Рада уклала угоду про федерацію, не стало, до більшовиків Рада від самого початку поставилася негативно, але іншого уряду в Росії не було. Виникає запитання: так, з ким же Українська Народна Республіка збиралася утворювати федерацію?

Розмірковуючи над цією ситуацією, Т. Гунчак зазначає: «Такі заяви можна пояснити політичною непрактичністю провідних членів Центральної Ради, для яких федерація продовжувала залишатися романтичною мрією. Вони не розуміли, що більшовицький переворот у Росії ґрунтовно змінив політичні обставини, коли сама думка про федерацію ставала зайвою і треба було всіляко сконцентруватися на будівництві незалежної держави.

Український уряд, — продовжує Т. Гунчак, — розбудовував державне життя цілком самостійно, проте ні він, ані українська спільнота не були певні того, якою мала бути остаточна форма власної держави»³.

Ще більш категоричний у своїх поглядах на положення Третього Універсалу І. Нагаєвський: «Центральна Рада своєю впертою політикою федерації з Москвою змарнувала дорогоцінних вісім місяців та велике піднесення народу творити свою власну державу. З цих причин цей Універсал не справив на людей більшого враження, як два попередні, хоча з політичного боку він давав багато більше. Заклик Грушевського рятувати мертвий уже московський державний організм <... > не лише не мав жодного впливу на українське громадянство, але, навпаки, дискредитував Грушевського в очах народу як державного мужа»⁴.

¹ Винниченко В. Відродження нації (Історія української революції: марець 1917 – грудень 1919 р.). Репринтне видання 1920 р. – К., 1990. – Ч. II. – С. 81.

² Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 1. – С. 400.

³ Гунчак Т. Україна: перша половина ХХ століття. Нариси політичної історії. – К., 1993. – С. 113–114.

⁴ Нагаєвський І. Історія Української держави двадцятого століття. – К., 1993. – С. 90.

Але є і протилежні погляди на зміст та значення Третього Універсалу. Оцінюючи III Універсал, відомий український юрист А. Яковлів зазначав, що цим актом в Україні було встановлено «демократичну, народоправну державу», яка характеризувалася «самостійною державною владою, нічим не обмеженою, щодо всіх без виключення справ внутрішнього державного ладу, законодавства, суду й управління»¹.

Але, навіть професор А. Яковлів, який давав високу оцінку положенням Третього Універсалу, був змушений визнати, що «у відношенні до інших держав У. Н. Р. була формально обмежена декларацією федеративного зв'язку з Росією»².

Такі оцінки, що даються більше ніж через півстоліття, є занадто категоричними, однобокими і не враховують ситуації того часу. З певністю можна говорити, що М. Грушевський й інші провідники Центральної Ради були прихильниками ідеї федерації і палко бажали втілення її у життя. І це не випадково, адже ідея федерації була провідною в політико-правовій думці Наддніпрянської України протягом другої половини XIX — початку XX ст. Справедливо зауважує В. Кременець, що процес творення української державності за часів Центральної Ради мав два етапи: автономіський і самостійницький. Але іронія історії полягала в тому, що на обох етапах Українську державу творили практично одні й ті самі люди — далеко не самостійники, а скоріше переконані федералісти³.

Говорячи про федерацію, українські діячі 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 демократичні республіки, які були б об'єднані у федерацію⁴.

Говорячи про федерацію з Росією, провід Центральної Ради керувався не лише своєю відданістю федералістським ідеалам, а й практичними розрахунками. Яскравим свідченням цього можуть служити думки В. Винниченка, викладені ним у листі до редакцій російських газет опозиції національних меншостей в Україні щодо доцільності скликання Українських Установчих зборів. В. Винниченко наголосив, що розвиток України ще не дійшов до необхідності незалежності. А головною причиною зв'язків Укра-

¹ Яковлів А. Основи Конституції УНР. – Париж, 1935. – С. 15.

² Там само. – С. 15.

³ Кременець В. Знаменні віхи Української революції // Урядовий кур'єр. – 1997. – 1 листоп.

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

їни «з державною цілістю Росії» були економічні стосунки. На думку В. Винниченка, неможливо було відкинути історичний і культурний зв'язок, котрий «по волі й по неволі за триста літ перебування України в складі російської держави вріс в наше життя, духовне й матеріальне. Думати, що цей зв'язок в найближчим політичним часі розірветься, було б простою, непотрібною мрією, а не політичним реальним аналізом. А з другого боку, — продовжує В. Винниченко, — незалежність неможлива також і з міжнародного положення. Україна не має таких сил, аби, відірвавшись від Росії, не впасти в обійми сильної імпералістичної держави»¹.

Є ще один немаловажний момент: Третій Універсал, що проголосував націоналізацію землі, не викликав ентузіазму землевласників (а між ними були й селяни), а також поставив в опозицію до Центральної Ради духовенство, у якого відбирали споконвічну церковну землю. Як і треба було сподіватися, невдовзі почалися акції відбирання землі, а з тим поглибилась і анархія.

Проголошення Української Народної Республіки на чолі з поборником національно-державного відродження України — Центральною Радою ніяк не відповідало планам більшовиків. Після проголошення в грудні 1917 р. Української радянської республіки в Харкові більшовики отримали нагоду розпочати збройну боротьбу проти УНР.

4 січня 1918 р. більшовицький Народний Секретаріат видав наказ про наступ на Київ. Бої за Київ мали жорстокий характер. Після 11-денного бомбардування місто було зайняте військами П. Муравйова, які вчинили в Києві криваві розправи.

Наслідки штурму Києва більшовицькими військами виявилися жахливими. За словами очевидця, «з часів Андрія Боголюбського Київ не бачив такого дикунського спустошення»².

Українське населення за короткий час більшовицького панування вперше мало змогу відчутти, що таке отой «соціалістичний рай», який обіцяли йому московські комуністи. Грабіж, насильство, розстріли, наруга над національними почуттями — ось що воно побачило з боку більшовиків. Народ зрозумів, що тільки своя, українська, влада може доцільно і справедливо вирішувати питання соціального характеру. Гіпноз комуністичної пропаганди починав розвіюватись.

¹ Цит. за: Українська суспільно-політична думка в 20 столітті. — Т. 1. — С. 321–324.

² Удовиченко О. І. Україна у війні за державність: Історія організації і бойових дій Українських Збройних Сил 1917–1921. — К., 1995. — С. 25.

Так, під прикриттям Української радянської республіки розпочалася громадянська війна між УНР та радянською Росією. Шукати сьогодні винуватців цього лиха означає розпалювати пристрасті в складних взаємовідносинах Росії та України на сучасному етапі. Тому слід зазначити лише одне: ні більшовицький уряд Росії, ні провід Центральної Ради, на жаль, не захотіли тоді «поступитися принципами», і кожна сторона обстоювала свої погляди безкомпромісно, що в кінцевому підсумку і зумовило цей конфлікт, весь тягар якого ліг на плечі трудового люду.

У цій боротьбі українське село тримало нейтралітет: селяни вичікували — хто переможе. І саме тоді виявилася хибність лозунгів Центральної Ради про соціалізацію землі. Норму в 40 десятин на кожне господарство, що проголошував Третій Універсал, селянство вважало високою і як наслідок — не підтримувало Центральну Раду. Остання була змушена відкласти остаточне вирішення цього питання до Установчих зборів. А тим часом більшовики видали декрет про землю, який проголошував націоналізацію землі. Поширення цього декрету в Україні сприяло переходу селян на бік більшовиків¹.

Трагедія української національної державності полягала в тому, що більшовизм не зустрів в Україні рішучої протидії. Центральна Рада, у більшості своїй соціалістична, не приховувала своїх пробільшовицьких настроїв, а тому не могла вести з ними рішучої боротьби, до того ж не мала зброї проти них у головному питанні села — у справі ліквідації поміщицького землеволодіння.

Уночі проти 9 лютого Центральна Рада, Рада Народних міністрів і 3000 вояків покинули Київ. Уряд зупинився в Житомирі, а невдовзі подався в Сарни на Волині — ближче до німецької армії, куди прибув 19 лютого 1918 р.

Покидаючи столицю, Центральна Рада не переривала своєї законодавчої діяльності. У той час була проведена календарна реформа: день 16 лютого 1918 р. за старим стилем став 1 березня за новим стилем. Водночас Центральна Рада запровадила західноєвропейський час. Вона схвалила також закон про грошову систему, за якою українська гривня містила 8,712 часток золота і поділялась на сто шагів. Дві українські гривні дорівнювали вартості одного карбованця 1917 р., 20-гривнева монета мала бути вироблена із золота, а 1-гривнева — із срібла, шаги

¹ *Mazena I.* Україна в огні і бурі революції. 1917–1921: У 3 т. – Т. 1. Прага. 1941–1942. – С. 32.

мали бути з нікелю. Кредитові білети номіналом в 1, 2, 5, 10, 20, 100, 500 і 1000 гривень повинні були поки що задовольнити внутрішні потреби держави¹.

Тризуб, державний знак Святого Володимира, було визнано державним гербом України². Центральна Рада схвалила також закони про українське громадянство³ та про адміністративний поділ держави на «землі», яких мало бути тридцять⁴.

Таким чином, у тяжкий для України період були вирішені важливі державні справи, робилося це в той час, коли влада Центральної Ради вже занепадала.

¹ ЦДАВО України. Ф. 1064. Оп. 2. С. 6. А. 27зв.

² ЦДАВО України. Ф. 1064. Оп. 2. СІ. А. 12.

³ ЦДАВО України. Ф. 1063. Оп. 1. С. 6. А. 29–29зв.

⁴ ЦДАВО України. Ф. 1063. Оп. 1. С. 9. А. 40–40зв.

В. Гончаренко, член-кореспондент
Академії правових наук України

Організація та діяльність Верховної Ради УРСР за Конституцією Української РСР 1937 р.

Новий етап в історії організації та діяльності найвищих законодавчих органів в УРСР розпочався з прийняттям 30 січня 1937 р. Надзвичайним XIV з'їздом Рад УРСР нової Конституції Української РСР. Конституція УРСР від 30 січня 1937 р. складалася з 13 розділів, які включали 146 статей. У Конституції розглядалися: суспільний устрій, державний устрій, найвищі органи державної влади УРСР і Молдавської АРСР, органи державного управління УРСР і Молдавської АРСР, місцеві органи державної влади, бюджет УРСР, суд і прокуратура, основні права і обов'язки громадян, виборча система, герб, прапор, столиця і порядок зміни Конституції УРСР. Конституція УРСР 1937 р. була повністю побудована на основі і відповідно до основних засад Конституції СРСР 1936 р., яка була розроблена Конституційною комісією під керівництвом Сталіна. Саме йому належить ідея радикальної перебудови найвищих представницьких органів влади СРСР і союзних республік. Виступаючи з доповіддю про проект Конституції СРСР на Надзвичайному VIII Все-союзному з'їзді Рад 25 листопада 1936 р., Сталін, піддавши критиці пропозицію стосовно надання Президії Верховної Ради СРСР права видавати тимчасові законодавчі акти, категорично заявив: «Потрібно, на решті, покінчити з тим положенням, коли законодавствує не якийсь один орган, а цілий ряд органів. Таке положення суперечить принципу стабільності законів. А стабільність законів потрібна нам зараз більше, ніж будь-коли. Законодавча влада повинна здійснюватися тільки одним органом — Верховною Радою СРСР»¹. Ця вказівка Сталіна знайшла своє повне втілення в Конституції СРСР 1936 р. У статті 32 Конституції зазначалося: «32. Законодавча влада СРСР здійснюється виключно Верховною Радою СРСР»². У статті 59 Конституції СРСР зазначалося: «59. Верховна Рада союзної республіки є єдиним законодавчим органом республіки»³.

¹ *Сталін І.* Доклад о проекте Конституции Союза ССР. Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. — М., 1951. — С. 83.

² Сборник нормативных актов по советскому государственному праву. — М., 1984. — С. 77.

³ Там само. — С. 80.

У повній відповідності до Конституції СРСР 1936 р. Конституція УРСР 1937 р. визначила правовий статус Верховної Ради УРСР. Цьому питанню був присвячений розділ III Конституції «Найвищі органи державної влади Української Радянської Соціалістичної Республіки». У статті 20 Конституції УРСР 1937 р. зазначалося:

«Стаття 20. Найвищим органом державної влади УРСР є Верховна Рада УРСР». А в ст. 23 Конституції говорилося:

«Стаття 23. Верховна Рада УРСР є єдиним законодавчим органом УРСР».

Перелік питань, які належали віданню УРСР в особі її найвищих органів влади (у тому числі й Верховної Ради УРСР) і органів державного управління УРСР, наводився у ст. 19 Конституції УРСР 1937 р. Крім того, про деякі суттєві повноваження Верховної Ради УРСР говорилося у статтях Конституції УРСР, які знаходилися поза межами розділу III Конституції. Так, згідно зі ст. 40 Конституції Рада Народних Комісарів УРСР як найвищий виконавчий і розпорядчий орган державної влади УРСР була «відповідальна перед Верховною Радою УРСР і їй підзвітна». Вищий судовий орган УРСР — Верховний Суд — обирався Верховною Радою УРСР (ст. 105 Конституції). Згідно зі ст. 98 Конституції України Верховна Рада УРСР затверджувала державний бюджет УРСР, а відповідно до ст. 100 Верховна Рада УРСР затверджувала звіт про виконання державного бюджету. Верховна Рада УРСР обирала також бюджетну комісію, яка доповідала Верховній Раді свій висновок по державному бюджету УРСР (ст. 99).

Ретельний аналіз правового положення Верховної Ради УРСР за Конституцією УРСР 1937 р. дає підстави для висновку про те, що в цій Конституції були втілені деякі елементи теорії розподілу влад. Конституція «визначила певні аспекти «тріади влади» достатньо рельєфно»¹. Так, згідно з Конституцією УРСР 1937 р. Верховна Рада УРСР визначалася як вищий орган державної влади, що був єдиним законодавчим органом УРСР. Жоден державний орган республіки не мав права приймати закони УРСР. Стаття 22 Конституції уповноважувала Верховну Раду УРСР здійснювати всі права, що належали УРСР, оскільки вони не належали до компетенції підзвітних Верховній Раді органів, а саме: Президії Верховної Ради УРСР, РНК УРСР, наркоматам УРСР. Тобто Верховна Рада УРСР не мала права вторгнення у сферу компетенції зазначених державних органів. Верховна Рада УРСР за Конституцією УРСР 1937 р. була своєрідним парламентом. Тому не випадково термін

¹ Кривенко Л. Т. Верховна Рада України. – К., 1997. – С. 7.

«парламент» іноді застосовувався до Верховної Ради УРСР, правовий статус якої був визначений Конституцією УРСР 1937 р. Наприклад, вона називалась, як «соціалістичний парламент»¹, «український парламент», «народний парламент»², «парламент»³. Конституція УРСР 1937 р. діяла з певними змінами і доповненнями до прийняття Позачерговою сьомою сесією Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. нової Конституції (Основного Закону) Української Радянської Соціалістичної Республіки, яка вводилася в дію з 20 квітня 1978 року⁴. Тобто Конституція УРСР 1937 р. була діючим Основним Законом УРСР сорок років. Але незважаючи на такий значний термін, зміст розділу III Конституції УРСР 1937 р., присвячений найвищим органам державної влади УРСР, зазнав за цей час дуже незначних змін. У цьому легко переконатися, якщо порівняти текст розділу III Конституції УРСР 1937 р. станом на 30 січня цього року і текст розділу III Конституції УРСР 1937 р. станом на кінець 1977 р.⁵ Утім слід зазначити, що, наприклад, у зв'язку з розширенням компетенції Української РСР (як і інших союзних республік) відповідно до закону Союзу РСР від 11 лютого 1957 р. про віднесення до відання союзних республік видання законів з питань судоустрою, прийняття цивільного, кримінального, процесуальних кодексів⁶, звичайно, розширилась і компетенція Верховної Ради УРСР. Крім того, розширилась компетенція Верховної Ради УРСР і у зв'язку з прийняттям загальносоюзного закону «Про віднесення до відання союзних республік розв'язання питань обласного, крайового адміністративно-територіального устрою» від 11 лютого 1957 р.⁷ Відповідно до зазначених союзних законів Третя сесія Верховної Ради УРСР четвертого скликання внесла 15 березня 1957 р. необхідні зміни до ст. 19 Конституції УРСР 1937 р. і тим самим забезпечила більш широкую діяльність Верховної Ради УРСР, перш за все, у галузі кодифікації республіканського законодавства⁸.

¹ Внеочередная Третья сессия Верховного Совета УССР. 13–14 ноября 1939 г. Стенографический отчет. – Издание Верховного Совета УССР, 1940. – С. 4–5, 9.

² Історія держави і права Української РСР: У 2 т. Т. 2: 1937–1967. – К., 1967. – С. 176, 221.

³ *Кривенко Л. Т.* Верховна Рада України. – К., 1997. – С. 7.

⁴ Позачергова сьома сесія Верховної Ради Української РСР (дев'яте скликання). 19–20 квітня 1978 р. Стенографічний звіт. – К., 1978. – С. 150.

⁵ Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність. – К., 2001. – С. 109–111, 137–139.

⁶ Ведомости Верховного Совета СССР. – 1957. – № 4. – Ст. 63.

⁷ Там само. – Ст. 80.

⁸ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1957. – № 2. – Ст. 46.

Положення Конституції УРСР 1937 р. про Верховну Раду УРСР втілювалася на практиці в процесі формування, організації та діяльності Верховної Ради УРСР.

Верховна Рада УРСР формувалася шляхом виборів депутатів Верховної Ради УРСР громадянами УРСР по виборчих округах на строк чотири роки за нормою: 1 депутат на 100 000 населення. Перші вибори до Верховної Ради УРСР були призначені постановою ЦВК УРСР від 20 квітня 1938 р. на 26 червня 1938 р., а з 26 квітня цього ж року було оголошено початок виборчої кампанії по виборах до Верховної Ради УРСР¹. 20 квітня 1938 р. ЦВК УРСР прийняв також постанову «Про затвердження складу Центральної виборчої комісії по виборах Верховної Ради УРСР» і постанову «Про виборчі округи по виборах до Верховної Ради УРСР»². Усього було затверджено 304 виборчих округи³. Вибори до Верховної Ради УРСР відбулися як відповідно до загальних норм Конституції УРСР 1937 р. про виборчу систему, так і норм «Положення про вибори у Верховну Раду УРСР», затвердженого V сесією ЦВК УРСР тринадцятого скликання 25 лютого 1938 р.⁴ Вибори до Верховної Ради УРСР відбувалися в умовах жорсткого сталінського тоталітарного режиму, тому не випадково в голосуванні взяло участь 99,6 % від загальної кількості виборців. Усі 304 кандидата у депутати Верховної Ради УРСР від так званого блоку комуністів і безпартійних були одноставно обрані у найвищий орган влади УРСР⁵. Серед депутатів першої Верховної ради УРСР було комуністів 73 %, членів ВЛКСМ — 10,9 %, безпартійних — 16,1 %; за соціальним станом: робітників — 50,3 %, селян — 20,0 %, інтелігенції — 24,7 %; за національним складом: українців — 61,5 %, росіян — 34,5 %; інших національностей — 4 %. Серед депутатів Верховної ради УРСР була 81 жінка, або 26,6 % від складу депутатів Верховної Ради⁶. Зазначений склад депутатів Верховної Ради УРСР свідчив хіба

¹ ЗЗ УРСР. — 1938. — № 25. — Ст. 98.

² Там само. — Ст. 99, 100.

³ Там само. — С. 31.

⁴ 12 грудня 1950 р. Указом Президії Верховної Ради УРСР було затверджено нове «Положення про вибори до Верховної Ради Української РСР» (Див.: Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень уряду Української РСР. Т. 2: 1942–1951. — К., 1963. — С. 690). У подальші роки до цього Положення вносилися деякі зміни і доповнення (Див.: Відомості Верховної Ради УРСР. — 1959. — № 1. — Ст. 1; 1961. — № 26. — Ст. 303).

⁵ Історія держави і права Української РСР: У 2 т. Т. 2: 1937–1967 рр. — К., 1967. — С. 41.

⁶ Там само.

що про формально представницький характер Верховної Ради УРСР, але ніяк не про Верховну Раду, яка складалася б із справжніх знавців у галузі законотворчої роботи. Вибори до Верховної Ради УРСР наступних скликань принципово мало чим відрізнялися від виборів до Верховної Ради УРСР першого скликання. Та сама майже 100 % участь виборців у голосуванні, майже 100 % поданих голосів за кандидатів у депутати від блоку комуністів і безпартійних, більшість серед депутатів комуністів, представництво робітників, селян, інтелігенції, достатньо велика кількість депутатів-жінок¹. Так, Верховна Рада УРСР дев'ятого скликання, обрана 15 червня 1975 р., була останньою Верховною Радою, що мала статус, визначений Конституцією УРСР ще 1937 р., була сформована за умов участі у голосуванні 99,99 % від загальної кількості виборців, занесених до списків. За виставлених кандидатів у депутати голосували 99,97 % виборців, які взяли участь у виборах. У всіх 570 виборчих округах кандидати були обрані депутатами. До складу Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання було обрано: 175 робітників, 112 — колгоспників. У складі депутатів були: 201 жінка (35,3 %); 394 депутати — члени і кандидати в члени КПРС (69,1 %); 176 — безпартійні (30,9 %); українців — 452 (79,3 %), росіян — 111 (19,5 %), представників інших національностей — 7 осіб (1,2 %)².

Згідно з Конституцією УРСР 1937 р. Верховна Рада УРСР обиралася на строк — 4 роки. За сорок років дії Конституції УРСР 1937 р. Верховна Рада обиралася дев'ять разів. Верховна Рада УРСР першого скликання була обрана, як уже зазначалося, 26 червня 1938 р., останнього, дев'ятого скликання, — 15 червня 1975 р. Організаційно-правовою формою роботи Верховної Ради УРСР Конституція УРСР 1937 р. визнала сесії, які Президії Верховної Ради УРСР належало скликати двічі на рік. Позачергові сесії Президія Верховної Ради УРСР могла скликати за своїм розсудом або на вимогу однієї третини депутатів Верховної Ради. За винятком періоду Великої Вітчизняної війни (1941–1945 рр.) сесії

¹ Див., напр.: Перша сесія Верховної Ради УРСР другого скликання. 4–6 березня 1947 р. Стенографічний звіт. – К., 1947. – С. 13–17; Заседание Верховного Совета Украинской ССР (Первая сессия). 17–20 апреля 1951 г. Стенографический отчет. – К., 1951. – С. 18–21; Засідання Верховної Ради Української РСР четвертого скликання. Перша сесія (29–31 березня 1955 р.). Стенографічний звіт. – К., 1955. – С. 66–69; Заседание Верховного Совета Украинской ССР (пятого созыва) (Первая сессия) (15–17 апреля 1959 г.). Стенографический отчет. – К., 1959. – С. 183–185.

² Засідання Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання. Перша сесія. (4 липня 1975 р.). Стенографічний звіт. – К., 1975. – С. 13–15.

Верховної Ради УРСР скликалися регулярно. Практика роботи Верховної Ради УРСР знає проведення не тільки чергових сесій Верховної Ради УРСР, але і позачергових і так званих ювілейних сесій Верховної Ради УРСР. Так, 13–14 листопада 1939 р. відбулася Позачергова третя сесія Верховної Ради УРСР першого скликання, яка розглянула питання про прийняття Західної України до складу Української Радянської Соціалістичної Республіки і постановила: «Прийняти Західну Україну до складу Української Радянської Соціалістичної Республіки і возз'єднати тим самим великий український народ в єдиній українській державі»¹. 24 січня 1948 р. відбулася Третя (ювілейна) сесія Верховної Ради УРСР другого скликання, на порядку дня якої було одне питання «Про 30-річчя Української Радянської Соціалістичної Республіки»². 29 жовтня 1949 р. відбулася Шоста (ювілейна) сесія Верховної Ради УРСР другого скликання, на якій розглядалося також лише одне питання: «Десятиріччя возз'єднання українського народу в єдиній Українській Радянській державі»³. 24 грудня 1957 р. відбулася Ювілейна сесія Верховної Ради УРСР четвертого скликання, до порядку денного якої було включене лише одне питання: «Сорок років Української Радянської Соціалістичної Республіки»⁴. Також продовжували скликатися позачергові сесії Верховної Ради УРСР. Так, Позачергова сесія Верховної Ради УРСР, яка відбулася у квітні 1978 р., прийняла Конституцію УРСР 1978 р.

Внутрішній розпорядок сесійних засідань Верховної Ради УРСР визначався регламентом засідань Верховної Ради УРСР, який затверджувався на Першій сесії Верховної Ради відповідного скликання і діяв на весь період скликання Верховної Ради УРСР. Так, на Першій сесії Верховної Ради УРСР другого скликання 4 березня 1947 р. депутати одностайно затвердили такий регламент засідань Верховної Ради УРСР другого скликання: «Засідання Верховної Ради відбуваються з 11 години ранку до 3 години дня і з 6 години вечора до 10 години вечора.

¹ Позачергова Третя сесія Верховної Ради УРСР. 13–14 листопада 1939 р. Стенографічний звіт. – К., 1939. – С. 73.

² Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Третья, юбилейная сессия). 24 января 1948 г. Стенографический отчет. – К., 1948. – С. 7.

³ Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Шестая, юбилейная сессия). 29 октября 1949 г. Стенографический отчет. – К., 1950. – С. 4.

⁴ Ювілейна сесія Верховної Ради Української РСР, присвячена 40-річчю Української Радянської Соціалістичної Республіки (24 грудня 1957 р.). Стенографічний звіт. – К., 1958. – С. 4.

Доповідачі в питаннях порядку денного Сесії Верховної Ради за-тверджуються Головою Верховної Ради.

Кожна група депутатів Верховної Ради, яка налічує не менше 50 чоловік, може виставити свого співдоповідача.

Доповідачам надається для доповіді 1 година, для прикінцевого слова — 30 хвилин; співдоповідачам для співдоповідей — 30 хвилин, для прикінцевого слова — 15 хвилин.

Промовцям надається слово для першого виступу — 20 хвилин, для другого — 5 хвилин.

Особисті заяви і фактичні довідки вносяться в письмовому вигляді і оголошуються Головою Верховної Ради негайно або наприкінці засідання залежно від їх змісту.

Позачергові запитання вносяться у письмовому вигляді і оголошуються Головою Верховної Ради негайно.

Для слова до порядку денного надається 5 хвилин, з мотивів голосування — 3 хвилини»¹. Від наведеного регламенту нічим практично не відрізнялися регламенти засідань Верховної Ради УРСР наступних третього-восьмого скликань². Як видно, регламент засідань сесій Верховної Ради УРСР включав мінімальну кількість правил і залишав без відповіді величезну кількість питань стосовно організації та роботи вищого представницького органу влади УРСР. Така ситуація не була випадковою, оскільки не передбачалося функціонування Верховної Ради УРСР в парламентському режимі, а у зв'язку з цим і необхідністю детально регламентувати діяльність Верховної Ради. Як свідчить, наприклад, аналіз змісту стенографічних звітів засідань Верховної Ради УРСР, в яких відображена діяльність Верховної Ради за період часу дій Конституції УРСР 1937 р., усі без винятку голосування, які відбувалися на

¹ Перша сесія Верховної Ради УРСР другого скликання. 4–6 березня 1947 р. Стенографічний звіт. – К., 1947. – С. 7.

² Див., напр.: Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Первая сессия). 17–20 апреля 1951 р. Стенографический отчет. – К., 1951. – С. 10–11; Засідання Верховної Ради Української РСР четвертого скликання. Перша сесія. (29–31 березня 1955 р.). Стенографічний звіт. – К., 1955. – С. 8; Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Пятого созыва) (Первая сессия) (15–17 апреля 1959 года). Стенографический отчет. – К., 1959. – С. 8; Засідання Верховної Ради Української РСР шостого скликання. Перша сесія (11–12 квітня 1963 р.). Стенографічний звіт. – К., 1963. – С. 8; Засідання Верховної Ради Української РСР сьомого скликання. Перша сесія (11–12 квітня 1967 р.). Стенографічний звіт. – К., 1967. – С. 9–10; Засідання Верховної Ради Української РСР восьмого скликання. Перша сесія. (14–15 липня 1971 року). – Стенографічний звіт. – К., 1971. – С. 9–10.

засіданнях сесій Верховної Ради, були одноголосно «за». Тому ретельно регламентувати процедуру голосування не було потреби. Як не було необхідним це робити і у зв'язку з тим, що сесії Верховної Ради УРСР в досліджуваний період тривали або всього один день, або декілька днів, а тому виключались будь-які складні процедури проведення сесії Верховної Ради. І тільки Перша сесія Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання прийняла 4 липня 1975 р. постанову: «Про затвердження Регламенту засідань Верховної Ради Української РСР», якою затверджувався більш-менш детальний регламент засідань Верховної Ради¹. Як зазначалося на засіданні сесії, проект Регламенту засідань Верховної Ради УРСР був підготовлений, «враховуючи досвід і практику сесійної роботи найвищого органу державної влади республіки».

Керував засіданнями Верховної Ради УРСР Голова Верховної Ради, який обирався Верховною Радою УРСР. Першим Головою Верховної Ради УРСР в історії її діяльності став депутат М. О. Бурмистенко, обраний на цю посаду на Першій сесії Верховної Ради УРСР першого скликання у липні 1938 р. У подальшому у різні роки на посаду Голови Верховної Ради УРСР у період, що розглядається, обиралися О. Є. Корнійчук, П. Г. Тичина, М. У. Білий. На перших сесіях Верховної Ради УРСР кожного скликання також обиралися заступники Голови Верховної Ради УРСР, Мандатна комісія, Бюджетна комісія та інші комісії Верховної Ради УРСР. Так, на Першій сесії Верховної Ради УРСР третього скликання, крім Мандатної і Бюджетної комісій, були обрані комісія законодавчих пропозицій і комісія іноземних справ². На Першій сесії Верховної Ради УРСР п'ятого скликання, крім Мандатної і Бюджетної комісій, були також обрані постійні комісії: законодавчих передбачень, із закордонних справ, по промисловості і транспорту, по сільському господарству, по освіті і культурі, по охороні здоров'я і соціальному забезпеченню, по торгівлі і громадському харчуванню³. Обирали постійні комісії Верховної Ради УРСР і наступні Перші сесії Верховної Ради УРСР відповідного скликання. Так, Перша сесія Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання обрала 4 липня 1975 р. 17 постійних комісій. Діяльність постійних комісій як допоміжного органу Верховної Ради

¹ Засідання Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання. Перша сесія (4 липня 1975 р.). Стенографічний звіт. – К., 1975. – С. 39–42.

² Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Первая сессия). 17–20 апреля 1951 г. Стенографический отчет. – К., 1951. – С. 11.

³ Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Пятого созыва) (Первая сессия) (15–17 апреля 1959 г.). Стенографический отчет. – К., 1959. – С. 9.

УРСР була урегульована Положенням про постійні комісії Верховної Ради УРСР, затвердженим 29 червня 1966 р. на дев'ятій сесії Верховної Ради УРСР шостого скликання¹. У ньому визначалися завдання, права і обов'язки постійних комісій, форми та методи їх організаційної діяльності. Постійні комісії сприяли Верховній Раді у здійсненні законодавчих і контрольних повноважень.

При Верховній Раді діяла Рада Старійшин, до складу якої входили представники від областей, інших адміністративно-територіальних одиниць, Голова Верховної Ради УРСР і його заступники, Голова Президії Верховної Ради УРСР, його заступники і секретар Президії Верховної Ради УРСР, голови постійних комісій Верховної Ради УРСР. Рада Старійшин Верховної Ради УРСР мала рекомендаційний характер².

За сорок років діяльності Верховної Ради УРСР, правовий статус якої визначався Конституцією УРСР 1937 р., нею як єдиним законодавчим органом республіки була прийнята значна кількість законів. Практично кожного року сесіями Верховної Ради УРСР, згідно зі ст. 98 Конституції УРСР, починаючи з другої сесії Верховної Ради УРСР першого скликання (липень 1938 р.), розглядався і затверджувався шляхом прийняття закону державний бюджет УРСР на відповідний рік. З другої половини 1950 р. сесіями Верховної Ради УРСР почали також прийматися закони про державний план розвитку народного господарства Української РСР на відповідний рік. Так, Закон про державний план розвитку народного господарства Української РСР на 1957 рік прийняла 15 березня 1957 р. Третя сесія Верховної Ради УРСР четвертого скликання³. Закон про державний план розвитку народного господарства Української РСР на 1977 рік прийняла четверта сесія Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання, яка відбулася 18–19 листопада 1976 р. Приймала Верховна Рада УРСР і закони про п'ятирічні плани розвитку народного господарства УРСР.

Другою групою законів, які періодично приймалися Верховною Радою УРСР, були закони про зміни і доповнення до Конституції УРСР 1937 р., викликані різними обставинами. Так, вже Друга сесія Верховної Ради УРСР першого скликання внесла 28 липня 1938 р. деякі зміни і доповнення до статей 18, 45, 48, 87, 88 і 140 Конституції УРСР 1937 р.,

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1966. – № 26. – Ст. 150.

² Український парламентаризм: минуле і сучасне / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 147.

³ Засідання Верховного Совета Украинской ССР четвертого созыва. Третья сессия (13–15 марта 1957 г.). Стенографический отчет. – К., 1957. – С. 279.

що було обумовлено, зокрема, утвердженням у складі УРСР Сумської, Кіровоградської і Запорізької областей; проведенням поділом деяких наркоматів УРСР і утворенням нових наркоматів; необхідністю утворення при обласних Радах депутатів трудящих управлінь відповідних наркоматів тощо¹. Зміни і доповнення до Конституції УРСР 1937 р. вносили і наступні сесії Верховної Ради УРСР. Так, закон «Про зміни і доповнення статті 18 Конституції (Основного Закону УРСР)» прийняла 28 травня 1940 р. четверта сесія Верховної Ради УРСР першого скликання у зв'язку з утворенням у складі УРСР Волинської, Дрогобицької, Львівської, Ровенської, Станіславської і Тернопільської областей². Вносила зміни і доповнення до Конституції УРСР і Верховна Рада УРСР другого скликання. Так, до великої кількості статей Конституції УРСР внесла зміни і доповнення Друга сесія Верховної Ради УРСР другого скликання, прийнявши 28 червня 1947 р. Закон «Про зміни і доповнення тексту Конституції (Основного Закону)Української РСР»³. Зміни і доповнення до Конституції УРСР вносили і наступні сесії Верховної Ради УРСР другого скликання⁴. Вносилися зміни і доповнення до Конституції УРСР 1937 р. сесії Верховної Ради УРСР усіх наступних скликань. Останній раз зміни до Конституції УРСР 1937 р. вносилися четвертою сесією Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання, яка прийняла Закон «Про затвердження Указів Президії Верховної Ради Української РСР про перетворення деяких органів державного управління і про внесення змін у статті 45 і 49 Конституції (Основного Закону) Української РСР»⁵. І, на рещті, останнє слово в галузі конституційного будівництва в Україні в період, що розглядається, сказала Позачергова сьома сесія Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання, яка прийняла 20 квітня 1978 р. нову Конституцію УРСР. Ця ж сесія Верховної Ради УРСР прийняла «Декла-

¹ Друга сесія Верховної Ради УРСР. 25–28 липня 1939 р. Стенографічний звіт. – 1940. – С. 285–289.

² Четвертая сессия Верховного Совета УССР. 25–28 мая 1940 г. Стенографический отчет. – 1940. – С. 203.

³ Друга сесія Верховної Ради Української РСР другого скликання. 25–28 червня 1947 р. Стенографічний звіт. – К., 1947. – С. 167–177.

⁴ Див.: Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Четвертая сессия) 11–13 марта 1948 г. Стенографический отчет. – К., 1949. – С. 161–164; Засідання Верховного Совета Украинской ССР (Пятая сессия) 12–14 мая 1949 г. Стенографический отчет. – К., 1949. – С. 191–192; Засідання Верховної Ради Української РСР (Сьома сесія) 3–5 липня 1950 р. – Стенографічний звіт. – К., 1950. – С. 110–112.

⁵ Засідання Верховного Совета Украинской ССР девятого созыва (четвертая сессия) (18–19 ноября 1976 г.). Стенографический отчет. – К., 1977. – С. 193.

рацію Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки про прийняття і оголошення Конституції (Основного Закону) Української Радянської Соціалістичної Республіки», в якій оголошувалося про введення в дію Конституції УРСР 1978 р. з 20 квітня 1978 року¹.

Приймала Верховна Рада України також і інші важливі закони з різних питань державного, господарського і соціально-культурного будівництва. Найбільш плідною у цьому плані стала законодавча діяльність Верховної Ради УРСР, починаючи з четвертого скликання Верховної Ради, тобто з другої половини 1950-х рр. Так, четверта сесія Верховної Ради УРСР четвертого скликання прийняла 31 травня 1957 р. Закон «Про об'єднання Міністерства сільського господарства Української РСР і Міністерства радгоспів Української РСР». Перша сесія Верховної Ради УРСР п'ятого скликання затвердила Закон «Про зміцнення зв'язку школи з життям і про дальший розвиток системи народної освіти в Українській РСР»². Друга сесія Верховної Ради УРСР п'ятого скликання прийняла 20 листопада 1959 р. Закони «Про порядок відкликання депутата Верховної Ради Української РСР», «Про порядок відкликання депутата обласної, районної, міської, сільської і селищної Ради депутатів трудящих Української РСР»³. На Третій сесії Верховної Ради УРСР п'ятого скликання було затверджено Закон «Про охорону природи Української РСР»⁴. 30 червня 1960 р. Верховна Рада УРСР прийняла Закон «Про судоустрій Української РСР». Четверта сесія Верховної Ради УРСР п'ятого скликання 28 грудня 1960 р. прийняла Закони про затвердження Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів Української РСР⁵. Законотворчу роботу виконувала Верховна Рада УРСР і наступних скликань. Серед законів Верховної Ради цього періоду можна назвати Закони про районну, міську, районну в місті Ради, прийняті Верховною Радою УРСР шостого скликання. Значну роботу Верховна Рада УРСР провела в галузі кодифікації законодавства, прийнявши Закони, якими затвердила (18 липня 1963 р.) Цивільний кодекс УРСР і Цивільно-процесуальний кодекс УРСР⁶. У подальші роки Верховна Рада УРСР

¹ Позачергова сьома сесія Верховної Ради Української РСР (дев'яте скликання) 19–20 квітня 1978 р. Стенографічний звіт. – К., 1978. – С. 150.

² Засідання Верховної Ради Української РСР четвертого скликання. Четверта сесія. (30–31 травня 1957 р.). Стенографічний звіт. – К., 1957. – С. 159.

³ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1959. – Ст. 170.

⁴ Там само. – 1960. – № 23. – Ст. 175.

⁵ Там само. – 1961. – № 2. – Ст. 14, 15.

⁶ Там само. – 1963. – № 30. – Ст. 463, 464.

затвердила інші кодекси УРСР: Кодекс про шлюб та сім'ю Української РСР (1969 р.), Земельний кодекс УРСР (1970 р.), Виправно-трудоий кодекс УРСР (1970 р.), Кодекс законів про працю УРСР (1971 р.), Водний кодекс УРСР (1972 р.). Останнім з кодексів, які затвердила Верховна Рада УРСР, передбачена Конституцією УРСР 1937 р., був Кодекс Української РСР про надра. Він був затверджений Третьою сесією Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання 25 червня 1976 р.¹

Верховною Радою УРСР усіх дев'яти скликань була затверджена низка Указів Президії Верховної Ради УРСР, якими вносилися зміни і доповнення в нормативно-правові акти в період між сесіями Верховної Ради УРСР. Значна частина цих Указів Президії Верховної Ради УРСР стосувалася змін і доповнень до кодексів УРСР. Реалізуючи надане Конституцією УРСР 1937 р. право на здійснення верховного управління, Верховна Рада УРСР розглядала і вирішувала питання про обрання не тільки Голови Верховної Ради УРСР і його заступників, але й про обрання Президії Верховної Ради УРСР та утворення Ради Міністрів УРСР (до 1946 р. Рада Народних Комісарів УРСР). Ці питання розглядалися і вирішувалися Верховною Радою на першій сесії Верховної Ради УРСР кожного скликання.

Керуючись ст. 38 Конституції УРСР 1937 р., Верховна Рада УРСР утворювала Уряд УРСР — Раду Народних Комісарів УРСР (з 1946 р. — Раду Міністрів УРСР). Уперше Верховна Рада УРСР утворила Уряд УРСР 28 липня 1938 р. Головою РНК УРСР було затверджено Д. С. Коротченка².

Керуючись Конституцією УРСР 1937 р., Верховна Рада УРСР обирала Верховний Суд УРСР на строк п'ять років. Уперше Верховний Суд УРСР був обраний Верховною Радою УРСР 28 липня 1938 р. у складі Голови Верховного Суду УРСР К. Т. Топчія, 28 членів Верховного Суду УРСР і 50 народних засідателів Верховного Суду УРСР³.

Останній раз Верховна Рада УРСР здійснила надане їй Конституцією УРСР 1937 р. право обирати Верховний Суд УРСР 21 грудня 1977 р. У цей день на Шостій сесії Верховної Ради УРСР дев'ятого скликання

¹ Засідання Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання. Третя сесія (24–25 червня 1976 р.). Стенографічний звіт. – К., 1976. – С. 169–202.

² Історія держави і права Української РСР: В 2 т. Т. 2: 1937–1967 рр. – К., 1967. – С. 45.

³ Друга сесія Верховної Ради УРСР. 20–28 липня 1939 р. Стенографічний звіт. – К., 1940. – С. 282–284.

була прийнята постанова «Про обрання Верховного Суду Української РСР». Верховний Суд УРСР був обраний у складі Голови Верховного Суду УРСР О. Н. Якименка, двох заступників Голови Верховного Суду, 43 членів Верховного Суду УРСР і 75 народних засідателів Верховного Суду УРСР¹.

Верховна Рада УРСР також здійснювала контрольні повноваження. Це виявлялося, зокрема, у здійсненні контролю за додержанням Конституції УРСР, затвердженні звітів про виконання планів економічного і соціального розвитку УРСР за відповідний період, а також у регулярному затвердженні звіту про виконання державного бюджету УРСР.

У період, що розглядається, Верховна Рада УРСР функціонувала в умовах панування в СРСР у цілому, в Українській РСР у тому числі, командно-адміністративної системи управління, а тому вона повною мірою зазнала на собі вплив усіх чинників цієї системи. Так, у своїй діяльності Верховна Рада УРСР керувалася рішеннями комуністичної партії, яка, згідно з Конституцією УРСР оголошувалась керівним ядром усіх організацій трудящих як громадських, так і державних. Керівним ядром у Верховній Раді УРСР була партійна група, до складу якої входили депутати-комуністи. На засіданнях партійної групи обговорювалися всі питання роботи Верховної ради УРСР, у тому числі й питання, пов'язані з кандидатами на державні посади, які обиралися Верховною Радою УРСР. Підкоряючись партійній дисципліні, депутати-комуністи голосували за рішення, прийняті партійною групою Верховної Ради УРСР. Оскільки до Верховної Ради УРСР завжди обиралося депутатів-комуністів більше ніж 2/3 складу депутатського корпусу Верховної Ради, то будь-яке її рішення теоретично могло бути затверджено за умови, якщо за це голосували тільки депутати-комуністи.

Право, як відомо, відбиває і закріплює особливі риси суспільного ладу, того чи іншого державного утворення, певного періоду його розвитку. Закони та інші нормативні акти певною мірою висвітлюють процеси, що відбувалися в економічній, політичній, суспільній сферах СРСР, УРСР, котра входила до складу Союзу РСР протягом періоду, що розглядається. У них явно простежуються суперечливі процеси в розвитку радянського суспільства, жорсткий централізм, адміністративно-командний стиль управління суспільством. Більшість прийнятих Верховною Радою УРСР законів ґрунтувалися на принципах пріоритету всього

¹ Засідання Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання. Шоста сесія (20–21 грудня 1977 р.). Стенографічний звіт. – К., 1978. – С. 201–204.

державного над особистістю, суть яких: держава — все, особистість — ніщо. Незважаючи на те що Законом СРСР «Про віднесення до відання союзних республік законодавства про устрій судів союзних республік, прийняття цивільного, кримінального і процесуального кодексів» від 11 лютого 1957 р. були чітко визначені повноваження Союзу РСР у законодавчій сфері, у подальшому законодавство УРСР та інших союзних республік розвивалося, в основному, під безпосереднім впливом загальносоюзних законодавчих актів, причому при прийнятті загальносоюзних законів законодавцям союзних республік прямо наказувалося вносити зміни і доповнення у відповідні закони республіки. Це свідчить про переважання централістських установок в законотворчості, які суттєво обмежували права союзних республік в законотворчості. А якщо до цього додати, що на території УРСР безпосередньо діяли чисельні загальносоюзні закони, то від прав Верховної Ради УРСР в законотворчості залишалося не так уже й багато. Та незважаючи на сказане, все ж таки Верховна Рада УРСР за час дії Конституції УРСР 1937 р. набула значного досвіду організації та діяльності в процесі здійснення упродовж сорока років своїх конституційних повноважень.

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

В. Яроцький, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціальних управлінських систем

Висвітлення тих чи інших аспектів специфіки правового регулювання відповідних груп цивільних відносин завжди було предметом пильної уваги вітчизняних та зарубіжних цивілістів, а також теоретиків права. Зокрема, цивілістичні пошуки у вказаному напрямку здійснювали В. І. Борисова, А. С. Довгерт, І. В. Жилінкова, В. М. Ігнатенко, М. М. Сібільов, І. В. Спасибо-Фатеева, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко та інші. Однак окремі теоретичні питання, пов'язані з аналізом сфери врегульованих положеннями цивільного права особистих немайнових та майнових відносин саме як різновиду *соціально-правових управлінських систем*, у цивілістиці досліджені недостатньо. Можливість аналізу поставленої проблематики обумовлена тим, що правове регулювання в одному із можливих ракурсів розглядається в теорії права як різновид *управлінського процесу*¹, за допомогою якого забезпечується «результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини спеціальної *системи* власне правових засобів (норм права, правовідносин, актів реалізації і застосування)»². Для ілюстрації відстоюваних загальнотеоретичних положень окремі правники (зокрема, С. С. Алексєєв) часто використовують приклади, що ґрунтуються на протиставленні публічно-правової та приватноправової сфер правового регулювання. Організаційно-впорядкувальний вплив першої з них на врегульовані правом відносини забезпечується пере-

¹ Див.: Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 1997. – С. 635.

² *Комаров С. А.* Общая теория государства и права в схемах и определениях. – М., 1996. – С. 9.

важно за рахунок «зовнішнього» нормативно-організаційного регламентаційного впливу. Досліджувана сфера характеризується органічним поєднанням у межах єдиної регулятивної (а відтак управлінської) системи *нормативної організації* впорядкування цивільних відносин (нормативного регулювання) та їх *самоорганізації* (саморегулювання). *Системи, що самоорганізуються*, у літературі пропонується розглядати як системи, що здатні при активній взаємодії з середовищем змінювати свою структуру, разом з тим зберігаючи цілісність, дозволяючи діяти в межах закономірностей, притаманних оточенню, *обираючи одну з можливих ліній поведінки*¹. Аналіз основних напрямів здійснення регламентаційного впливу та галузевої специфіки функціонування сфери цивільно-правового регулювання визначає можливість її розгляду під досліджуваним кутом зору як *складної соціально-правової управлінської системи, що функціонує на засадах диспозитивності та самоорганізації*.

Самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціально-правових управлінських систем є похідними від диспозитивних і обумовлені особливостями галузевих *предмета, методу та механізму* правового регулювання. Вказані елементи характеристики цивільного права як галузі у досліджуваному ракурсі одночасно є чинниками, що визначають особливості досліджуваної сфери як регулятивної системи. Сфера цивільно-правового регулювання постає як всеохоплююче самоорганізоване середовище, у межах якого забезпечується регламентаційний вплив на цивільні відносини цілісної системи правових засобів різних рівнів та регламентаційної спрямованості. Формування окремих з цих правових засобів (укладення договорів, вчинення односторонніх правочинів, оформлення і розміщення або видача цінних паперів тощо) здійснюється на засадах самоорганізації. Остання визначає можливість набуття та безперешкодної реалізації суб'єктивних цивільних прав у межах регламентаційного середовища, підпорядкованого нормативному впливу, але в кінцевому підсумку створюваного самими учасниками цивільних правовідносин для задоволення своїх інтересів. Самоорганізаційні засади функціонування цього середовища обумовлені перш за все характером та колом охоплюваних ним відносин (відносин приватноправової сфери, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій само-

¹ Юдин Э. Г. Методологические проблемы исследования самоорганизующихся систем // Проблемы методологии системного исследования. – М., 1970. – С. 360–361.

стійності їх учасників). Врахування їх особливостей обумовлює закріплення юридичних конструкцій, застосування яких ґрунтується на диспозитивних засадах правового регулювання цивільних відносин. Диспозитивність перш за все полягає у визначеній нормами цивільного права можливості уповноважених осіб діяти ініціативно, обираючи можливі варіанти їх правомірної поведінки, тобто самостійно визначати форми реалізації комплексу наданих їм правових можливостей. Однак диспозитивність методу цивільно-правового регулювання передбачає не тільки можливість обирати можливі варіанти правомірної поведінки, визначені на рівні положень уповноважувачих норм цивільного права, а й обумовлює засади самоорганізації правового регулювання більшості різновидів цивільних відносин. Диспозитивність методу, загальнодозвільний характер режиму та елементний склад (зокрема, наявність правових засобів, що формуються самими учасниками правовідносин) механізму цивільно-правового регулювання у сукупності визначають самоорганізаційні засади впорядкування приватноправової сфери.

Співвідношення нормативно-організаційних та самоорганізаційних засад, що визначають межі ініціативи учасників цивільних правовідносин та ступінь їх безпосередньої участі у забезпеченні локального регламентаційного впливу на особисті немайнові або майнові відносини, у цих сферах різняться. Необхідність створення однакових умов для набуття та здійснення суб'єктивних прав для всіх учасників особистих немайнових відносин обумовлює переважну роль нормативно-організаційних засад у порівнянні з засадами самоорганізації у цій сфері локального впорядкувального впливу цивільного права. Разом з тим специфіка механізму правового регулювання особистих немайнових відносин все ж не виключає наявності самоорганізаційних засад регламентації окремих видів відносин, наприклад сфери набуття та здійснення прав на об'єкти інтелектуальної власності. Мова йде про договірне регулювання здійснення майнових прав авторів, похідних суб'єктів права інтелектуальної власності (правонабувачів та спадкоємців авторів), правові механізми колективного управління їх майновими правами, які здійснюються на самоорганізаційних засадах.

Найбільш характерними самоорганізаційні засади є для сфери регламентації майнових відносин. Самоорганізаційна активність їх учасників полягає, зокрема, у можливості здійснення ними індивідуального регулювання та саморегулювання відносин за їх участю. Індивідуальне регулювання характеризується створенням регламентаційного середовища, у межах якого можливість набуття та реалізації суб'єктивних ци-

вільних прав має обмежене коло учасників цивільних відносин. Наприклад, у сфері корпоративних відносин індивідуальне регулювання полягає у розробці та затвердженні статутів господарських товариств, їх різноманітних внутрішніх положень (наприклад, Положень про нарахування та виплату дивідендів), інших локальних актів. Акти саморегулювання полягають у встановленні суб'єктивних цивільних прав і обов'язків шляхом укладення договорів або вчинення односторонніх правочинів. На самоорганізаційних засадах здійснюється саморегулювання не тільки договірних, але й інших груп майнових відносин. Можливість прийняття відповідних актів саморегулювання, положення яких обов'язкові до виконання, забезпечує максимальне врахування індивідуальних потреб та інтересів суб'єктів, що беруть участь у встановленні моделей бажаної для них правомірної поведінки, оскільки її *лінії* (з урахуванням термінології Е. Г. Юдіна) формуються ними самостійно. Необхідність забезпечення охоплення регламентаційним впливом різноманітних видів суспільних відносин обумовлює універсальність комплексів правових засобів, що визначають елементний склад механізму регулювання майнових відносин. Важлива роль у ньому належить одностороннім правочинам та договорам. Адже саме багатоманітність конструкцій правочинів, закріплених на рівні положень ЦК України і можливість конструювання нових їх видів у визначених законодавством межах, дозволяє учасникам цивільних відносин забезпечити найвищий рівень самоорганізації у формуванні бажаних для них моделей правомірної поведінки та передбаченні наслідків неправомірної. Основне функціональне призначення заснованих на засадах самоорганізації односторонньо-правочинних та договірних актів саморегулювання полягає в універсальності їх застосування як правових засобів опосередкування оборотоздатності та інших динамічних аспектів функціонування цивільного обороту. Це дає можливість казати про влучність запропонованого в літературі підходу щодо визначення договору в одному із можливих аспектів аналізу його правової природи як універсального юридичного засобу (елемента) механізму правового регулювання¹.

Прикладами односторонніх актів саморегулювання, за рахунок яких забезпечується самоорганізація порядку правового регулювання майнових відносин самими їх учасниками, зокрема, є правочини, які можуть

¹ Див.: Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права // Проблеми законності: Респуб. міжвід. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2003. – Вип. 58. – С. 53.

укладатись у сфері спадкування. Це, наприклад, заповіт (ст. 1233 ЦК України), прийняття або неприйняття спадщини (ст. 1268 ЦК України), заповідальний відказ (ст. 1238 ЦК України). Самоорганізаційні засади характеризують і забезпечення саморегулювання відносин представництва, у межах яких може застосовуватися довіреність (статті 244, 246 ЦК України). Враховуючи можливість виникнення відносин представництва в ході здійснення підприємницької діяльності, довіреністю (на протипагу договору) можуть визначатися повноваження комерційного представника. Вказані односторонні акти саморегулювання мають загальний характер, оскільки можуть використовуватись і у ході впорядкування інших відносин, які становлять предмет цивільного права. З огляду на функціональне призначення односторонньо-правочинних і договірних актів саморегулювання у структурі механізму правового регулювання майнових відносин, у досліджуваному ракурсі їх можна визначити як правові засоби, які забезпечують самоорганізаційні засади його регламентаційного впливу.

В ідеалі акти нормативного і позанормативного характеру мають враховувати обумовлені рівнем соціально-економічного розвитку суспільства потреби в забезпеченні необхідних і достатніх меж регламентування відповідних однорідних груп цивільних відносин і не допускати появи прогалин у регулюванні. З цього приводу слід навести слушне судження С. А. Степанова про те, що «прогалини», наприклад, у цивільному праві — сама його сутність, яка виражається в прагненні приватного права до великих «вільних зон»¹. Оцінка наявності прогалин у цивільному праві як позитивного або негативного (хоча й об'єктивно неминучого) явища становить окрему проблему. З урахуванням ступеня важливості і значної питомої ваги відносин, які становлять предмет цивільного права, у загальній сукупності врегульованих правом соціально-правових зв'язків, поява нових їх видів, які об'єктивно потребують нормативної регламентації, не тільки не виключається, а й уявляється неминучою. Подальше законодавче стимулювання і вдосконалення позанормативного (індивідуального) регулювання і саморегулювання як його складової доцільно розглядати як шляхи вирішення проблеми скорочення небажаних прогалин у цивільно-правовому регулюванні. Вони мають місце у випадках, якщо відповідна частина відносин врегульована на недостатньому рівні або залишилась поза сферою

¹ *Степанов С. А.* О «пробелах» в праве // *Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр.* – М., 2001. – С. 329.

регламентаційного впливу. Тому актуальною є проблематика створення ефективних механізмів прогнозування та уникнення появи прогалин у цивільно-правовому регулюванні, оскільки порядок їх подолання унормований на законодавчому рівні. Положення ст. 8 ЦК України (ч. 1–2) визначають можливість застосування для врегулювання неврегульованих відносин аналогії закону або права. У контексті зазначеного є показовим, що вказані положення нового ЦК України як одна з умов застосування аналогії закону або права визначають неврегульованість відносин не тільки шляхом нормативного регулювання, але і у разі ігнорування сторонами такого важливого правового засобу саморегулювання, як договір.

Водночас треба зазначити, що забезпечення виваженого балансу нормативного і свободи позанормативного регулювання в приватноправовій сфері є основним завданням механізму правового впливу в цілому (як категорії, що має більш широке значення і термінологічне застосування, ніж механізм цивільно-правового регулювання). Слід погодитися з висловленою у літературі думкою про те, що «норми цивільного права, як правило, розраховані на доповнення нормативного регулювання індивідуальною регламентацією відносин за розсудом співучасників цивільно-правових зв'язків»¹. Положення ЦК України ґрунтуються на новому, більш виваженому підході до визначення співвідношення нормативного і позанормативного (індивідуального) регулювання цивільних відносин і саморегулювання як його складової. У цивілістичній літературі це зазначається стосовно особливостей вказаного співвідношення у сфері забезпечення регламентації договірних відносин. Зокрема З. В. Ромовська і М. М. Сібільов підкреслюють, що у сфері договірних відносин проект відсуває закон на друге місце, надаючи перевагу договору². Слід зауважити, що відповідно до ч. 4 ст. 6 ЦК України всі положення, які стосуються співвідношення актів цивільного законодавства і договору, поширюються і на односторонні правочини.

Вказані нові підходи до забезпечення саморегулювання відносин визначають шляхи розв'язання проблеми скорочення прогалин у досліджуваній сфері правового регулювання. Ці шляхи полягають у забез-

¹ Яковлев В. Ф. Сущность и основные черты гражданско-правового метода регулирования общественных отношений // Правоведение. – 1972. – № 6. – С. 86.

² Див.: Ромовська З. В. Проблеми загальної теорії права у проекті Цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. Довгєрта. – К., 2000. – С. 41.

печенні всебічного (на нормативному, *організаційному* і навіть ідеологічному рівнях) стимулювання активної участі суб'єктів цивільного права у забезпеченні регламентації відносин у досліджуваній сфері. У цьому аспекті правові стимули можуть розглядатись як різновид способів правового регулювання, які стимулюють розвиток *самоорганізаційних засад* забезпечення регламентаційного впливу на цивільні відносини. Ця участь має забезпечуватись стимулюванням підвищення активності і розширенням меж правових можливостей учасників цивільних правовідносин у забезпеченні самоорганізації досліджуваної сфери. Як передумови особистісного характеру, що визначають характер та межі реалізації визначених учасниками цивільних правовідносин їх правових можливостей, слід визначити рівень їхньої правової культури і юридичної поінформованості, які мають суб'єктивний характер, а також справляють суттєвий вплив на самоорганізацію їх правомірної поведінки.

Нормативне, організаційне та ідеологічне забезпечення поглиблення засад самоорганізації цивільно-правового регулювання може розглядатись як один із шляхів вирішення проблеми скорочення прогалін у цивільному праві. Зокрема, на засадах самоорганізації ґрунтується широке використання в цивільному (і в першу чергу діловому) обороті таких, що не суперечать актам цивільного законодавства і положенням договору звичаїв і, зокрема, звичаїв ділового обороту (ст. 7 ЦК України). На самоорганізаційних засадах ґрунтується реалізація майнових відносин усіх аспектів принципу свободи договору (п. 3 ст. 3 ЦК України) і пріоритету договірної регулювання над нормативним, а також формування ustalених у певних сферах цивільних відносин правил поведінки (звичаїв і, зокрема, звичаїв ділового обороту). Таким чином, поряд із подальшим удосконаленням визначених актами цивільного законодавства нормативних механізмів, самоорганізаційні засади діяльності учасників цивільних відносин у сфері конструювання, прийняття і застосування актів позанормативного регулювання і саморегулювання слід розглядати як взаємопов'язані шляхи забезпечення оптимізації регулятивних механізмів, застосовуваних у приватноправовій сфері.

Викладене дає підстави дійти таких висновків. За рахунок переважання дозволін, що об'єктивовані у положеннях більшості норм цивільного права, у приватноправовій сфері створюється унікальний галузевий загальнодозвільний режим правового регулювання, який ґрунтується перш за все на засадах *диспозитивності*. Указаний режим підлягає розгляду як особливий порядок регулювання цивільних відносин,

що забезпечується за рахунок взаємодії відповідної сукупності правових засобів, органічно поєднаних у межах окремої соціальної (цивільно-правової) управлінської системи. Поглиблений аналіз специфіки забезпечуваного нормативними та позанормативними регуляторами регламентаційного впливу на особисті немайнові та майнові відносини дає можливість зробити висновок щодо *самоорганізаційних засад* функціонування сфери цивільно-правового регулювання як управлінської системи. Дослідження специфіки цієї сфери, з урахуванням наявності вказаних засад, визначає можливість її розгляду як *складної соціально-правової управлінської системи, що функціонує на засадах диспозитивності та самоорганізації*. Як відомо, прояв диспозитивних засад правового регулювання цивільних відносин полягає саме у наданні їх учасникам можливості обирати *відповідні лінії поведінки*, найбільш оптимальні та бажані для них її варіанти, набувати та здійснювати належні їм суб'єктивні цивільні права. Таким чином, самоорганізаційні засади досліджуваної сфери праворегуляції логічно випливають із притаманних їй *диспозитивних засад*. Адже можливість прояву учасниками цивільних відносин *ініціативи* у здійсненні саморегулювання окремих їх видів підлягає розгляду як одна із таких *ліній (напрямоків) правомірної поведінки*, визначеної управомочуючими нормами цивільного права.

Упорядкувальна дія управомочуючих норм цивільного права в органічному поєднанні із регламентаційним впливом позанормативних регуляторів (зокрема правочинів, локальних актів та статутів юридичних осіб, звичаїв тощо) створює, так би мовити, впорядковане цивільно-правове середовище, що функціонує як єдина управлінська система на засадах диспозитивності та самоорганізації. У межах цього середовища забезпечується впорядкувальний вплив відповідних взаємоузгоджених комплексів правових засобів на окремі групи особистих немайнових та майнових відносин. Формування вказаного середовища здійснюється не лише на законодавчому рівні, але і за безпосередньої участі самих учасників цивільних відносин, що наділені правом визначати напрямки, характер та межі впорядкувального впливу його окремих сегментів на відносини за їх безпосередньою участю. *Самоорганізаційні та диспозитивні* засади формування досліджуваного середовища характеризуються єдиною спрямованістю на забезпечення безперешкодної можливості набуття, передачі, здійснення та захисту відповідних категорій суб'єктивних цивільних прав, поставленої в залежність від роз-

суду управомоченої особи. Самоорганізаційні засади в досліджуваному аспекті підлягають розгляду в контексті можливості учасників цивільних відносин у визначених нормою права межах брати участь у формуванні регламентаційних механізмів з використанням як нормативних, так і позанормативних регуляторів, визначаючи характер та межі забезпечуваного ними правового впливу, свідомо та самостійно підпорядковуючи варіанти своєї правомірної поведінки відповідним моделям та напрямкам його здійснення. У цьому аспекті самоорганізаційні засади забезпечення регламентації цивільно-правової сфери не підлягають повному отождненню з диспозитивними як такі, що мають похідний від них характер. Таким чином, органічний взаємозв'язок диспозитивних та самоорганізаційних засад у поєднанні з іншими чинниками у досліджуваному аспекті вирізняє сферу цивільно-правового регулювання з-поміж інших напрямків забезпечення регламентаційного впливу на відповідні однорідні групи суспільних відносин, забезпечуваного нормативними положеннями інших галузей системи права України.

І. Спасибо-Фатсєва, член-кореспондент
Академії правових наук України

Методологічні підходи до формування національних інноваційних систем

Останнім часом життя все наполегливіше диктує необхідність посилення акцентів на розвиток інновацій. При цьому час від часу тими або іншими колами, регіонами, державними органами демонструється зацікавленість рухатися в цьому напрямку. Іноді вищими ешелонами влади приймаються концептуальні документи, проводяться конференції, деяким чином навіть реформується структура органів державного управління. Проте немає потреби в доказах того, що нічого істотного з цього напрямку так і не відбулося. Це очевидно всім і від цього стає ще три-вожніше за ситуацію в країні, що не породила механізмів, здатних вивести її на інноваційний шлях розвитку. За наявності вірних критичних висловлювань про стан справ і розуміння в цілому стратегічних кроків, необхідних для його змін, на наш погляд, відсутня чітка і продумана програма дій. Представляється, що цього можна було б уникнути, визначивши передусім методологічні підходи до формування національних інноваційних систем (НІС). І вже виходячи з них, варто визначити орієнтири та шляхи їх досягнення.

Не можна не зазначити також, що в основному проблемами інноваційних перетворень займаються економісти, що відразу ж позначається на загальній картині пропонованих інноваційних реформ. Адже при багатозначності економічних і фінансових аспектів вирішення цих проблем усе-таки першорядну роль відіграють правові механізми, в які вони будуть увібрані. А саме в цьому питанні наші національні пошуки є найбільш ущербні.

У зв'язку зі сказаним потрібно передусім визначити спонуки, що штовхають країни і співтовариства до розвитку НІС. Так, наприклад, Франція вбачає основне завдання НІС у створенні додаткових робочих місць, а Німеччина — у розвитку прогресивних технологій. При цьому, за оцінками європейських експертів, загальна ефективність обох НІС приблизно однакова.

У кожному конкретному випадку стратегія розвитку НІС визначається проведеною державою макроекономічною політикою, нормативно-

правовим забезпеченням, формами прямого і непрямого державного регулювання, станом науково-технічного і промислового потенціалу, внутрішніх товарних ринків, ринків праці, а також історичними і культурними традиціями й особливостями.

Новий етап розвитку НІС, що полягає в їхньому об'єднанні в єдину гіпермережу, почався в березні 2000 р., коли на засіданні Європейського Союзу в Лісабоні була запропонована програма створення інфраструктури знань, активізації інновацій і економічних реформ, модернізації систем соціальної підтримки і реформи освіти. Метою цієї програми є побудова найбільш компетентної і динамічної економіки, заснованої на знаннях, що має забезпечити ЄС світове лідерство.

Щодо наших українських реалій, то, звичайно, передусім, нашу країну до розвитку інновацій спонукає усвідомлення того, що іншого шляху не існує. До цього приводять нескладні зіставлення нашого економіко-правового стану зі станом тих країн, до рівня яких ми заявляємо, що прагнемо. Однак це лише загальна канва. Конкретною спонукою до дій буде вимушеність до реформ, коли ти не тільки розумієш, що іншого не дано, але і поставлений у такі умови, що залишається тільки негайно діяти. Цей стан можна порівняти зі станом людини, яка стоїть перед ескалатором і розмірковує: чи треба їй ставати на стрічку ескалатора, що рухається, чи піти по сходах або взагалі залишитися стояти, тоді як у неї є безумовна потреба вибратися нагору. Ми поки що подібні до такої людини, яка роздумує, хоча і розуміє, що їхати треба, як казав відомий персонаж М. Булгакова Кіт-Бегемот. А ось уже тоді, коли ми станемо на ескалатор, то змушені будемо додержуватися правил, адже перебуватимемо вже в процесі і зупинитися буде неможливо.

Наступний важливий момент — це завдання, що ставить перед собою співтовариство, усвідомлюючи необхідність НІС, і які не можна зводити лише до добрих намірів щодо того, як би нам так облаштуватися, щоб досягти нехай не вершин, але гідного рівня життя. Варто усвідомити, що не стоїть питання про реформування або неререформування суспільства, а про сутність цих реформ, їх глибину й обсяг.

При цьому в інших країнах, що пройшли подібний шлях, особливо підкреслювалася необхідність вирішення двох основних завдань:

одержання максимуму інноваційних переваг за рахунок національних і загальноєвропейських зусиль по підтримці досліджень;

створення дружельюбного середовища для початку і розвитку інноваційного бізнесу.

Для початку руху інноваційним шляхом і для висування пропозицій реформ слід розуміти й оцінювати умови, в яких складатиметься НІС. Чи є у нас дружелюбне або хоча б сприятливе середовище для початку руху інноваційним шляхом? При цьому треба в це поняття середовища вмістити стан ринкового середовища, корпоративного управління, державного регулювання, університетської науки, малого і середнього бізнесу, умов для продукування інтелектуальних нововведень, нормативно-правової бази — і все це повинно відповідати реаліям і враховувати гнучкість або хоча б пристосованість до цього наведених вище соціальних інституцій.

Зважена оцінка нинішнього стану нашого суспільства викликана абсолютною необхідністю цього для вироблення і формулювання підходів до формування умов реформування того середовища, в якому здійснюватимуться інноваційні реформи. Адже практично в усіх європейських країнах становлення інноваційних засад бізнесу стало можливим завдяки створенню НІС, що спираються на відповідну державну політику і законодавство, які забезпечують розвиток їхньої економіки за рахунок підвищення ефективності використання наявного науково-технічного й інтелектуального потенціалу шляхом прискореного створення сучасних технологій і організації на їх основі випуску високотехнологічної продукції масового попиту.

Для цієї мети була запропонована система, що включає 16 індикаторів, розподілених на чотири групи.

1. *Людські ресурси*. Відомо, що кількість і якість людських ресурсів є головним чинником, що визначає як створення нових знань, так і їх поширення.

2. *Генерація нових знань*, завдяки чому вимірюється активність винахідницької діяльності і патентування, що в кінцевому підсумку є джерелом прибутків від інноваційної діяльності.

3. *Передача і використання знань*. Нові знання, що з'являються в результаті винахідницької активності, не є єдиним аспектом інноваційної діяльності компанії. Поряд з цим компанії використовують також розробки сторонніх осіб. Більше того, вони часто відстежують ідеї і технічну інформацію з зовнішніх інформаційних джерел для інноваційного розвитку самостійно або скооперувавшись з іншими компаніями.

У цьому розумінні важлива інфраструктура, здатна: а) відслідковувати генераторів знань, ідеї на різних етапах їхнього втілення; б) фінансувати їх доробку й оформлення; в) приступати до їхнього впроваджен-

ня. Для цього важливими є наявність малих і середніх компаній (МСК), що відіграють життєво важливу роль в інноваційному процесі, здійснюючи зв'язок з публічними науковими структурами і великими фірмами, розвиваючи нові ідеї й беручи активну участь у їх поширенні.

4. *Інноваційні фінанси, ринки і результати.* Ця група показників стосується забезпечення ризиковим капіталом, продажу інновацій, використання мережі Інтернет, інвестицій в інформаційні і телекомунікаційні технології й економічну діяльність у прогресуючих секторах.

Зупинимося на деяких елементах НІС. У її основі лежить *підсистема генерації знань*, що являє собою сукупність організацій, які виконують фундаментальні і прикладні дослідження та розробки. Історично в різних країнах склалися різні структури — як державні, так і суспільні, провідні наукові дослідження і розробки. Так, у Німеччині це насамперед Товариство Макса Планка і Товариство Фраунгофера, у Нідерландах — Організація прикладних наукових досліджень (ТНО), Організація наукових досліджень (NWO), Королівська академія мистецтв і наук (KNAW) і так далі. Значний обсяг досліджень і розробок виконується в університетах.

Не маючи можливості в рамках цієї статті охопити всі складові розглянутої підсистеми, відзначимо проблематику наукової діяльності в українських вищих навчальних закладах (ВНЗ). Адже традиційно у світі саме вони є колискою інноваційної діяльності, її джерелом, у зв'язку з чим важко переоцінити значення університетської науки для НІС.

Виробництво наукомісткої продукції здійснюється як великими компаніями, так і МСК, що працюють у сфері наукомісткого бізнесу. Практично всі НІС мають на державному рівні добре налагоджені правові й економічні механізми взаємин МСК, часток інвесторів (бізнес-янгелів) і великих компаній. Зокрема ці механізми засновані на володінні акціями тих або інших компаній, страхуванні технологічних ризиків тощо.

Природно, що держава зацікавлена в підтримці і розвитку МСК, які: а) відрізняються найбільшою гнучкістю, що дає змогу їм оперативніше реагувати на зміни ринкової обстановки; б) відіграють роль постачальників окремих видів наукомісткої продукції для комплектації великих виробництв; в) значною мірою вирішують питання працевлаштування найбільш активних і життєздатних науково-технічних кадрів, що представляють найціннішу частину кадрового компонента науково-технічного потенціалу країни.

Основними елементами підсистеми *інноваційної інфраструктури* є бізнес-інноваційні, телекомунікаційні і торговельні мережі, технопарки, бізнес-інкубатори, інноваційно-технологічні центри, консалтингові фірми, фінансові структури, у тому числі венчурні фонди. Останні, попри всю свою привабливість, не є універсальним механізмом, здатним забезпечити повне фінансування створення інноваційного продукту, а націлені в основному на завершальні стадії розробки, починаючи зі створення зразка продукції. Утім, у багатьох країнах набуло розвитку венчурне фінансування малих інноваційних компаній на їхній стартовій фазі. Однак у більшості випадків початкові стадії розробки інноваційної продукції фінансуються з власних коштів організації або із залученням грантів, а також за допомогою інших механізмів підтримки інноваційної діяльності. Власне стадія виробництва фінансується шляхом залучення звичайних банківських кредитів, формування фінансових пулів і т. ін. У відсутність промисловості, здатної сприймати сучасні розробки, стійкої і гнучкої кредитно-грошової системи венчурний механізм фінансування навряд чи дасть позитивний ефект, оскільки в цьому випадку компанії, які скористалися послугами венчурних фондів, будуть не в змозі забезпечити повернення інвестованих коштів.

Звідси, зрозуміло, що одним із найбільш істотних компонентів НІС є те ринкове середовище, яке диктує необхідність в інноваціях. Важливим є не тільки розуміння необхідності інновацій у виробництві, але і потреба самого виробництва в цьому. Якщо є попит на інноваційний продукт, то буде і фінансування, під що побудуються і відповідна кредитно-фінансова система, і ринок технологій, і втілення інтелектуального продукту в кінцевий ринковий продукт — товар. У свою чергу, цей шлях забезпечує і конкуренція, що існує саме в ринковому середовищі.

Зіставлення наведених компонентів, що склалися і розвиваються в потрібному напрямку в інших країнах, які демонструють ефективність свого шляху розвитку, з нашими українськими реаліями, дає підстави зробити невтішні висновки.

Насамперед, *нормативна база*, яка повинна бути саме базою і регулятором суспільних відносин у сфері інновацій та дозволяти адекватно реагувати на потреби, що змінюються, не виконує своєї ролі. І справа абсолютно не в необхідності прийняття Інноваційного кодексу, про що часто заявляється останнім часом. Не говорячи про проблему так званої «кодексоманії», якій піддалося наше суспільство з 90-х років минулого сторіччя, слід хоча б задуматися про те, що черговий кодекс за відсут-

ності доктринального підходу не дасть позитивного результату. Прийняття неузгоджених між собою Цивільного, Сімейного, Земельного, Господарського, Кримінального, а також процесуальних кодексів не тільки не вирішило проблем, а навпаки, поглибило їх. Є очевидним, що справа не в кодексах, тим більше, коли їх розробка і прийняття відбуваються всупереч не тільки правовим канонам і доктринам, але і здоровому глузду, як це мало місце з Господарським кодексом.

Тому потрібне вироблення насамперед наукової доктрини, яка має бути генерована серйозними науковими (у першу чергу юридичними й економічними) академічними установами і вищими навчальними закладами. Доктрина повинна бути погоджена, продумана і покладена в основу реформування інноваційного законодавства. При цьому мають бути продумані і погоджені шляхи такого реформування, причому не на догоду тим або іншим колам, що роблять заяви переважно популістські, а з урахуванням усіх поглядів і, що немаловажно, це повинно вписуватися в загальноприйняті канони законотворчої діяльності.

Крім цього, слід продовжити реформування *структури державних органів*, які мають відношення до інноваційної сфери. На жаль, у нашій країні вони занадто численні, неупорядковані і надзвичайно швидко створюються і припиняють своє (іноді безславне) існування. Найбільш устояним серед них є Міністерство освіти і науки, покладаються надії на не так давно створене Державне агентство з інвестицій та інновацій. Можливо, виправдають очікування й Українська державна інноваційна компанія, і Державний інноваційний фонд, і Національна рада України з інвестицій та інновацій як дорадчий орган при Президенті України. Однак поки чіткої структури у сфері державного управління інноваціями не простежується.

Ринкова структура в нашій країні також далеко не найкраща, оскільки ще не упорядкована біржова торгівля, недостатньо розвинуті біржові механізми. Особливо наочно це виявляється на фондовому ринку, де мінімізовані договори з акціями. Та й надій на активізацію торгівлі на біржі фондовими активами покладати не доводиться в Україні поки не буде нормального акціонерного законодавства. Ті ж безсторонні рейдерські захоплення, якими заповнено порожній простір, за відсутності діяльних правових механізмів, свідчать не на користь цивілізованого ринку.

Стан наукового ореола в соціумі: структура, фінансування, облік, ринкові механізми. Цей показник також є вкрай важливим для загальної картини нашої дійсності. Наукові кадри катастрофічно старіють із усіма

наслідками, що звідси випливають, у тому числі що стосується здатності не тільки генерування, а і сприйняття нових ідей. Важка структура академічних і вузівських учених рад являє собою часто лише удавані колективні та принципові збори односторонців, що обговорюють наукову проблему і вболівують за неї. Проблеми ВАК давно усім відомі, однак, про її реформування мови поки не йде. У результаті ми маємо ледве не армію кандидатів і вже докторів наук, що взагалі не мають відношення до науки як такої. Це є соромом дійсних учених. І при таких полчищах «науковців» ми не маємо гідного наукового продукту, здатного зрушити країну з її недостойного місця. До цього варто додати, що практично всі академічні й університетські наукові організації фінансуються з держбюджету і не мають можливості переоблаштуватися на інші джерела фінансування, навіть якби і хотіли цього. Ринкові механізми практично не торкнулися ні академічної, ні вузівської науки, знання не перетворилися на товар і саме звідси всі численні проблеми, тому що неможливо утриматися в ринковому середовищі на неринкових порядках. А саме це зараз і відбувається.

Стан підготовки кадрів переважно характеризується тим же, про що говорилося вище. Варто лише додати, що в нас не склався системний освітній ланцюг або мережа, коли бажуючі могли б у будь-який час поповнити, оновити свої знання, перепрофілюватися тощо. Ті установи, що ми називали і продовжуємо називати курсами (інститутами) підвищення кваліфікації, цю роль не виконують. Однак поза університетами й іншими гідними навчальними установами проводяться якісь курси, тренінги, майстер-класи та інші заходи, що свідчить про затребуваність цих послуг і одночасно про неспроможність тих організацій, що мали б їх надавати.

Стан фінансування за ступенем своєї проблематичності залишає далеко позаду інші проблеми. Практично відсутність венчурного кредитування, неможливість з'єднати бізнес-капітал з вузівським науковим капіталом, а бюджетне фінансування з бізнес- і банківським фінансуванням, відрізає багато джерел для цього. До того ж тверда адмініструваність вузівської науки, мінімум користування грантами, тендерна система, що дискредитувала себе, роблять малодоступними ті джерела фінансування, які звичайно використовуються в інших країнах.

Незадовільним слід визнати і стан *корпоративного управління*, здатного: а) генерувати; б) прийняти кошти для інновацій. Це також дуже важливий елемент усієї структури, про яку слід говорити стосовно інноваційної діяльності.

Останнім вузлом вітчизняних проблем назвемо *стан регіонального розвитку інновацій*, який є у край нерівномірним і коливальним. У нашій країні не вдалося підняти території з устояними науковими і навчальними традиціями і зробити ставку саме на їхній розвиток, як це відбувалося неодноразово у світовій практиці, що демонструють приклади швидкого й успішного інноваційного розвитку локальних територій. Найбільш характерними з них є дві групи таких прикладів — знамениті території інноваційного розвитку США («Силіконова долина», «Каролінський трикутник», «Шосе 128»), а останнім часом — і технополіс м. Сан-Антоніо, штат Техас), а також широко відома програма створення і розвитку технополісів у Японії.

Основною метою формування таких регіонів є не тільки їх технологічний, але і соціально-економічний розвиток на основі результатів інноваційної діяльності. Як наслідок, суспільство має: збільшення податкових надходжень у державний і місцевий бюджети; підвищення зайнятості і доходів населення території; підвищення в складі населення території частки осіб, що займаються більш кваліфікованою працею й одержують, відповідно, більш високі доходи.

Безумовно, все це актуально не просто саме по собі, а й особливо з огляду на вкрай важку і небезпечну ситуацію із шахтами в Донецькому регіоні, складну ситуацію в Криму та ін., нерівномірності розподілу виробничого і наукового зосередження по території України. Разом з тим у сучасній економіці домогтися подібного відчутного і порівняно швидкого успіху в соціально-економічному розвитку території можна, як правило, лише шляхом забезпечення високої ринкової конкурентоздатності виробничого сектору територіальної економіки на основі його істотної інноваційної, структурної і технологічної перебудови.

Названі проблеми мають багаторівневий характер і охоплюють нормативно-правове забезпечення, економічне підґрунтя, технологічні, фінансові і виробничі аспекти. Тому вони повинні вирішуватися, виходячи з продуманої позиції, заснованої на науково-методологічній базі формування української інноваційної системи. Саме про її створення в нас поки не тільки не говорять, а навіть і зневажають таким підходом, пропонуючи кожний свої бачення і програми. У результаті складається еkleктична картина, що свідчить про неможливість розв'язати проблеми, які заважають країні рухатися у бік прогресу.

При цьому державними структурами, що відповідають за розвиток інноваційної діяльності в країні, не використовувалися повною мірою

можливості українських учених-правознавців і фахівців для проведення необхідних досліджень. Так, наприклад, завдання наукового забезпечення інноваційної діяльності не ставилися перед Академією правових наук України. Хоча окремі вчені цієї академії і колективи брали участь у відповідних заходах, але це не мало системного характеру. Таким чином, залишився незатребуваним величезний науковий потенціал.

У цілому відсутність наукового правового забезпечення інноваційної діяльності не дозволила сформувати цілісну державну інноваційну політику навіть на концептуальному рівні. Розроблювані різними, у тому числі державними, структурами підходи до вирішення цієї проблеми, як правило, не мають системного характеру, а в ряді випадків не розглядають науковий і освітній потенціал країни як основу для побудови економіки, заснованої на знаннях. Результатом усього цього є неадекватна державна підтримка науково-технічного й освітнього комплексу, що в кінцевому підсумку не дозволяє вирішувати завдання переходу економіки на інноваційний шлях розвитку.

Наведені міркування й аргументи доводять необхідність зваженого і продуманого підходу для розробки концептуальної методологічної бази, здатної запропонувати ту модель інноваційного розвитку нашої країни, яка б давала можливість розв'язати існуючі проблеми і почати рухатися до реальних дій.

В. Борисова, доцент, завідувач кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
С. Казанцев, асистент

До проблеми корпоративних прав учасників підприємницьких товариств

Останнім часом у науковій літературі поживалася дискусія стосовно того, чи охоплюються предметом цивільно-правового регулювання корпоративні відносини, і якщо це так, чи вписуються вони в існуючу систему особистих немайнових та майнових відносин — речових (абсолютних) та зобов'язальних (відносних). З огляду на цю проблему дискусійним виявилось і питання поняття корпоративних прав учасників підприємницьких товариств.

У доктрині цивільного права усталеною вважають думку правників, що корпоративні відносини виникають на підставі об'єднання фізичними та (або) юридичними особами своїх інтересів і майна для здійснення сумісної діяльності у певній організаційно-правовій формі¹. Стосовно правової характеристики цих відносин існують різні точки зору. Одні правники вважають, що це — майнові зобов'язально-правові відносини², другі, що це — зобов'язально-речові відносини³, а треті, що це — організаційні відносини⁴.

В умовах ринкової економіки цивільне право регулює відносини, які навряд чи повною мірою беззастережно можна віднести, у традиційно-

¹ Див.: *Спасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: Корпоративные правоотношения. — Харьков, 1998. — С. 22–37; *Луць В. В., Сивий Р. Б., Яворська О. С.* Акціонерне право: Навч. посіб. / За заг. ред. В. В. Луця, О. Д. Крупчана. — К., 2004. — С. 15–16; *Пахомова Н. Н.* Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). — Екатеринбург, 2004. — С. 10–11; *Григанс Я. М.* Корпоративные отношения: Правовое регулирование организационных форм. — М., 2005. — С. 2.

² Див.: *Луць В. В., Сивий Р. Б., Яворська О. С.* Вказ. праця. — С. 14.

³ Див.: *Суханов Е. А.* Предмет гражданского права // *Гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1* / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1998. — С. 25–30; *Козлова И. В.* Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: Учеб. пособ. — М., 2003. — С. 245; *Спасибо-Фатеева И. В.* Вказ. праця. — С. 24–25.

⁴ Див.: *Степанов И. В.* Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. — М., 1999. — С. 13; *Майфат А. В.* Особенности инвестирования в предпринимательскую деятельность. Вопросы теории и правоприменения. — Екатеринбург, 2001. — С. 117.

му розумінні цього слова, до особистих немайнових або до майнових відносин і, передусім, це стосується корпоративних відносин.

Корпоративні відносини — це відносини з множинністю суб'єктів привласнення майна, а тому їх слід характеризувати як змішані майново-організаційні відносини, в яких організаційні елементи спрямовані на обслуговування як речових, так і зобов'язальних відносин. Вони відрізняються від інших цивільних відносин таким: по-перше, підставою їх виникнення є акт узгодження воель учасників; по-друге, згодою учасників встановлюється особливий порядок реалізації фактичної можливості володіння, реалізації та розпорядження майном; по-третє, своєю «саморегульованістю»¹.

Корпоративні відносини існують у різних організаційних формах, які відрізняються за своїм суб'єктним складом, метою, що прагнуть досягти їх учасники, специфікою управління і ведення в них справ. Існує організаційно-правова форма корпоративних відносин у межах однієї організації — корпорації-юридичної особи і організаційно-правова форма корпоративних відносин на рівні корпорації-групи організацій, яка виникає, зокрема на підставі корпоративних контрактів про співробітництво, маючи на меті координацію виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних і соціальних завдань. Різновидом корпорацій-груп є корпорації — системи афілійованих осіб².

Корпорація — юридична особа — це організація, що заснована на членстві і функціонує у формі підприємницьких товариств³. Підприємницькі товариства — це товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та розподілу його між учасниками. Вони фінансуються за рахунок вкладів учасників (господарські товариства), пайових внесків членів (виробничі кооперативи) та до-

¹ Див.: *Снасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: корпоративные правоотношения. — Харьков, 1998. — С. 18.

² Термін «афілійовані особи» (англ. — to affiliate, affiliation — приєднувати, пов'язувати) має багато значень, але всі вони визначають взаємовідносини між двома або більшою кількістю суб'єктів господарювання, які засновані на різних формах залежності та контролю. Докладніше про це див.: *Борисова В. І.* Про залежність юридичних осіб // Вісн. Акад. прав. наук. — 2000. — № 3. — С. 102–109.

³ На сьогодні ця категорія обіймає і непідприємницькі товариства, які не входять до предмета нашого розгляду.

ходів, які отримані в процесі підприємницької діяльності, а також інших джерел.

З огляду на положення ЦК в момент створення підприємницького товариства з майна кожного з його засновників виділяється певна частка, яка в поєднанні з частками інших засновників¹ створює особливий статутний (складений) капітал — матеріальну базу діяльності товариства. Внеском визнається все те, що кожен з учасників вкладає у товариство. Основним критерієм допустимості тих чи інших внесків є їх здатність збільшувати суму фінансових активів останнього, тобто рухомого майна і нерухомості, вкладень, грошей та ін. У ряді випадків, зокрема в АТ, внесок стає єдиною і достатньою умовою участі для акціонера в цьому товаристві. З цього приводу існує навіть думка, що останній мов би приєднується до цілей товариства (включаючи і отримання прибутку) внесенням певної частки в їх досягнення. При цьому відносини між АТ і акціонером, як самостійними суб'єктами права, нагадують скоріш відносини позики, адже, не беручи особистої участі в діяльності товариства, акціонер одержує дивіденди².

Не вдаючись у полеміку стосовно останнього висновку, слід зауважити, що незалежно від виду підприємницького товариства при його створенні відбувається розмежування майнових сфер засновника (засновників) і нового учасника цивільного обороту — товариства. Останнє стає власником статутного (складеного) капіталу, бо майнова відокремленість — одна із суттєвих ознак юридичної особи, яка означає, що її майно відокремлено не тільки від майна учасників, які її створили, а й від усіх інших учасників цивільного обороту. Практичне значення майнової відокремленості підприємницького товариства складається з

¹ Безумовно, поєднання часток майна не відбувається, коли йдеться про товариство однієї особи, яке за своєю сутністю лише використовує «корпоративну оболонку». Див.: *Авилов Г. Е., Суханов Е. А.* Юридические лица в современном российском гражданском праве // Вест. гражданского права. – 2006. – № 1. – Т. 6. – С. 14–25.

За чинним законодавством у формі товариства однієї особи можуть існувати як акціонерні товариства (АТ), так і товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ). Ці товариства можуть виникати з волі одного засновника, який формує статутний (складений) капітал, а можуть скластися вже у процесі існування юридичної особи шляхом перетворення товариства, яке засновано на об'єднанні капіталів кількох осіб, у товариство, єдиним учасником якого залишиться тільки одна особа.

² Див.: *Любимов Ю. С.* Квазисубъектное образование в гражданском праве // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 98–124.

такого: по-перше, товариство стає суб'єктом права, що дозволяє йому виступати в цивільному обороті; по-друге, це спричиняє розподіл відповідальності учасників і товариства за своїми зобов'язаннями. Товариство відповідає за своїми зобов'язаннями належним йому на праві власності майном, якщо інше не встановлене законодавством. Учасник товариства не відповідає за зобов'язаннями товариства, а товариство не відповідає за зобов'язаннями його учасника. Втім особи, які створюють товариство, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до його державної реєстрації. Товариство буде відповідати за зобов'язаннями її учасників (засновників), що пов'язані з її створенням, тільки у разі наступного схвалення їхніх дій відповідним органом юридичної особи (ст. 96 ЦК).

Слід ще раз зауважити, що ніякої часткової або сумісної власності учасників, а тим більше третіх осіб на майно товариства не існує й не може існувати. Інший підхід до вирішення цього питання, тобто визнання речових прав засновників або третіх осіб на майно товариства, зводив би нанівець можливість визнання останнього юридичною особою.

А як же засновник? Чи можна визнати заміну права власності на частку майна засновника рівноцінною отриманню ним нового статусу — учасник товариства?

Аналіз чинного законодавства дає підстави дійти висновку, що механізм створення підприємницького товариства¹ побудований на трансформації права приватної власності засновника на внесок (частку) на корпоративні права учасника вже створеного товариства. Ці права становлять зміст корпоративних відносин і завдяки їм учасники (члени) можуть брати участь у різних формах управління товариством, зокрема, у голосуванні на загальних зборах при прийнятті відповідних рішень, участі в органах управління, отриманні інформації про стан справ у корпорації тощо і в управлінні його майном.

Утім підстави виникнення корпоративних прав є дуже специфічними і чітко визначені в законодавстві. Головними з них є участь у затвердженні статуту або підписанні засновницького договору при створенні

¹ Створення корпорації-юридичної особи – багатостадійний процес, який закріплюється чинним законодавством і становить систему фактичних і юридичних дій засновників (учасників) та державних органів, бо це залежить не тільки від волі засновників, але й від визнання цих організацій суб'єктами цивільних відносин державою.

господарського товариства, а також набуття суб'єктами права (фізичними та юридичними особами) права власності на акції та ін.

Уперше в законодавстві поняття корпоративного права було наведено в Декреті Кабінету Міністрів України від 31 грудня 1992 р. № 24–92, де воно визначалося як право громадян брати участь в управлінні суб'єктами підприємницької діяльності й отриманні дивідендів відповідно до своєї частки майна. Вже пізніше в п. 1. 8 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» виникло дещо інше визначення корпоративних прав, які означали право власності на частку (пай) у статутному фонді (капіталі) юридичної особи, включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також частки активів у разі її ліквідації в порядку, передбаченому чинним законодавством. Виходячи з цього можна дійти висновку, що корпоративні відносини близькі до зобов'язальних правовідносин, оскільки також мають відносний характер, але виникають все ж таки лише в учасників корпорації (фізичних та юридичних осіб), а не самої корпорації, і існують тільки між учасниками корпорації, тобто закриті для всіх інших суб'єктів цивільного обороту¹.

Причому самі корпоративні права, що втілені, зокрема у частці у статутному капіталі ТОВ, вже не є речами, а є комплексом особистих немайнових (насамперед, право участі) та майнових прав зобов'язально-правового характеру (право вимоги виплати грошей, як дивідендів; право вимоги виплати грошей чи передачі речей при виході з товариства тощо).

З огляду на те, що чинне законодавство містить певні вимоги до статуту підприємницьких товариств, а саме в ньому повинні міститися відомості про розмір статутного капіталу з визначенням частки кожного учасника, то корпоративні права втілені у частці у статутному капіталі та впливають з права на частку.

Змістом корпоративних прав є право на отримання частини прибутку від діяльності товариства, яка відповідає частці учасника у статутному (складеному) капіталі товариства, або на одержання майна в натурі у разі виходу зі складу товариства, а також право на участь в управлінні товариства. Таку точку зору поділяють у науці чимало прав-

¹ Див.: *Борисова В. І.* Чинне законодавство про можливість купівлі-продажу дочірніх підприємств // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. – Х., 2002. – Вип. 56. – С. 56–61.

ників¹, хоча існує й інша позиція, згідно з якою засновники (учасники) зберігають лише зобов'язальні права щодо майна товариства².

Вважаємо, що з останньою позицією погодитись не можна, адже аналіз положень ЦК та Закону України «Про господарські товариства» (далі — Закон) дає підстави дійти висновку, що при заснуванні товариства між ним і його учасниками виникає особливий правовий зв'язок, наслідком якого є корпоративні права засновника (учасника), спрямовані на отримання певних благ.

Хоча чинне законодавство не дає визначення поняття учасника товариства і обмежується лише констатацією того, що ним може бути фізична або юридична особа (ст. 114 ЦК), корпоративними правами наділяється виключно та особа, яка взяла участь у його створенні і прямо зазначена у статуті товариства як його учасник (акціонер), та відповідно має право на частку у статутному (складеному) капіталі цього товариства. Тобто саме ця особа перебуває з товариством у правовому зв'язку як його учасник. Ніяка інша фізична чи юридична особа прав учасника товариства мати не може. Це повною мірою стосується і тих осіб, які хоча і перебувають у правовому зв'язку з учасником товариства, але такому, що лежить за межами корпоративних відносин, наприклад, впливає зі шлюбу, де одним із подружжя є учасник товариства.

А звідси можна зробити висновок, що мати право на частку у статутному капіталі товариства та при цьому не перебувати з останнім у правовому зв'язку, тобто не бути учасником товариства, неможливо.

Право участі учасника у корпорації за чинним законодавством включає: право участі в управлінні товариством; право участі у розподілі прибутку товариства з одержанням його частини (дивідендів); право на вихід у встановленому порядку з товариства; право здійснити відчуження часток у статутному капіталі товариства у порядку, встановленому законом; право одержувати інформацію про діяльність товариства у порядку, встановленому установчим документом (статті 10, 116 Закону).

Зупинимось на питанні участі учасника в управлінні підприємницьким товариством. Не треба перебільшувати роль учасника в цьому. Погоджуючись з тим, що тільки засновники можуть визначати мету та

¹ *Кравчук В.* Засновник – підприємство: сутність взаємовідносин // *Право України.* – 1998. – № 8. – С. 103–108; *Спасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: Корпоративные правоотношения. – Харьков, 1998.

² Див.: *Пушкін О., Селіванов В.* Відносини підприємництва і правовий статус їх суб'єктів // *Право України.* – 1994. – № 5. – С. 13.

види діяльності юридичної особи, а звідси і межі її правоздатності, не слід забувати про те, що саме засновники прагнули створити організацію, яка була б самостійним суб'єктом права, тобто відмінним і відокремленим від них. Коли цей суб'єкт права виникає, хоча воля засновників і трансформується у волю органів управління юридичної особи, але це зовсім не означає, що надалі воля засновників і воля юридичної особи повинні і будуть збігатися. Як правильно вказував І. Покровський, воля корпорації — це воля засновника, яка продовжує одушевляти створену ним установу¹, але тільки одушевляти. Власні інтереси засновників мають, так би мовити, вторинний характер, на перше місце виходить інтерес товариства. Причому цей висновок не зміниться, навіть якщо проаналізувати залежність волі засновника і волі створеного ним товариства однієї особи. До того ж не можна забувати і про те, що засновники можуть взагалі втратити інтерес до створеної ними корпорації.

Вважаємо, що визнання юридичної особи продуктом виключно інтересів і волі засновників (учасників, акціонерів, членів кооперативу) можливе лише на такому етапі життєвого циклу юридичної особи, як етап її створення. На подальших етапах свого життєвого циклу корпорація діє і в публічних (суспільних) інтересах. Як слушно зауважує О. Вінник, господарські товариства діють в інтересах дуже широкого кола осіб: їх засновників і учасників, контрагентів, споживачів, найманих працівників, держави тощо². На наш погляд, такий підхід дає змогу відійти від одностороннього погляду на сутність корпоративного управління, за якого корпорація розглядається як замкнена система управління, у результатах діяльності якої зацікавлені лише акціонери та менеджери, і де питання управління, перш за все, зводиться до встановлення балансу між ними³. Отже, орган товариства — це правова конструкція, яка створюється з метою надання можливості сформувати і виразити волю останнього, відстоювати його інтереси, а через них і інтереси учасників.

¹ Див.: Покровский И. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 148.

² Див.: Вінник О. Ключові поняття корпоративної конфліктології // Підприємцтво, господарство і право. — 2000. — № 2. — С. 4.

³ Див.: Рилка О. Драгнева, Вильямс Б. Саймонс. Пересмотр корпоративного управления: можно ли с помощью концепции сторон, заинтересованных в результатах деятельности компании, избежать «дикого» капитализма в Восточной Европе? // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 2. — М. -Екатеринбург, 2002. — С. 464.

Звертає на себе увагу той факт, що за чинним законодавством загальні чергові збори ТОВ можуть проводитись у формі опитування (шляхом заочного голосування), зокрема у випадках, коли це передбачено статутом ТОВ або затвердженими товариством правилами процедури. У цьому разі проект рішення або питання для голосування надсилається учасникам, які повинні у письмовій формі сповістити щодо нього свою думку. Протягом 10 днів з моменту одержання повідомлення від останнього учасника голосування всі вони повинні бути поінформовані головою про прийняте рішення (ч. 4 ст. 60 Закону). Втім ми вважаємо, що у такій формі не можуть прийматися рішення, які пов'язані, зокрема з обранням виконавчого органу ТОВ, ревізійної комісії, затвердженням річних звітів, річної бухгалтерської звітності, розподілом прибутків і збитків ТОВ за результатами річної діяльності, що певною мірою позбавляє учасника ТОВ права на участь в управлінні цього товариства. Виходячи з вищесказаного, заборона на проведення річних загальних зборів учасників ТОВ у формі опитування має віднайти своє закріплення на рівні закону.

Корпоративні права не можуть виступати самостійними, окремими від частки у статутному капіталі, об'єктами цивільних прав. Законодавством передбачено, що право участі у товаристві — це особисте немайнове право, яке не може окремо передаватися іншій особі (ч. 1 ст. 100 ЦК), але це право і, зокрема право участі у товаристві з обмеженою відповідальністю, може передаватися учасником товариства іншій особі за умов передання їй також усіх інших особистих немайнових та майнових прав (корпоративних прав) учасника, тобто за умов передання об'єкта — носія корпоративних прав. У ТОВ таким об'єктом виступає частка у статутному капіталі (ч. 4 ст. 12 ЦК та ч. 1 ст. 147 ЦК).

Здійснення учасником товариства корпоративних прав, що втілені у частці у статутному (складеному) капіталі, а саме одержання дивідендів; вихід у встановленому порядку з товариства, відчуження частки у статутному капіталі товариства іншій особі відбувається шляхом трансформації цих прав у право власності на певні гроші або речі учасника товариства чи відповідно колишнього учасника товариства.

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

Щодо правової природи обов'язку поручителя

Незважаючи на те що порука є одним із найдавніших видів забезпечення виконання зобов'язань, у науковій літературі триває полеміка щодо правової природи обов'язку поручителя та кола цивільно-правових зобов'язань, які можуть забезпечуватися порукою. Неоднозначне вирішення цих питань науковцями і обумовило мету статті як спробу розв'язати їх у світлі положень чинного законодавства України.

Поняття поруки як способу забезпечення виконання зобов'язань, що полягає в обов'язку третьої особи — поручителя нести відповідальність перед кредитором за боржника у разі невиконання останнім його зобов'язань¹, залишилося незмінним з часів римського права. Втім, щодо сутності обов'язку поручителя за договором поруки до сьогодні в доктрині цивільного права немає усталеної точки зору. Спір виникає навколо питання про правову природу обов'язку поручителя, а саме — несе поручитель відповідальність за невиконання зобов'язання боржником чи зобов'язаний виконати зобов'язання боржника в натурі?

І. В. Спасибо-Фатєєва, посилаючись на Д. І. Мейєра, пише: «При поруці поручитель зобов'язується перед кредитором іншої особи відповідати за виконання останнім його зобов'язання повністю або частково. Тому безсумнівним є те, що це зобов'язання. Його сутність у розширенні основного зобов'язання, яке своїм існуванням і за допомогою конструкції поруки, немов метастази, охоплює й інших осіб, поширюється на них, аби тільки воно було виконане»². Й. А. Покровський з цього приводу зазначає: «...проте це не виконання, а лише його сурогат, оскільки тим самим основне зобов'язання боржника замінюється відшкодуванням збитків з боку третьої особи — поручителя»³.

¹ Див.: *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. — М., 2007. — С. 161.

² *Спасибо-Фатеева И. В.* Порука і гарантія як способи забезпечення зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 3. — С. 22.

³ *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 242–243.

В. А. Хохлов вважає, що порука може бути лише умовно віднесена до способів забезпечення виконання зобов'язань у зв'язку з тим, що вона «породжує правовідносини відповідальності, а зовсім не заміну особи у правовідношенні»¹. При цьому вчений наголошує, що поручитель не зобов'язаний виконувати обов'язок за боржника, він лише несе відповідальність за виконання шляхом сплати визначеної грошової суми. Той факт, що при грошових зобов'язаннях склад виконання збігається з матеріальним складом відповідальності, не повинен вводити в оману².

Н. Ю. Рассказова пояснює, що використання законодавцем словосполучення «відповідати за виконання» — лише данина традиції словозастосування і безпосередньо не стосується норм про відповідальність за порушення зобов'язань»³. Дослідниця наголошує на тому, що тлумачення статей, присвячених правовим наслідкам порушення зобов'язання, забезпеченого порукою і правам поручителя, який виконав зобов'язання, приводить до висновку, що поручитель зобов'язаний саме виконати зобов'язання боржника⁴.

Отже, питання щодо правової природи обов'язку поручителя, підняте ще дореволюційними цивілістами, й досі не знайшло свого однозначного вирішення, у зв'язку з чим у цивільно-правовій літературі тривають дискусії.

Норми ЦК дають підстави для різних точок зору. Так, у ст. 554 ЦК мова йде про солідарну (або субсидіарну) відповідальність поручителя та боржника перед кредитором, а не про обов'язок. Частина 2 ст. 554 ЦК вказує на обов'язок поручителя відповідати перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, викликаних невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань боржником. Такі ж положення містяться у ЦК РФ та у ЦК УРСР 1963 р.

Як бачимо, законодавець, використовуючи термін «відповідальність поручителя», вказує, що поручитель «зобов'язаний нести відповідальність за боржника», у зв'язку з чим необхідно визначитися, як розуміти термін «відповідальність» щодо відносин за договором поруки.

¹ Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств. – Самара, 1997. – С. 70.

² Там само.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / А. К. Губаева и др. / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2005. – С. 703.

⁴ Там само.

Більшість учених розглядають поняття «відповідальність» у цьому разі у її вузькому розумінні — як обов'язок відшкодувати кредиторю збитки та сплатити йому санкції, які є наслідком порушення зобов'язання боржником. Але за такого підходу, як цілком слушно наголошує Л. А. Новосолова, відкритим залишається питання щодо обов'язку поручителя сплатити кредиторю суму боргу за забезпеченим порукою основним грошовим зобов'язанням, оскільки традиційно сплата грошового боргу цивільно-правовою відповідальністю не вважається»¹.

В. А. Белов, незважаючи на своє трактування обов'язку поручителя як обов'язку нести відповідальність у формі відшкодування збитків за боржника, допускає можливість включення «в суму відповідальності поручителя сум основного боргу»².

Є. Павлодський, пояснюючи положення закону щодо можливості забезпечення виконання зобов'язання частково або у повному обсязі, зазначає: «На практиці часткова відповідальність поручителя полягає в тому, що він обумовлює в договорі своє зобов'язання з повернення лише основної суми боргу без відшкодування неустойки або збитків, які виникли у зв'язку з невиконанням основного зобов'язання»³.

Таким чином, дослідники, які поділяють точку зору «порука — відповідальність», до поняття відповідальності поручителя, крім відшкодування збитків та сплати санкцій, включають і виконання грошового обов'язку за боржника. Тим самим вони наближаються до позиції «порука — обов'язок», прихильники якої розглядають відповідальність поручителя як обов'язок виконати за боржника його зобов'язання надати кредиторю те, що повинен був передати несправний боржник⁴.

Б. М. Гонгало зазначає, що систематичний аналіз базових правил про поруку свідчить про те, що «обов'язок поручителя може полягати лише у необхідності сплатити гроші. Причому даний обов'язок виникає на підставі такого юридичного факту, як невиконання або неналежне виконання борж-

¹ Новосолова Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — № 7. — 1999. — С. 36.

² Див.: Белов В. А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. — М., 1998. — С. 49.

³ Павлодский, Е. Обеспечение исполнения обязательства поручительством // Закон. — 1995. — № 5. — С. 26.

⁴ Див.: Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула, 2001. — С. 385; Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М., 2002. — С. 229.

ником основного зобов'язання»¹. Дослідник пояснює, що заміна реального виконання грошовим еквівалентом обумовлена не тим, що поручитель може бути просто не здатним з об'єктивних причин виконати обов'язок боржника, а самою сутністю поруки, яка зводиться до того, що поручитель повинен сплатити гроші кредитору у разі несправності боржника².

Подібної точки зору дотримуються Л. А. Новосьолова³ та Т. О. Фадеева⁴, які розглядають обов'язок поручителя як обов'язок відшкодувати кредитору в грошовій формі невиконане боржником. Л. А. Новосьолова вказує, що за такого підходу «поручитель за зобов'язанням, яке не має грошового характеру, зобов'язаний відшкодувати понесені кредитором у зв'язку з порушенням зобов'язання боржником збитки у грошовій формі. За грошовими ж зобов'язаннями обов'язок поручителя надати таке відшкодування кредитору буде виконуватися шляхом передання тієї суми, яка належала сплаті боржником, та процентів за користування нею, якщо вони передбачалися умовами зобов'язання»⁵.

Як бачимо, питання про сутність обов'язку поручителя пов'язується дослідниками із забезпеченням виконання грошового зобов'язання. У зв'язку з останнім слід визначитися щодо кола зобов'язань, які можуть забезпечуватися порукою.

У доктрині цивільного права порука вважається універсальним забезпеченням, оскільки не має обмежень ні за суб'єктивним складом, ні за сумою, ні за характером забезпечувального правовідношення⁶, тобто може забезпечувати будь-які зобов'язання. З цього приводу В. В. Вітрянський зазначає, що в принципі ЦК не передбачає будь-яких зобов'язань, виконання яких не може бути забезпечене порукою. «Мабуть, правильним буде зробити висновок про те, що будь-яке цивільно-правове зобов'язання може бути забезпечено порукою. Є очевидним також, що до кола таких зобов'язань не входять недійсні зобов'язання, які впливають, наприклад, із нікчемних правочинів»⁷.

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 89.

² Там само. – С. 90.

³ Новоселова Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства. – С. 37.

⁴ Гражданское право: Учебник: – 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1997. – Ч. I. – С. 577.

⁵ Новоселова Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства. – С. 37.

⁶ Див.: Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательства. – С. 67.

⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Кн. первая: Общие положения: – 3-е изд., стереотип. – М., 2001. – С. 578.

З урахуванням того, застосовується порука для забезпечення грошового чи негрошового зобов'язання, залежить зміст поняття «відповідальність поручителя». Так, якщо порукою забезпечується виконання грошового зобов'язання, то «відповідальність поручителя» розглядається дослідниками як сплата суми основного боргу — виконання зобов'язання та відшкодування кредитором витрат у зв'язку з порушенням зобов'язання. При порушенні ж боржником негрошового зобов'язання «відповідальність поручителя» зводиться до обов'язку відшкодувати кредитором всі понесені ним збитки у зв'язку з порушенням зобов'язання, тобто лише як відповідальність у її вузькому розумінні.

На нашу думку, таке положення не може бути викликане лише тим, що поручитель не може виконати зобов'язання за боржника в натурі. Можливість поручителя щодо виконання порушеного боржником зобов'язання в натурі при реалізації поруки як виду забезпечення виконання зобов'язання взагалі не з'ясовується. Закон залежно від того, порушене грошове чи негрошове зобов'язання, забезпечене порукою, не містить ніяких спеціальних вказівок щодо обсягу прав кредитора, як, до речі, і стосовно інших видів забезпечення виконання зобов'язань. Розглянемо для порівняння права заставодержателя за договором застави. Сутність прав заставодержателя у разі порушення основного зобов'язання боржником полягає в одержанні задоволення за рахунок заставленого майна. Відповідно до ч. 2 ст. 589 ЦК за рахунок заставленого майна заставодержатель має право задовольнити в повному обсязі свою вимогу, що визначена на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку з пред'явленням вимоги. Як бачимо, законодавець не виділяє окремо суму основного боргу як таку, що має бути сплачена кредитором, але ні у кого не викликає її сумніву, що за рахунок заставленого майна, задовольняючи свою вимогу у повному розмірі, кредитор як заставодержатель має право на стягнення основної суми боргу.

На нашу думку, як застава, так і порука, встановлені з метою забезпечення виконання основного зобов'язання боржником, не передбачають обов'язок забезпечувального боржника (поручителя чи заставодавця) виконувати обов'язок за основного боржника в натурі. Їх сутність полягає у задоволенні майнових інтересів кредитора на випадок порушення зобов'язання шляхом сплати останньому у грошовій формі невикон-

наного основним боржником (при заставі — за рахунок заставленого майна, при поручці — за рахунок поручителя).

При цьому слід сказати, що право заставодавця-майнового поручителя виконати обов'язок за боржника (щоб відвернути звернення стягнення на своє майно) передбачене законом, а саме ч. 3 ст. 528 ЦК. Поручитель же може здійснити таке виконання лише за згодою боржника. На нашу думку, тільки у такому випадку йтиметься про виконання боржником за забезпечувальним зобов'язанням обов'язку боржника за основним зобов'язанням у натурі. У зв'язку з цим О. Кот пише, що «оскільки за договором поруки поручитель зобов'язаний нести відповідальність за боржника і саме це складає його основний обов'язок, то, відповідно, кредитор має право тільки притягти поручителя до відповідальності замість боржника. Що ж до реального виконання зобов'язання, то слід зазначити, що обов'язок надання такого виконання не впливає з договору поруки, це лише право поручителя, яким він може скористатися»¹.

Таким чином, виконати зобов'язання за основного боржника в натурі — це право забезпечувального боржника, яким він може скористатися. Обов'язок же його за забезпечувальним зобов'язанням полягає у наданні кредитору того, що останній мав би отримати від основного боржника у зв'язку з порушенням зобов'язання останнім.

З огляду на наведене стає зрозумілим, чому незважаючи на відсутність обмежень щодо правової природи зобов'язань, виконання яких забезпечується певним видом забезпечення виконання зобов'язань, найчастіше сторони забезпечують виконання грошових зобов'язань.

При застосуванні певних видів забезпечення виконання зобов'язань з метою забезпечення негрошових зобов'язань, на нашу думку, відшкодування збитків та сплата неустойки дійсно дають можливість задовольнити матеріальні інтереси кредитора у зв'язку з порушенням зобов'язання. Вимагати ж від поручителя того, що зобов'язувався зробити боржник (наприклад виконати певну роботу чи надати певну послугу), навряд чи в інтересах кредитора, враховуючи професійний досвід, кваліфікацію та можливість поручителя надати таке виконання за іншу особу.

Б. М. Гонгало теж доходить висновку, що поручитель має сплатити кредитору грошову суму у розмірі основного зобов'язання та відшкодувати витрати кредитора, пов'язані з порушенням виконання зобов'язання боржником. Так, він зазначає: «Правда, крім суми, що відповідає спла-

¹ Кот О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. — К., 2002. — С. 130.

ченій кредитору, поручитель вправі вимагати від боржника сплати процентів та відшкодування інших збитків, понесених у зв'язку з відповідальністю за боржника»¹.

Тлумачення такого поняття, як «відповідальність поручителя», пов'язане не лише з обсягом обов'язків останнього у зв'язку з порушенням боржником основного зобов'язання. «Відповідальність поручителя» стосується і порушення договору поруки самим поручителем. З огляду на це необхідно визначити, чи несе поручитель за договором поруки самостійну відповідальність за порушення ним договору поруки, наприклад, за прострочення виплати грошових сум кредитору.

Перш за все слід сказати, що на практиці усталеного підходу до вирішення цього питання немає. Суди в деяких випадках виходять з того, що поручитель самостійно відповідає перед кредитором за неналежне виконання грошового зобов'язання, яке виникло з договору поруки, та покладають на поручителя відповідальність, передбачену ст. 625 ЦК у разі необґрунтованої відмови або прострочення у виплаті грошових сум кредитору. Іноді ж суди виходять з того, що поручитель відповідає за забезпечувальним зобов'язанням так само, як і боржник. Це означає, що він сплачує кредитору суми, передбачені ч. 2 ст. 554 ЦК, за боржника і, відповідно, самостійної відповідальності перед кредитором не несе.

Отже, те що основним обов'язком поручителя є його обов'язок нести відповідальність за боржника у разі порушення останнім основного договору, не повинно приводити нас до висновку про відсутність самостійної відповідальності поручителя за порушення ним договору поруки. Нести відповідальність за боржника — становить зміст обов'язку поручителя, і у разі його порушення, безумовно, має настати відповідальність. На нашу думку, відповідальність поручителя за порушення ним свого обов'язку — це відповідальність за порушення грошового зобов'язання, передбачена ст. 625 ЦК. Відповідно до положень ст. 555 ЦК після спливу розумного строку після отримання письмової вимоги кредитора поручитель є боржником, який прострочив грошове зобов'язання, і тому, крім боргу, який визначається за правилами, передбаченими ст. 554 ЦК, кредитор вправі вимагати від нього сплати трьох процентів річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів сторони не встановили за договором поруки (ст. 625 ЦК).

Таким чином, враховуючи те, що у загальноприйнятій термінології щодо відносин за договором поруки застосовується термін «відповідаль-

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – С. 94.

ність поручителя», слід мати на увазі її умовний характер, оскільки навряд чи доцільно сьогодні ставити питання про докорінну зміну норм про поруку. При цьому необхідно розрізняти як власне відповідальність поручителя за порушення ним договору поруки, так і відповідальність поручителя як його обов'язок за договором поруки. Щодо останньої, то при вирішенні конкретних проблем слід абстрагуватися від традиції і сприймати зобов'язання поручителя таким, яким воно є по суті. У зв'язку з цим, на нашу думку, боржник не зобов'язаний компенсувати поручителю суми, сплачені ним кредитором в зв'язку із власним простроченням відповідно до ст. 625 ЦК, оскільки поручитель відповідає за неналежне виконання свого обов'язку.

З огляду на полеміку, яка розгорнулася щодо правової природи обов'язку поручителя, необхідно наголосити на новому підході українського законодавця, якому в науковій літературі ще не приділено належної уваги. Новий підхід полягає у тому, що ст. 554 ЦК, на відміну від ст. 192 ЦК УРСР та ст. 363 ЦК РФ, уже не має назву «Відповідальність поручителя». Стаття 554 ЦК зазнала змін як щодо назви — «Правові наслідки порушення зобов'язання, забезпеченого порукою», так і щодо суті обов'язку поручителя за договором поруки. Так, згідно з ч. 2 ст. 554 ЦК поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки.

На нашу думку, сучасна редакція ч. 2 ст. 554 ЦК дає підстави зробити висновок, що договором поруки можуть забезпечуватися лише грошові зобов'язання, оскільки поручитель у разі порушення боржником зобов'язання має сплатити «основний борг» (що не може бути відповідальністю, а лише обов'язком за грошовим зобов'язанням), проценти, неустойку, відшкодувати збитки в зв'язку з порушенням боржником грошового зобов'язання. Безперечно, йдеться про обов'язок поручителя виконати грошове зобов'язання за боржника та нести відповідальність за його порушення останнім. Щодо вказівки законодавця на сплату процентів, то відповідно, якщо за основним зобов'язанням передбачений обов'язок сплатити проценти за користування грошовими коштами (наприклад, за договором позики), то поручитель зобов'язаний їх сплачувати кредитором на тих же умовах і в тому ж розмірі, що і боржник. Якщо із закону або договору впливає обов'язок боржника сплачувати проценти за прострочення виконання грошового зобов'язання (ст. 625 ЦК),

то поручитель зобов'язаний їх сплачувати кредитору у тому ж порядку та розмірі, у якому вони мали бути сплачені боржником.

За загальним правилом обов'язок поручителя щодо сплати процентів припиняється після виконання ним обов'язків перед кредитором, тобто у разі фактичного погашення боргу.

Таким чином, обсяг зобов'язань поручителя має визначитися виходячи із змісту основного зобов'язання і з урахуванням наслідків його порушення.

Включення законодавцем до ч. 2 ст. 554 ЦК обов'язку зі сплати основного боргу, крім процентів, неустойки, відшкодування збитків, свідчить на користь того, що український законодавець не зводить обов'язок поручителя лише до несення відповідальності за боржника у зв'язку з порушенням основного зобов'язання, а й указує на обов'язок поручителя виконати за боржника обов'язок останнього, що дає змогу поставити крапку у спорах щодо визначення правової природи обов'язку поручителя.

Отже, підсумовуючи, необхідно сказати, що відповідно до чинного законодавства України зміст обов'язку поручителя за договором поруки складає його обов'язок виконати грошове зобов'язання у разі його порушення боржником (сплата суми основного боргу та процентів за користування, якщо вони були передбачені основним договором) та надати кредитору те, що він має отримати у зв'язку з порушенням основного зобов'язання (проценти, викликані простроченням, неустойку, якщо вона була встановлена, та відшкодувати збитки, якщо їх зазнав кредитор у зв'язку з порушенням зобов'язання). Що ж до кола зобов'язань, які можуть бути забезпечені порукою, то сьгодні чинне законодавство України визначає їх як зобов'язання грошові.

С. Глібо, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Деякі теоретичні питання механізму господарсько-правового регулювання банківських операцій

Державне регулювання банківських операцій потребує спеціального інструментарію, що має містити традиційні, сталі засоби та форми регулювання.

Крім того, господарське регулювання певної підприємницької діяльності не повинно відриватися від економічних законів, які певною мірою є для неї регуляторами. Господарський механізм регулювання економіки з'єднує об'єктивні та суб'єктивні основи господарювання, є механізмом вирішення суперечностей в економіці¹.

Доречно зазначає Г. Л. Знаменський, що розкриття змісту механізму господарсько-правового регулювання (далі — МГПР) є конкретизацією поняття «механізм правового регулювання»². Роботи названого автора, загальнотеоретичні наукові праці С. С. Алексєєва³, В. М. Горшенєва⁴, інших науковців, які досліджували це питання, дозволяють звернутися до підстав виникнення правового інституту МГПР — наявності певного економічного інструментарію управління господарством. Додаткові особливості до МГПР надають відповідні правовідносини, а саме — особливості провадження банківських операцій. У зв'язку з цим, **метою статті** є дослідження основних елементів механізму господарсько-правового регулювання банківських операцій, засобів регулювання як його елементів, а також економічного підґрунтя змісту названого інституту на основі дослідження усталеного в переважній більшості елементів загальнотеоретичного поняття механізму правового регулювання (далі — МПР).

¹ Див.: *Знаменский Г. Л.* Хозяйственный механизм и право. – Киев, 1988. – С. 31.

² Там само. – С. 33.

³ Див.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966. – 188 с.

⁴ Див.: *Горшенёв В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М., 1972. – 258 с.

Для розкриття змісту необхідно оперувати логічними поняттями методу, системи, якими є: метод — ... шлях, засіб досягнення певних результатів в пізнанні та практиці¹, система — сукупність, об'єднання взаємопов'язаних і розміщених у певному визначеному порядку елементів (часток) якого-небудь цілісного утворення; сукупність принципів, які лежать в основі якої-небудь теорії². О. Подцерковним та О. Ломакіною відображені в наданому ними понятті основні ознаки і визначено метод як сукупність засобів впливу держави через органи законодавчої, виконавчої та судової влади на суб'єктів господарських відносин з метою створення та забезпечення умов господарської діяльності відповідно до ідеї соціальної орієнтованості економіки та національної економічної політики³. На нашу думку, розглядаючи методи регулювання господарської діяльності, завжди необхідно акцентувати увагу на такі ознаки будь-якого процесу, які саме створюють все інше регулювання, зокрема принципи господарської діяльності, які закріплено у ст. 6 Господарського кодексу (далі — ГК). Принцип як «основоположна першооснова, основне положення, вихідний пункт, передмова якоїсь теорії, концепції»⁴ і дасть змогу наповнити необхідним імперативом і посилити зв'язок метода з господарюванням.

У економічних передумов формування механізму є також свої особливості. Традиційно в будь-якому складі економіки вважається, що цілями державного регулювання економікою є економічна і соціальна стабільність і зміцнення економічного стану, адаптація його до змінних умов⁵. Започатковане ГК визначення основних напрямів державного регулювання господарювання (статті 8–24 ГК) надають змогу визначити і правові цілі господарювання як довгострокові, так і поточні. Аналізуючи зміст статей 9–12 ГК, на наш погляд, слід вважати в основних ознаках норми цих статей такими, що містять принципи за змістом напрями державного регулювання господарювання, тобто через реалізацію економічної політики. І якщо розглядати послідовність елементів (за якої одні визначають наступні) регулювання, то її можливо скласти таким чином: економічна і правова державна політика (визначає наступний етап і т. ін.) — державне регулювання господарювання — структурно

¹ Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. – М., 1975. – С. 348.

² Там само. – С. 545.

³ Див.: Подцерковний О., Ломакіна О. Проблеми визначення методів і форм державного регулювання господарських відносин // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 8. – С. 5.

⁴ Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. – С. 477.

⁵ Економіка: Учебник / Под ред. доц. А. С. Булатова. – М., 1995. – С. 270.

галузева політика (і рівно структурно-галузеве регулювання) — МГПР (за галузевим або функціональним поділом). Вважаємо за доцільне зазначити, що така схема щодо останніх елементів є певною мірою відносна, подальші дослідження дадуть змогу визначити їх співвідношення та зміст, як і місце МГПР банківських операцій, який, на перший погляд, має перебувати на рівні структурно-галузевої політики.

Разом з тим економічні інститути при їх визначенні містять юридичні елементи: державне регулювання економіки є системою типових заходів законодавчого, виконавчого і контролюючого характеру, здійснюваних компетентними державними установами, суспільними організаціями для реалізації цілей¹, а механізм державного регулювання економікою має такі елементи: суб'єкти, об'єкти, цілі, інструменти (засоби), етапи розвитку².

Суб'єктами економічного механізму є носії, виразники і виконавці господарських інтересів. Носії — соціальні групи, відмінні за деякими ознаками: майновими, доходами, видами діяльності (при рівних доходах), професіями, галузевими та регіональними інтересами. Виразники — носії економічних інтересів, об'єднані в розвинутих країнах у спілки, асоціації: профспілки, спілки підприємців та інше. Виконавці — органи трьох гілок влади за ієрархічним принципом та центральний банк. Серед об'єктів — економічний цикл, секторальна, галузева і регіональна структури господарства, умови накопичення капіталу, грошовий обіг, платіжний баланс, ціни та інше. Залежно від рівня вирішуваних об'єктами завдань, вони поділяються на рівень окремої фірми, регіону, галузі, сектору економіки, господарства в цілому, глобальний, наднаціональний³.

Фактично наведена структура механізму державного регулювання економіки більш характеризує макроекономічне регулювання господарства. Але мікрорівень економіки найбільш вразливий і має такий же кризовий потенціал, як і макроекономічний рівень. Тому при розгляді господарсько-правового регулювання банківської діяльності необхідно враховувати різномірне (так би мовити ієрархічне) економічне регулювання (в тому числі мікроаналіз та регулювання). Крім того, інструменти економічного регулювання більш чітко відрізняються від рівня (ієрархії) регулювання, тоді як у правовому механізмі дещо звужений і менш розрізнений за рівнями перелік інструментів (засобів).

¹ Економіка: Учебник / Под ред. доц. А. С. Булатова. – С. 261.

² Там само. – С. 262.

³ Там само. – С. 268–270.

Основні положення побудови наукового інституту механізму правового регулювання системно досліджені С. С. Алексєєвим. Загальним чином механізм правового регулювання може бути визначений як узятя в єдності система правових засобів, за допомогою якої забезпечується результативний правовий вплив на суспільні правовідносини. З огляду на його стадії є три основні і додаткові елементи: юридичні норми, правові відносини, акти реалізації прав і обов'язків, а також акти застосування права, індивідуальні акти, правоположення практики та інше¹. Для визначення ефективності впливу права на суспільні відносини слід враховувати соціальний ефект від правового регулювання та його об'єктивні межі, «психологічний механізм» впливу, правотворчість і правозастосування². Разом з тим, сучасний російський науковець К. В. Шундигов зауважує, що замість МПР необхідне формування загальнотеоретичного поняття «правовий механізм», яке ще остаточно не здійснено, тому саме загальне визначення: «Правовий механізм — об'єктивований на нормативному рівні, системно організований комплекс юридических засобів, необхідний і достатній для досягнення конкретної мети (совокупної мети)»³. На наш погляд, у такому вигляді пропозиція може вважатися термінологічними змінами, які не дають радикальних функціональних змін у регулюванні певних правовідносин.

Визначаючи предмет МГПР, слід зазначити, що регулювання здійснюється щодо господарських правовідносин, які поділяються на абсолютні речові, абсолютно-відносні речові, абсолютні господарські правовідносини по веденню власне господарської діяльності, відносні зобов'язальні, немайнові абсолютні⁴.

За висновками С. С. Алексєєва, вплив права на економіку характеризується такими ознаками: неможливістю повністю врегулювати матеріальні за змістом відносини, адже зміст формується не проходячи через волю і людську свідомість; вплив відбувається через акти вольової поведінки людей; право в регулюванні окремих вольових актів (суб'єктивного у виробничих відносинах) має значні творчі можливості, які не обмежені упорядкуванням та закріпленням конкретних економіч-

¹ Див.: Алексєєв С. С. Теория права. – М., 1994. – С. 150.

² *Він же*. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – С. 33.

³ Див.: Шундигов К. В. Правовые механизмы: основы теории // Государство и право. – 2006. – № 12. – С. 15.

⁴ Хозяйственное право: Учебник / В. К. Макутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. – К., 2002. – С. 74–78.

них відносин¹. Що стосується «психологічного механізму» впливу, то відповідно до вимог юридичних норм, люди та їх колективи або здійснюють позитивні дії, або утримуються від здійснення дій, або витримують поведінку інших осіб (у сфері відповідальності)². На наш погляд, психологічний механізм має розглядатися у зв'язку з приватними і загальносуспільними інтересами, для забезпечення яких, зокрема, будеться система засобів механізму правового регулювання ринкових відносин³.

На деякі особливості правового регулювання, з якими можна погодитися, звертав увагу і В. М. Горшенёв, який виділяв об'єктом нормативної системи управління дві категорії соціальних відносин: «організовані» забезпечують потреби людей та колективів, у тому числі в економічній сфері життя, та організаційні, які упорядковують «організовані» і одночасно містять процедурно-процесуальні та локальні відносини⁴. І, як наслідок, другі є допоміжними щодо перших, складаються з метою реалізації інтересу, що міститься в перших, у других існує, як правило, інший склад учасників на началах субординації⁵.

Більшість зі сказаного може, після опрацювання безпосередньо в аспекті впливу на банківські інститути, бути розподілено між елементами МГПР банківських операцій, але необхідно звернути увагу на основні питання. І в цьому випадку ще додатково розглянемо деякі аспекти засобу регулювання. В економічних працях засоби (інструменти) державного регулювання поділяються на адміністративні і економічні. Адміністративні базуються на силі державної влади і включають заходи заборони, дозволу, примусів; економічні — регулювання облікової ставки, встановлення та зміни розмірів мінімальних резервів для фінансових інститутів, операції державних установ на ринку цінних паперів⁶. Правові засоби — це об'єктивні субстанціональні правові явища, що мають фіксовані риси, які дозволяють реалізовувати потенціал права, його

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — С. 61.

² Там само. — С. 65.

³ Див.: *Мілаш В. С.* Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: Монографія. — Х., 2007. — С. 359.

⁴ Див.: *Горшенёв В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом государстве. — С. 15.

⁵ Там само. — С. 30.

⁶ Див.: *Экономика.* — С. 272–273.

силу¹. Залежно від рівня застосування: по-перше, первинні правові засоби — юридичні норми, суб'єктивні юридичні права та юридичні обов'язки; по-друге, рівень усталених правових форм, інститутів — окремі утворення, юридичні режими; по-третє, операційний рівень — конкретні юридичні засоби, наприклад, угоди². Законодавство, яке регулює діяльність банків, переважно побудовано на економічному поділі засобів, але в деяких випадках вбачається збіг рівнів регулювання, що потребує подальшого вдосконалення.

Державна економічна и правова політика на макрорівні щодо банківської системи (опосередковано впливає на банківські операції) визначена Конституцією України, законами, підзаконними актами, правозастосовною практикою, і деякі джерела з цього переліку містять такі елементи МГПР.

1. У Конституції України впливають на банківську систему ст. 89 (п.п. 18, 19 ч. 2; п. 1 ст. 92 — виключно законами України встановлюються створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України), ст. 100, п. 12 ст. 106 та ін. Тобто, це визначення принципів побудови МГПР. Разом з тим у названих нормах є окремі засоби державного регулювання, такі як розподіл функцій між уповноваженими органами по формуванню елементів МГПР, визначення їх змісту.

2. На рівні законів (у тому числі спеціальних) більш конкретизується мета, яка виходить з правової політики, у статтях 5, 10 та інших ГК, ст. 19 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»³, найбільш наближено до регулювання банківських операцій сформульовано поняття державного регулювання (як результату і форми державної політики) щодо ринків фінансових послуг — здійснення державою комплексу заходів щодо регулювання та нагляду за ринками фінансових послуг з метою захисту інтересів споживачів фінансових послуг та запобігання кризовим явищам (п. 10 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»). Але зміст банківського регулювання у ст. 1 Закону України «Про Національний банк України» визначається не як частина державного господарського регулювання, а як одна із функцій Національного банку України,

¹ Див.: *Алексеев С. С.* Теория права. – С. 155–156.

² Там само. – С. 152–153.

³ Офіційний вісник України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457.

яка полягає у створенні системи норм, що регулюють діяльність банків (далі — НБУ), визначають загальні принципи банківської діяльності, порядок здійснення банківського нагляду, відповідальність за порушення банківського законодавства¹, що в деяких аспектах виходить за рівень державного регулювання НБУ.

Також визначаються основні засоби державного регулювання як складові МГПР банківської діяльності. Такі засоби перелічені у ст. 12 ГК України, у ст. 20 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», форми та засоби державного регулювання діяльності банків (вже на рівні Національного банку України) — у ст. 66 Закону України «Про банки і банківську діяльність»², які фактично відповідають конкретизованій тільки для НБУ як центрального банку банківської системи України меті щодо регулювання банківською системою: метою банківського нагляду є стабільність банківської системи та захист інтересів вкладників і кредиторів банку щодо безпеки зберігання коштів клієнтів на банківських рахунках (ст. 67 названого Закону).

Навіть з цих прикладів видно, що безсистемно викладаються наведені нами послідовні елементи, починаючи з державної політики. Форми і методи державного регулювання, які повинні органічно поєднуватися з іншими елементами МГПР, викладені безсистемно, за різними класифікаційними ознаками. Державне регулювання діяльності банків не включає за змістом усіх елементів, в основному акцентується на банківський нагляд як окремий елемент МГПР банківських операцій.

З цього приводу слід зазначити, що недосконалість МГПР банківських операцій приводить до порушень системності у визначенні його елементів, засобів регулювання, як наслідок, втрачається гнучкість послідовних елементів, починаючи з правової політики до нижчого рівня МГПР. Фактично такі недоліки виглядають так: за наявності проблем, пов'язаних із глобалізацією економіки і банківської системи і приходом в Україну іноземних банків, засобами додаткового регулювання, які необхідно включати до МГПР, серед інших вважаються засоби іншого рівня регулювання або взагалі не належать до таких — удосконалення процедури ліквідації, процесу реорганізації, підняття ефективності технологій і процедур санації банків, забезпечення своєчасного реагу-

¹ Офіційний вісник України. – 1999. – № 24. – Ст. 1087.

² Там само. – 2001. – № 1–2. – (част. 1). – Ст. 1.

вання органами банківського нагляду на погіршення проблем банку...¹ Тобто, не відрізняються макроекономічний рівень регулювання банківської системи, і як наслідок, ставиться мета застосування для подолання глобалізації не характерних для названого рівня правових засобів, закріпленість яких за певним рівнем відсутня і може бути визначена поки що на рівні правових знань.

Підсумовуючи викладене, слід відмітити наявність МГПР на рівні регулювання банківських операцій. Елементи МГПР банківських операцій не повинні відрізнятися від усталеної в основних елементах структури МГПР. Удосконалення МГПР має відбуватися шляхом відпрацювання різнорівневого використання засобів МГПР відповідно до мети правової політики, рівня регулювання та інших чинників.

¹ Банківська система України в умовах глобалізації фінансових ринків // Вісник Національного банку України – 2006. – № 12. – С. 16–19.

Н. Виноградова, приватний нотаріус
Київського нотаріального округу

Корпоративне управління та контроль у системі захисту корпоративних прав та інтересів акціонерів

Стан сучасного господарського законодавства України характеризується необхідністю подальшого забезпечення вдосконалення співвідношення прав та законних інтересів осіб — суб'єктів господарської діяльності, що функціонують на корпоративних засадах.

Формування нових та вдосконалення існуючих правових засобів забезпечення регламентації корпоративних відносин здійснюється у межах, визначених положеннями чинного національного законодавства. Ці положення забезпечують правове регулювання корпоративних відносин, уніфікацію підходів правозастосовної практики до вирішення існуючих проблемних питань, а також скеровані на зменшення прогалин у їх регламентації.

Специфіка правового регулювання корпоративних відносин, включаючи проблеми забезпечення захисту їх учасників, була предметом досліджень О. М. Вінник, О. Р. Кібенко, І. М. Кучеренко, І. В. Спасибо-Фатєєвої та інших науковців.

Разом з тим окремі проблеми, пов'язані із подальшим удосконаленням форм корпоративного управління та контролю й відповідних засобів господарсько-правового забезпечення захисту прав та інтересів акціонерів, у вітчизняній правовій літературі досліджені недостатньо. Це обумовлює актуальність аналізу окресленої проблематики.

Регулювання корпоративних відносин забезпечується такими принципами: внутрішньокорпоративної демократії; охорони прав акціонерів, яким належить незначний відсоток акцій; підпорядкування особистих інтересів учасників загальному корпоративному інтересу; добровільності членства у корпорації; гласності ведення справ корпоративної організації; обмеження втручання учасників у поточну діяльність корпоративної організації тощо.

Керуючись ними, акціонерне товариство повинно будувати свою діяльність і відносини з іншими суб'єктами в межах корпоративного управління та контролю, під яким розуміється можливість учасника

корпоративних відносин забезпечувати постійний вплив на прийняття стратегічних управлінських рішень¹.

Корпоративне управління являє собою постійне, спадкоємне забезпечення корпоративних інтересів і знаходить вираз у відносинах корпоративного контролю².

Корпоративний контроль безпосередньо пов'язаний з основними засобами регулювання корпоративних відносин. При цьому необхідно мати на увазі, що корпоративні відносини — це внутрішні відносини, які пов'язані із забезпеченням здійснення корпоративних прав і виконання обов'язків внутрішньорганізаційними способами й засобами.

У широкому сенсі корпоративний контроль — це вся сукупність господарсько-правових засобів впливу на оптимізацію діяльності корпорації, що тісно пов'язана з таким поняттям, як «корпоративний інтерес». Саме в процесі корпоративного управління і контролю за діяльністю акціонерного товариства можливе виникнення «конфлікту інтересів» його учасників.

Корпоративний інтерес спрямований на участь у діяльності корпорації з метою розвитку корпорації й одержання пропорційних належному відсотку акцій прибутку від діяльності корпорації. Однак бажання отримати матеріальну вигоду може бути пов'язаним, як із задоволенням корпоративного, так й індивідуального інтересу, що хоча і спрямований на участь у діяльності корпорації, однак, за певних обставин може суперечити індивідуальним корпоративним інтересам інших членів.

Такий інтерес може бути пов'язаний зі зловживанням правом та іншими порушеннями закону. До «конфлікту інтересів» призводить таке управління акціонерним товариством, при якому порушується ієрархія корпоративних інтересів, коли від пріоритетів вибору внутрішньокорпоративних управлінських рішень залежить дотримання або недотримання корпоративних інтересів окремо взятого учасника корпоративних відносин. Тобто, «конфлікт інтересів» — це ситуація вибору між інтересами корпорації в цілому й інтересом окремої групи суб'єктів, що беруть участь у діяльності акціонерного товариства.

В акціонерному товаристві інтерес акціонера реалізується як безпосередньо через здійснення акціонером належних йому прав, так і опо-

¹ Див.: Миловидов В. Д., Шиткина И. С. Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе: Практ. пособие / Под ред. Е. П. Губина. — М., 1999. — С. 18.

² Там само. — С. 18.

середковано — через діяльність самої корпорації, учасником якої він є. Тому не є винятком ситуація, в якій інтереси того або іншого акціонера вступали б у конфлікт із інтересами не лише інших акціонерів, але й корпорації в цілому.

Підтвердженням цього положення можуть служити випадки прийняття загальними зборами акціонерів рішень про не виплату дивідендів і направлення заощаджених коштів на розвиток корпорації, або їхньої конвертації в акції іншої категорії (типу) тощо.

Російський дореволюційний науковець П. М. Гуссаковський, здійснюючи аналіз аналогічних проблем, зазначав, що «корпоративний устрій акціонерних товариств, безсумнівно, накладає на окремих акціонерів обов'язок підкорятися рішенням загальних зборів навіть і в тому разі якщо це рішення не відповідає їхнім особистим поглядам і намірам. Проте вони зобов'язані таким підпорядкуванням лише тим рішенням загальних зборів, які ухвалені в межах закону й статуту акціонерного товариства як юридичної особи, й анітрішечки не зачіпають прав, що особисто належать окремим акціонерам»¹. На його думку, в разі порушення таких прав «кожний акціонер не тільки не зобов'язаний підкорятися постанові загальних зборів, але й вправі вимагати його скасування й відшкодування заподіяних йому збитків»².

Разом з тим будь-який поділ рішень зборів акціонерів на загальнокорпоративні й індивідуальні практично неможливий. У контексті розглянутої проблеми одним із ключових є питання про співвідношення волі більшості акціонерів з інтересами меншостей, у т. ч. питання про охорону останніх від свавілля більшості.

І дійсно, принцип рівних прав акціонерів (одна акція — один голос) не є гарантією рівних можливостей, оскільки останні залежать від величини пакетів акцій, що належать конкретним акціонерам. На перший план у цьому зв'язку виходить проблема охорони прав інтересів акціонерів — власників невеликої кількості акцій. Прагнення до законодавчого вирішення цієї проблеми простежується в тенденціях розвитку корпоративного законодавства багатьох країн.

Безумовно, акціонерне товариство зацікавлене в участі «дрібних» акціонерів, оскільки в цілому вони формують значну частину його капіталу, відтік якого вкрай небажаний. Тому залучення таких акціонерів потребує

¹ Гуссаковський П. Н. Вопросы акционерного права // Журнал Министерства юстиции. — Пг., 1915. — С. 55.

² Там само.

створення відповідних гарантій, що дають можливість у необхідних випадках захищати свої інтереси та вийти з-під «влади більшості».

Проблема охорони прав акціонерів, що є відносно новою для України, знайшла вирішення у законодавстві багатьох іноземних держав.

Так, у Великій Британії для зміни визначених в установчих документах прав окремої групи акціонерів при певних обставинах потрібна згода всіх акціонерів. Крім того, встановлено, що права, передбачені для акціонерів законодавством, не можуть бути змінені рішенням загальних зборів навіть у разі якщо такі права були включені в установчі документи, а рішення приймається у вигляді внесення до них змін і доповнень¹.

До того ж розгляд питання про співвідношення інтересів більшості й меншості акціонерів неможливий без аналізу загальнотеоретичної проблеми встановлення меж здійснення ними своїх прав, і зокрема, здійснення права більшості на прийняття рішень, які далеко не завжди враховують інтереси меншості.

Розглядаючи це питання, О. С. Іоффе зазначав, що «не все те, що заборонено законом, — заборонено, але й дозволено не тільки те, що прямо дозволено законом»². У зв'язку з цим доречним є питання про те, де ж знаходиться межа, за якою здійснення права перетворюється у зловживання правом. О. М. Гуляев же акцентував увагу на тому, що «всяке право припускає межі, що визначають міру волі», як такі межі, хоча й досить нечіткі, він визначав тільки закон і права інших осіб³. Крім того, О. С. Іоффе вважав, що «під межею здійснення прав потрібно розуміти межі, що впливають із їхнього цільового призначення»⁴.

Намагаючись установити такі межі, відомий радянський правник В. П. Грибанов в одній із своїх праць писав: «Питання наявності або відсутності зловживання правом може бути вирішене насамперед залежно від співвідношення між санкціонованим законом загальним типом можливого поведіння уповноваженої особи й тим її конкретним поведінням, що вона здійснює з метою реалізації суб'єктивного права»⁵. Далі він зазначав, що «зловживання правом є особливим типом цивільного право-

¹ Див.: Peter G. Xuereb. *Company law in Nutshell*. — London, 1992. — С. 30.

² *Іоффе О. С.* Юридические нормы и человеческие поступки // Актуальные вопросы советского гражданского права. — М., 1964. — С. 25.

³ *Гуляев А. М.* Русское гражданское право: Пособие к лекциям. — СПб., 1913. — С. 170.

⁴ *Іоффе О. С.* Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 311.

⁵ *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М., 1972. — С. 34.

порушення, вчиненого уповноваженою особою при здійсненні належного їй права, пов'язаним з використанням недозволених конкретних форм у межах дозволеного їй законом загального типу поведження»¹.

Погодившись із цими міркуваннями, необхідно додати, що форми й засоби охорони (захисту) корпоративних прав на випадок аналогічних правопорушень визначають його зміст і характер. Безумовно, у всіх випадках їх застосування (враховуючи їхній оціночний характер) матиме місце високий ступінь судового розсуду, що, беззаперечно, не додає стабільності ситуації, про яку йдеться. З іншого боку, така невизначеність і заснований на ній ризик скасування будь-якого рішення можуть сприяти прийняттю акціонерами більш зважених і продуманих рішень.

У Франції застосовується випробувана на практиці концепція «зловживання правом», згідно з якою межа здійснення права обумовлена тим, чи порушуються при цьому права й інтереси тих або інших осіб, чи ні. Так, наприклад, відповідно до французького законодавства керівник товариства може бути відсторонений від справ рішенням загальних зборів акціонерів до закінчення терміну його повноважень без пояснення причин звільнення з посади. Однак у судовій практиці це положення уточнене вказівкою на те, що таке «безпричинне й дострокове» звільнення з посади може бути застосоване лише за умови, що воно не завдає шкоди діловій репутації директора².

Заслугове на увагу думка І. С. Брауде про законодавчі засоби захисту прав акціонерів двома шляхами. Перший з них передбачає необхідність виробити механізм прийняття максимально зважених рішень, які, по можливості, враховують інтереси кожного акціонера, другий — що «незадоволений» акціонер має одержати право виходу з товариства з оплатою останнім вартості акцій³.

Актуальність такого підходу знайшла своє відбиття у сучасному вітчизняному законодавстві. Зокрема, у ньому докладно регламентовано процедуру прийняття органами управління товариства тих або інших рішень, крім того, закріплено право незадоволеного рішенням загальних зборів акціонера у певних випадках зажадати від товариства викупу належних йому акцій за ринковою ціною.

¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – С. 53.

² Там само. – С. 81–82.

³ Див.: Брауде. И. А. Акционерные общества и товарищества в торговле и промышленности. – М., 1926. – С. 4.

Продовжуючи огляд законодавчого регулювання процесу прийняття рішень, які зачіпають інтереси меншості, зауважимо наступне.

Практика свідчить, що еволюція акціонерного законодавства може мати наслідком зміну меж, що визначають повноваження більшості стосовно меншості.

Так, в акціонерному товаристві «Х» 99,99 % усіх акцій належали іноземному інвесторові. Інша їх частина була розподілена серед фізичних осіб — членів трудового колективу, в цілому близько 1000 чоловік. Очевидно, що названа меншість при голосуванні не могла впливати на прийняття будь-яких рішень загальними зборами, однак, на думку акціонера, що володіє основним пакетом акцій, істотно ускладнювало процедуру їхнього прийняття.

Дійсно, для скликання й проведення зборів необхідно дотримати численних формальностей. Досить лише згадати такі вимоги, як обов'язкове письмове завчасне повідомлення кожного акціонера про час, місце зборів, питання, що виносяться на обговорення тощо. У зв'язку з цим «основний» акціонер, завдяки значним інвестиціям якого й було сформовано виробничі фонди товариства, запропонував взагалі «виключити» присутність меншості акціонерів на загальних зборах, анулювавши їх акції, мотивуючи це тим, що їх голоси не є вирішальними¹.

Як відомо, затвердження загальними зборами акціонерів будь-якого рішення здійснюється з дотриманням принципу більшості.

Теоретично можливою є ситуація, коли при відносно значній кількості акціонерів взагалі неможливо зібрати їх всіх разом або досягти одногослосності. Завжди серед акціонерів можуть виявитися незадоволені рішенням більшості, однак, зрозуміло, що не можна ставити під загрозу діяльність товариства, в яке більшість вклала значні кошти, а тому має більший інтерес у результатах його діяльності. Крім того, отримуючи у власність акцію, кожний акціонер тим самим підтверджує свою згоду з дією й поширенням на нього принципу «демократичного централізму» і бере на себе ризик опинитися в незадоволеній меншості.

Прихильники правомірності такої позиції іноземного інвестора, про якого йшлося вище, стверджували, що товариство може виключити акціонерів зі свого складу, тим більше, що можливість анулювання акцій була передбачена відповідними нормативними актами. З іншого ж боку, право на акцію є речовим (право власності) і, за загальним правилом,

¹ Див.: Бушев А. Ю., Скворцов О. Ю. Акционерное право. – М., 1997. – С. 88.

власник без його згоди не може бути позбавлений права власності на річ, крім випадків, прямо зазначених у законі.

Для акцій такий випадок у законі прямо не зазначений, тому прихильники пропозиції іноземного акціонера стверджували, що «акціонерна власність» і є той окремих випадок припинення речового права на акцію без згоди її власників. Однак, враховуючи наявність ризику визнання рішення про анулювання акцій недійсним, іноземний інвестор відмовився від своєї витівки¹.

Чинне акціонерне законодавство України та правозастосовна практика виробили деякі способи скорочення кількості осіб, що беруть участь у голосуванні на загальних зборах. По-перше, цього можна досягти за допомогою консолідації акцій, по-друге — конвертації звичайних акцій певного випуску в привілейовані акції, що не дають права голосу, крім випадків, передбачених законом. Однак при будь-якому варіанті за акціонером зберігається можливість захистити свої інтереси: він здобуває право зажадати від товариства викупу належних йому акцій за ринковою ціною і, крім того, за певних умов, може оскаржити такі рішення в суді.

Учинення акціонерним товариством окремих правочинів може викликати конфлікт інтересів між органами його управління й дрібними акціонерами, який може бути попереджений засобами корпоративного контролю. У цьому контексті повчальним є зарубіжний досвід щодо дотримання так званого «принципу лояльності», який полягає у всебічному забезпеченні такого рівня корпоративного контролю, за якого виконавчий орган та члени колегіального виконавчого органу діяли й виконували свої обов'язки в інтересах товариства «сумлінно й розумно».

Ця концепція уперше була закріплена в американському корпоративному праві. Вона ґрунтується на ідеї, що директори є довіреними особами акціонерів і корпорації, тому на них лежать «обов'язки довірених осіб», які традиційно розподіляються на дві категорії — «обов'язок лояльності» і «обов'язок посадового ступеня дбайливості»². Ці категорії часто переплітаються і часом на практиці їх важко розрізнити. Що стосується «обов'язку лояльності» (його іноді називають обов'язком справедливого ведення бізнесу), то ряд авторів виділяє його як найбільш

¹ Див.: Бушев А. Ю., Скворцов О. Ю. Акционерное право. – М., 1997. – С. 88.

² Сыродоева О. Н. Акционерное право США и России (сравнительный анализ). – М., 1996. – С. 61.

важливий¹. Він відображає доктрину загального права, розвинену американськими судами й в основному пов'язану із ситуаціями, коли директор діє у своїх власних інтересах, а не в інтересах корпорації. У таких випадках його можна притягти до відповідальності за порушення обов'язку лояльності. Ця концепція наведена у тих положеннях законів про корпорації, які присвячені «протириччям інтересів».

Широке застосування в акціонерному праві США мав також принцип *ultra vires* («з перевищенням повноважень») відповідно до якого якщо, наприклад, директор при здійсненні правочину вийшов за межі своїх повноважень, то акціонер, навіть одиничний, мав право заявити позов до товариства з *вимогою про заборону виконання зобов'язань, заснованих на діях директора*. Специфіку статусу та комплекс прав і обов'язків директорів компанії окреслює О. Р. Кібенко².

Зазначене дозволяє зробити такі висновки. В умовах всебічної європейської інтеграції України питання корпоративного контролю і управління як дієвих засобів всебічного забезпечення прав акціонерів є складовою частиною загальнотеоретичної проблеми формування уніфікованих і гармонізованих механізмів регламентації корпоративних відносин. Ці механізми повинні повною мірою враховувати позитивний європейський досвід, а також досвід інших економічно розвинутих країн світу. Однак всебічна охорона відносин, що складаються у вітчизняних акціонерних товариствах, має свою специфіку, що визначена особливостями сучасного етапу економічного розвитку України та самих акціонерних відносин. Як будь-яка корпоративна організація і суб'єкт ринкової економіки, акціонерне товариство має здійснювати свою діяльність за погодженими правилами, яких зобов'язані дотримуватись усі учасники акціонерних відносин: саме товариство, акціонери, управлінський персонал, наймані працівники тощо. Мова йде про систему механізмів впливу на управлінську діяльність органів акціонерного товариства, що забезпечуються за рахунок не лише корпоративного контролю, але і інших чинників. Велике значення мають суто економічні механізми впливу на діяльність акціонерного товариства: під постійною загрозою банкрутства господарюючих суб'єктів органи його управління почина-

¹ Див.: Мозолин В. П. Правовое положение предпринимательских корпораций и основные тенденции развития законодательства о корпорациях в США. – М., 1967. – С. 22.

² Див.: Кібенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. – К., 2003. – С. 209–214.

ють діяти ефективніше, більших шансів набуває врахування ними інтересів усіх груп корпорації. Другий механізм такого впливу має економіко-правовий характер — його впровадження забезпечує стимулювання такої діяльності товариства, що забезпечує постійний інтерес акціонерів до участі в акціонерному товаристві, а відтак робить поодинокими випадки продажу належних їм акцій і вилучення своєї частки з його капіталу. Загроза масового виходу інвесторів (не лише акціонерів, але і облігаціонерів), що раніше надали свій капітал компанії, може суттєво вплинути на функції управлінського персоналу компанії, представники якого можуть бути змушені шукати інші джерела інвестицій.

Виходячи з цього, сучасні правові та економічні механізми корпоративного управління та контролю в Україні недостатньо розвинені для всебічного забезпечення розвитку акціонерного товариства. Зважаючи на економіко-політичну ситуацію в Україні, вона не зміниться на краще без створення ефективного правового забезпечення цих процесів. Тому в наш час набувають особливого значення передові способи організації корпоративного управління, що полягають в усвідомленій участі акціонерів у забезпеченні діяльності акціонерного товариства шляхом саморегулювання корпоративних відносин. Тому основні напрямки розвитку корпоративного законодавства полягають як у вдосконаленні державного централізованого правового регулювання, так і стимулюванні внутрішньої, локальної нормотворчості самих товариств.

Транспортний коридор як організаційно-правова форма спеціального правового режиму

Однією з основних ознак сучасного етапу розвитку світової економіки є посилення інтеграційних процесів, які обумовлюють зростання транснаціональних перевезень та міжнародного транзиту вантажів.

Українська держава, що має найвищий у Європі транзитний рейтинг, вигідне географічне положення, фактично включилася до процесу створення загальноєвропейської транспортної системи шляхом підписання ряду нормативних документів щодо створення, функціонування та розвитку міжнародних транспортних коридорів. Утім у вітчизняній правовій науці немає комплексних досліджень щодо визначення місця, ролі та елементів транспортних коридорів у системі права. Тому основною метою цієї статті є юридичне визначення поняття «транспортний коридор», для досягнення якої слід визначити поняття «спеціальний правовий режим» та «організаційно-правова форма».

Якщо проаналізувати усі визначення міжнародних транспортних коридорів (МТК), то їх можна згрупувати таким чином:

1) сукупність магістральних транспортних комунікацій із відповідним облаштуванням і, як правило, різних видів транспорту, що забезпечують перевезення пасажирів та вантажів у міжнародному сполученні на напрямках їх найбільшої концентрації та таких, що пов'язують різні країни¹;

2) маршрут або напрямок двостороннього масового переміщення вантажів і пасажирів, що здійснюється з високою швидкістю, без перешкод, надійно, контрольовано і з конкурентоспроможними вартісними показниками²;

3) наявність автомобільного, залізничного, водного та змішаних видів транспорту, які здійснюють свою діяльність у безпосередній близь-

¹ Концепція согласованной транспортной политики государств-участников СНГ на период до 2010 года: Решение Совета глав правительств Содружества Независимых Государств от 15. 09. 2004 г.; *Новікова А. М.* Україна в системі міжнародних транспортних коридорів. – К., 2003. – С. 8.

² Див.: *Погребицький М.* Напрями розвитку транспортного комплексу та системи міжнародних перевезень // Збірник наукових праць НАДУ при Президентові України. – 2006. – № 1. – С. 359.

кості один від одного або віддалених на багато кілометрів, але орієнтованих в одному загальному напрямку¹;

4) це частина національної або міжнародної транспортної системи, яка забезпечує значні міжнародні вантажні та пасажирські перевезення між окремими географічними районами, включає рухомий склад та стаціонарні пристрої усіх видів транспорту, що працюють у єдиному напрямку, а також сукупність технологічних, організаційних та правових умов цих перевезень²;

5) магістраль, яка представлена транспортними лініями різних видів транспорту, що проходять паралельно, орієнтовані в одному напрямку і можуть простягатись смугою завширшки сотні кілометрів³;

6) комплекс наземних і водних транспортних магістралей з відповідною інфраструктурою у певному напрямку, включаючи допоміжні споруди, під'їзні шляхи, прикордонні переходи, сервісні пункти, вантажні та пасажирські термінали, обладнання для управління рухом, організаційно-технічні заходи, законодавчі та нормативні акти, які забезпечують перевезення вантажів і пасажирів на рівні, що відповідає вимогам Європейського Співтовариства⁴.

Виходячи з вищенаведених визначень МТК, можна зробити певні висновки щодо *ознак МТК*:

1. Діяльність МТК поширюється на територію різних держав. Ця територія повинна мати певну внутрішню інфраструктуру, що забезпечує діяльність перевізників та умови збереження і транспортування вантажів: мережу АЗС, готелів, підприємств громадського харчування, медичних закладів, СТО тощо, а також розвинену інформаційну систему. До того ж мається на увазі територія не однієї окремо взятої країни, а частина території держав, у межах яких створено МТК.

2. Це переміщення як пасажирів, так і вантажів. Перш за все, переміщення у режимі транзиту.

¹ Див.: Сіваченко І. Ю., Кухарська Н. О., Левицький М. А. Вільні економічні зони: Навч. посіб. – К., 2002. – С. 162.

² Див.: Неруш Ю. М. Логістика. – М., 2006. – С. 365–366.

³ Див.: Шестак О. І. Інфраструктура міжнародних транспортних коридорів // Проблеми та перспективи розвитку транспортних систем: техніка, технологія, економіка і управління: Тези доп. першої наук.-практ. конф. – Ч. 2: Економіка і управління. – К., 2003. – С. 125.

⁴ Див.: Філіпенко О. В. Правовий механізм регулювання спільної транспортної політики Євросоюзу: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 11. – К., 2004. – С. 177.

3. МТК передбачає наявність певних маршрутів або напрямів переміщення.

4. Характеризується високою швидкістю, надійністю, безперешкодним перетином митниць різних країн.

5. Перевезення у рамках МТК відбувається за допомогою різних видів транспорту (автомобільного, залізничного, водного і т. д.), а також за допомогою змішаних перевезень.

6. МТК являє собою певну сукупність не лише різних видів транспорту, але й сукупність транспортних комунікацій (тобто організовану транспортну інфраструктуру).

Слід відразу вказати на те, що транспортний коридор розглядається нами як частина міжнародного транспортного коридору. Ці категорії співвідносяться між собою як частина та ціле.

Створення такої капіталомісткої системи, як транспортний коридор передбачає запровадження спеціальних режимів господарської діяльності, на розгляді яких ми зупинимося детальніше.

Уперше в законодавстві України поняття «спеціальний режим господарювання» запроваджено у Господарському кодексі України. На думку авторів коментаря до ГК, спеціальний режим господарювання — це інститут господарського права, що визначає особливий порядок здійснення господарської діяльності на визначеній території або в певній галузі економіки, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і запроваджується для досягнення цілей, установлених державою¹.

Поки що не існує єдиного погляду науковців щодо визначення *спеціального правового режиму*. Так, він визначається як:

1) надання іноземцям у якій-небудь сфері прав та/або встановлення для них певних обов'язків, що відрізняються від тих, які надаються в цій сфері для власних громадян відповідної держави²;

2) надання спеціальних прав, які найчастіше встановлюються у договірній практиці³;

¹ Науково-практичний коментар до Господарського кодексу України / Кол. авт.: Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін.; За заг. ред. В. К. Мамутова. — К., 2004. — С. 612.

² Див.: *Кибенко Е. Р.* Международное частное право. — Харьков, 2003. — С. 46; *Международное право: Учебник* / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. — М., 1996. — С. 107; *Черниченко С. В.* Личность и международное право. — М., 1974. — С. 94; *Горлов А. И.* Национальный режим иностранцев в международной практике // *Вопросы теории и практики современного международного права*. — М., 1960. — С. 96.

³ *Международное право: Учебник* / Под ред. Н. Т. Блатовой. — М., 1987. — С. 307.

3) інститут господарського законодавства, що визначає особливий порядок здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки або у процесі здійснення господарського договору, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, та вводиться для досягнення цілей, встановлених державою¹;

4) особливий порядок правового регулювання певних суспільних відносин, який встановлюється щодо певного кола суб'єктів або сфери їх діяльності та який відрізняється від загального режиму або пільговою, або обмежувальною направленістю регулювання, обумовленою публічним інтересом, проявляючись у всіх елементах його механізму, зокрема, через гарантії, пільги, форми державної підтримки, обмеження, заборони та додаткові підстави юридичної відповідальності²;

5) спеціальний правовий режим господарювання визначається як правовий режим, який встановлює особливий порядок організації та здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки, що відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і вводиться державою з метою забезпечення розумного сполучення публічних і приватних інтересів за допомогою встановлення обмежень та/або заохочень для суб'єктів господарювання³.

На підставі наведених визначень та аналізу законодавства у галузі спеціального правового режиму (СПР) можна дійти висновку:

1) СПР відрізняється від загального режиму господарювання або пільговою, або обмежувальною направленістю правового регулювання;

2) СПР встановлюється на певній території або у певній галузі економіки;

3) СПР встановлюється або стосовно певного кола суб'єктів, або сфери їх діяльності.

У ГК України передбачені різновиди спеціальних режимів господарювання (розділ 8, глави 39–41), до яких належать: СПР господарювання у спеціальних (вільних) економічних зонах; концесії; виключна (морська)

¹ Хозяйственное право: Учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Макутова. – Киев, 2002. – С. 835.

² Див.: *Таран Л. В.* Спеціальний правовий режим підприємницької діяльності в свободних економічних зонах України (комплексне дослідження). – Харків, 2004. – С. 86.

³ Див.: *Зельдіна О. Р.* Теоретичні аспекти спеціального режиму господарювання: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук (12. 00. 04). – Донецьк, 2007. – С. 4.

економічна зона України; на державному кордоні України; у санітарно-захисних та інших охоронних зонах, територіях та об'єктах, що особливо охороняються; спеціальний режим господарювання в окремих галузях народного господарства; території пріоритетного розвитку; спеціальний режим господарювання в умовах надзвичайного стану, надзвичайної екологічної ситуації; спеціальний режим господарювання в умовах воєнного стану.

Виходячи з такої класифікації, можна зробити висновок, що **законодавець розрізняє**: 1) спеціальний правовий режим господарювання (як загальне поняття) та 2) спеціальний правовий режим господарювання в окремих галузях народного господарства (як родове поняття). Отже, можна виділити два види спеціальних режимів господарювання: **спеціальний правовий режим господарювання загального типу та галузевий спеціальний правовий режим**.

Як указує О. Р. Зельдіна, особливостями спеціального режиму є: поєднання норм права, що встановлюють специфіку правового регулювання для досягнення певних цілей; використання специфічних правових засобів; відособленість юридичних норм, які комплексно регулюють організацію та здійснення господарської діяльності¹. Л. В. Таран підкреслює, що однією із суттєвих ознак спеціального правового режиму є те, що він надається спеціальному суб'єкту².

Отже, до ознак спеціального правового режиму господарської діяльності слід віднести такі:

- 1) спеціальна мета створення СПР;
- 2) використання специфічних правових засобів;
- 3) виокремлення у певний блок юридичних норм, які комплексно регулюють організацію та здійснення господарської діяльності у межах цього спеціального режиму;
- 4) коло осіб, на яких поширюється цей спеціальний правовий режим.

Необхідно визначити основні ознаки спеціального правового режиму господарської діяльності в ТК. Так, метою створення та функціонування ТК є оптимізація транзитних перевезень, тобто спрощення митного оформлення транзиту вантажів та пасажирів, збільшення швидкості транзиту, підбір найбільш вигідних маршрутів тощо.

¹ Див.: Зельдіна О. Р. Теоретичні аспекти спеціального режиму господарювання. – С. 9.

² Див.: Таран Л. В. Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование). – С. 126.

Що стосується саме ТК, то, на нашу думку, діяльність у рамках ТК підпадає під вплив сукупності спеціальних режимів, оскільки для розвитку та нормального функціонування ТК необхідні такі невід’ємні складові спеціального режиму, як гарантії інвесторам, пільги, певні обмеження і заборони, а також додаткові підстави юридичної відповідальності. Йдеться про те, що функціонування ТК потребує взаємодії таких спеціальних режимів господарювання: у прикордонних областях, у ВЕЗ, спеціального режиму концесійної діяльності тощо. На нашу думку, доцільним є запровадження спеціальних правових режимів у пунктах пропуску вантажів на державному кордоні України, зокрема щодо транзитних вантажів. Так, наприклад, функціонування ТК забезпечується за допомогою функціонування ВЕЗ «Інтерпорт Ковель» (яку було створено з метою облаштування МТК «Гданськ — Одеса»)¹, стимулювання інвестицій у галузь дорожнього господарства забезпечується за допомогою функціонування концесій на будівництво автомобільних шляхів і т. ін.

При цьому СПР в ТК — це режим, специфічною ознакою якого є те, що він встановлюється не тільки на певній території (території ТК), але й у певній галузі економіки (транспортній). Поєднання двох різнорідних підстав встановлення СПР (територіальної та галузевої) суттєво вирізняє СПР в ТК з-поміж інших СПР (наприклад, у ВЕЗ, ТПР і т. д.).

На нашу думку, для ефективного функціонування ТК СПР повинен містити такі специфічні засоби правового регулювання:

- 1) особливий порядок реєстрації учасників МТК та споживачів;
- 2) особливі правила оренди земельних ділянок для будівництва та розташування об’єктів інфраструктури МТК;
- 3) спеціальний порядок найму працівників;
- 4) особливі вимоги щодо оформлення об’єктів інфраструктури з погляду їх безпечності, відповідності вимогам екологічного законодавства, світовим стандартам;
- 5) специфічний порядок реалізації податкових зобов’язань;
- 6) вимоги до обсягів інвестування;
- 7) спрощений порядок перетину державного (і митного) кордону. На жаль, окремі процедури митна служба здійснює, порушуючи міжнародні угоди, до яких Україна вже приєдналася²;

¹ Про спеціальну економічну зону «Інтерпорт Ковель»: Указ Президента України від 22. 06. 1999 р. № 702/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 25. – Ст. 1157.

² Див.: *Філіпенко О. В.* Правовий механізм регулювання спільної транспортної політики Євросоюзу: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 182.

8) особлива юридична відповідальність учасників МТК;

9) регулювання ціноутворення, тарифів.

Як правильно зауважує Л. В. Таран, повнота правового регулювання неможлива без встановлення його інструментарію, тобто принципу реалізації в об'єктивній дійсності певного сполучення дозволів, велінь та заборон, що утворюють зміст будь-якого правового режиму¹. Детальний аналіз ознак МТК, етапів його створення та діючого законодавства дає змогу стверджувати, що правовим інструментарієм СПР у МТК є: пільги, гарантії, державна підтримка, юридична відповідальність, комплекс обмежень та заборон.

Необхідно наголосити, що господарська діяльність у рамках МТК підпадає під дію комплексного (специфічного) спеціального правового режиму господарювання, який включає, з одного боку, окремі елементи спеціальних правових режимів господарювання загального типу, а з другого — сам є підвидом спеціальних правових режимів галузевого типу.

Доцільно підкреслити, що комплексний спеціальний правовий режим господарської діяльності у МТК поширюється лише на учасників МТК.

Слід зазначити, що названі нами ознаки ТК мають розрізнений характер, не пов'язані між собою. Тому, на наш погляд, для того щоб сполучити усі ці ознаки спеціального правового режиму господарської діяльності у межах ТК, їх необхідно поєднати у певну форму. Мова йде, передусім, про організаційно-правову форму.

Особливий інтерес у зв'язку з цим становлять наукові праці, присвячені висвітленню проблематики організаційно-правових форм підприємницьких товариств, зокрема комплексне дослідження К. О. Кочергіної, яка визначає організаційно-правову форму як систему визначених, урегульованих у законодавстві типів відносин, а також конкретизація їх особливостей, що виникають між підсистемами засновників/учасників, яка включає такий системно-структурний елемент, як відносини між засновниками/учасниками з приводу створення, функціонування та припинення підприємницького товариства та «юридичної особи» з її відповідними основними системно-структурними елементами, а саме: правоздатність, правовий режим майна, закріпленого засновниками за юри-

¹ Див.: Таран Л. В. Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование). – С. 96.

дичною особою, системою органів або відповідним порядком управління, а також змістом правовідносин, що виникають між учасниками та створеною ними юридичною особою, як підсистемами, в тому числі межі та порядок їх відповідальності¹. Розглядаючи детально правову природу спеціального правового режиму вільних економічних зон, Л. В. Таран робить висновок, що вільна економічна зона є однією із *організаційно-правових форм існування СПР* поряд із територіями пріоритетного розвитку, на яких встановлюється та діє СПР інвестиційної діяльності². Таким чином, науковець фактично вказує на те, що організаційно-правова форма — це не лише система певних типів відносин, що складаються у процесі створення, існування та припинення юридичних осіб. Організаційно-правова форма може бути визначена і як система врегульованих законодавчо типів відносин з приводу створення, функціонування та припинення дії спеціального правового режиму.

Дослідники зазначають, що однією з підстав класифікації організаційно-правових форм є наявність додаткових вимог до тих чи інших елементів структури ОПФ, обумовлених специфікою виникнення та функціонування останніх в особливих секторах ринку або сфери послуг. І залежно від такого критерію, як зазначають Д. В. Задихайло, О. Р. Кибенко, К. О. Кочергіна, потрібно виділяти підприємницькі товариства базових організаційно-правових форм, які відрізняються однорідністю розуміння у різних державах та правових системах, а також підприємницькі товариства похідних (спеціальних) організаційно-правових форм³. Стосовно похідних організаційно-правових форм, К. О. Кочергіна підкреслює, що вони відрізняються від базових організаційно-правових форм окремими особливостями залежно від тих секторів ринку, де передбачений *певний режим державного регулювання*⁴. При цьому до таких секторів ринку науковець відносить ринок фінансових послуг,

¹ Див.: *Кочергіна Е. А.* Содержание организационно-правовых форм предпринимательских обществ: интересы, функции, правовые средства. — Харьков, 2005. — С. 143.

² Див.: *Таран Л. В.* Специальный правовой режим предпринимательской деятельности в свободных экономических зонах Украины (комплексное исследование). — С. 93.

³ Див.: *Задыхайло Д. В.* Предпринимательское право в Украине. — Харьков, 1998. — С. 15; *Кибенко Е. Р.* Корпоративное право Украины. — Харьков, 2001. — С. 47; *Кочергіна Е. А.* Содержание организационно-правовых форм предпринимательских обществ: интересы, функции, правовые средства. — Харьков, 2005. — С. 150.

⁴ *Кочергіна Е. А.* Содержание организационно-правовых форм предпринимательских обществ... — С. 53.

телебачення та радіомовлення, страхування, інвестування тощо. Отже, перелік ринків не є вичерпним, а тому ми вважаємо за необхідне доповнити його і ринком транспортних послуг, який також передбачає наявність специфічного режиму державного регулювання.

Аналізуючи зміст похідних організаційно-правових форм, ми бачимо, що фактично похідна організаційно-правова форма — це не форма зовнішнього виразу юридичної особи. Похідні ОПФ можна представити як форму зовнішнього вираження спеціального правового режиму.

Враховуючи викладене, ТК можна визначити також як одну з похідних організаційно-правових форм правового регулювання спеціального правового режиму, який діє у межах ринку транспортних послуг, та слід розглядати як *організаційно-правову форму комплексного спеціального режиму господарювання*.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

І. Бойко, доцент кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Проблеми забезпечення прав громадян в інформаційній сфері

Інформація в історії суспільства завжди відіграла визначальну роль і служила основою для прийняття рішень на всіх рівнях та етапах розвитку суспільства і держави. За образним висловом академіка А. І. Берга, «Інформація проникає у всі пори життя людей і суспільства, а життя неможливе в інформаційному вакуумі»¹.

Сьогодні людство перебуває у стадії формування суспільства нового типу — інформаційного. Згідно з концепцією З. Бжезинського, Д. Белла, О. Тоффлера, інформаційне суспільство — різновид постіндустріального суспільства. Прихильники цієї концепції пов'язують його становлення з домінуванням інформаційного сектору економіки, який слідує за трьома відомими секторами — сільським господарством, промисловістю та економікою послуг. При цьому вони стверджують, що капітал і праця, як основа індустріального суспільства, поступаються місцем інформації і знанням в інформаційному суспільстві.

Використання і розвиток інформаційно-комунікаційних технологій в усіх сферах соціального життя і діяльності, виробництво та споживання суспільством інформаційних продуктів та послуг кардинально змінюють образ життя значної частини населення, соціально-психологічні моделі поведінки людей. І тому вже наприкінці ХХ ст. виникає необхідність у правовому забезпеченні інформаційних процесів, що відбува-

¹ *Берг А. И.* Кибернетика и общественные науки // Методологические проблемы науки. — М.: Наука, 1964. — С. 259–260.

ються в суспільстві. При цьому держава є ключовим суб'єктом у становленні інформаційного суспільства як координатор учасників інформаційних відносин, як законодавець, що забезпечує правові засади розвитку відповідних правовідносин, юридичний гарант реалізації права на інформацію, здатний захистити суб'єктів права від несанкціонованого доступу до інформації, забезпечити недоторканність приватного життя людини, реалізацію права на інтелектуальну власність в інформаційній сфері, а також забезпечити умови конкурентоздатності в інформаційній індустрії, правила функціонування інформаційних систем. Роль держави полягає також у створенні ефективного механізму забезпечення та захисту прав і свобод громадян, а також законних інтересів юридичних осіб в інформаційній сфері.

Чисельні зміни у структурі соціального, економічного та політичного життя сучасного українського суспільства, обумовлені розвитком інформаційних процесів, спонукають до аналізу інформаційних потоків, які створюють основу та обслуговують усі сфери життєдіяльності суспільства. Саме цим зумовлений помітний інтерес до вказаної проблеми таких вітчизняних дослідників, як І. Арістова¹, О. Кохановська,² Т. Костецька,³ Д. Гетманцев⁴ та ін.

На думку Є. Аронсона і Є. Пратканіса, сучасне суспільство вступає в епоху пропаганди⁵. Мета пропаганди полягає у переконанні отримувача інформації в необхідності прийняти точку зору того, хто пропагує. Для цього використовується безліч методів переконання, побудованих на тих чи інших психологічних механізмах. Формами пропаганди можуть бути комерційна реклама, виступи політичних і громадських діячів тощо.

¹ Див.: *Арістова І. В.* Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти / За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Бандурки: Монографія. – Х., 2000. – С. 69–80.

² Див.: *Кохановська О.* Інформація та захист інформаційних прав в умовах інформаційного суспільства // *Українське комерційне право.* – 2007. – № 8. – С. 28–38.

³ Див.: *Костецька Т. А.* Актуальні проблеми державно-правового регулювання інформаційних відносин // *Часопис Київського університету права.* – 2006. – № 4. – С. 66.

⁴ Див.: *Гетманцев Д.* До питання про інформаційне право як самостійну галузь права в Україні // *Підприємництво, господарство і право.* – 2007. – № 3. – С. 88–91.

⁵ Див.: *Аронсон Э., Пратканис Э.* Эпоха пропаганды: механизмы убеждения, повседневное использование и злоупотребление. – СПб., 2002. – С. 18–35.

Таким чином, передача інформації є основою формування суспільства, що стійко розвивається. Проте інформація, окрім функціональної соціалізуючої ролі, відіграє й дисфункціональну роль. Пропаганда як спосіб здійснення комунікації достатньо небезпечна саме на перших етапах соціалізації, і саме у цій сфері необхідні суворі обмеження на якість і форму надання інформації. Через засоби масової інформації здійснюється вплив на зміну поведінки людей і особливо дітей, як найбільш сприйнятливих до всього нового.

Комерційна реклама, яка розміщується в засобах масової інформації, у всесвітній мережі Інтернет і громадських місцях, стала невід'ємним атрибутом сучасного життя. Дедалі знижується вік цільової аудиторії, на яку спрямовується інформація, що міститься в рекламі. Це вже не тільки підлітки, а й діти молодшого віку. Безумовно, реклама здійснює вплив на психіку й свідомість таких осіб, який не завжди є бажаним і корисним для дітей і, за свідченнями психологів і педагогів, відбивається на їх розвитку, формуванні життєвих цінностей і людських якостей. Дедалі частіше батьки, педагоги й вихователі піднімають питання про попередження негативного впливу реклами на дітей.

Держава не може залишити цю проблему на батьків і вихователів, оскільки вони самотужки не в змозі її розв'язати. Негативний вплив комерційної реклами на волю, свідомість, поведінку осіб, які не досягли повноліття, це — соціальна проблема, вирішення якої має бути визнано державною справою.

Мета будь-якої комерційної реклами — збільшення доходів компаній. При цьому виробники реклами задля її ефективності враховують особливості психіки дітей і неповнолітніх, використовуючи знання таких наук, як психологія, фізіологія, соціологія, педагогіка. Такий маркетинговий підхід дозволяє сформуванню у відповідній аудиторії певну поведінку і певні потреби, вельми корисні для виробників товарів і послуг.

Чи є правомірним використання особливостей психіки дітей у комерційних цілях? Очевидно, що ні. Щоб попередити негативний вплив такої реклами, законодавство встановлює до неї вимоги. А саме: Закон України «Про рекламу»¹ окремою статтею регламентує питання реклами і дітей. Стаття 20 Закону забороняє, наприклад, рекламу з інформацією, яка може підірвати авторитет батьків, опікунів, піклувальників, педагогів та довіру до них, з уміщенням закликів до дітей придбати продукцію або звернути-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 39. – Ст. 181.

ся до третіх осіб з проханням зробити покупку. Реклама не повинна містити зображення дітей у небезпечних ситуаціях чи за обставин, що у разі їх імітації можуть завдати шкоди дітям або іншим особам, а також інформації, здатної викликати зневажливе ставлення дітей до небезпечних для здоров'я і життя ситуацій, не повинна завдавати дітям моральної чи фізичної шкоди, викликати у них відчуття неповноцінності, а також створювати у дітей враження, що володіння рекламованою продукцією дає їм перевагу над іншими дітьми; не повинна вказувати на можливість придбання рекламованого товару, розрахованого переважно на дітей, кожною сім'єю без урахування можливостей її бюджету.

Проте саме зміст цих заборон становить сутність тих психологічних особливостей дітей і неповнолітніх, які використовуються виробниками реклами задля забезпечення її ефективного впливу.

До того ж психологи вважають, що діти віком до 7 років (які, до речі, теж є споживачами реклами) сприймають будь-яку подану їм інформацію як істину і не розуміють справжнє призначення реклами.

Поза правовою регламентацією й досі залишається прихована реклама, так званий плейсмент, тобто розміщення з метою рекламування речей і товарів у телевізійних (у тому числі дитячих) передачах.

Інший аспект цієї проблеми полягає в тому, що в багатьох випадках реклама спрямована на дітей і підлітків (які власне і є споживачами продукції та послуг), а у правові відносини з купівлі товарів і послуг вступають інші особи. Виробник же реклами використовує дітей як засіб стимулювання їхніх батьків або опікунів до купівлі певних товарів і послуг.

Очевидною є проблема зіткнення інтересів підприємців з інтересами дітей, їх батьків і законних представників. Тому нам уявляється, що державне втручання у вирішення цієї проблеми шляхом запровадження заходів, які б забезпечували права неповнолітніх, є актуальним напрямком діяльності держави та пріоритетом державної політики.

Законом України «Про охорону дитинства»¹ визначено систему заходів щодо охорони дитинства в Україні, серед яких є визначення основних правових, економічних, організаційних та соціальних засад щодо охорони дитинства, удосконалення законодавства про правовий і соціальний захист дітей, приведення його у відповідність з міжнародними правовими нормами у цій сфері; встановлення відповідальності юридичних і фізичних осіб (посадових осіб і громадян) за порушення прав і законних інтересів дитини, заподіяння їй шкоди.

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

З огляду на ці завдання держави у сфері охорони дитинства вважаємо за необхідне на законодавчому рівні запровадити основні принципи державної політики у цій сфері та визначити пріоритети діяльності державних органів по забезпеченню інтересів дитини й охорони її прав. У зв'язку з проблемою, що розглядається, потребує встановлення норма, згідно з якою не допускається використання особливостей дитячої психіки в комерційних інтересах. Зокрема це стосувалося б і виготовлення реклами. Звичайно, що таке положення треба розглядати як принцип господарської діяльності, який має бути конкретизований у нормах законодавчого акта. До розробки цих норм слід залучити спеціалістів-психологів і педагогів. Це важливо, оскільки згадані норми Закону України «Про рекламу» потребують коректування і розширення їх змісту, адже не враховують всі ті вікові особливості дітей, які можуть бути недобросовісно використані з комерційною метою. Важливо встановити, що реклама має бути спрямована не на дітей, а на тих, хто забезпечує їх потреби. Це було б правильно, оскільки діти внаслідок недостатності життєвого досвіду ще не в змозі прийняти рішення щодо корисності товарів і доцільності їх купівлі.

Для цього пропонуємо закріпити положення про введення до складу Ради з питань реклами спеціалістів — фахівців у сфері психології та педагогіки, зокрема вікової, а також надати їм право робити висновки щодо відповідності реклами, яка розміщується в засобах масової інформації, вимогам законодавства, і встановлювати критерії оцінки такої реклами.

Інше питання — механізм контролю за відповідністю реклами вимогам законодавства. Цей механізм містить такі елементи: правова норма про відповідальність за порушення у сфері реклами, система органів контролю за дотриманням законодавства про рекламу, процесуальні норми стосовно притягнення винуватих осіб до відповідальності.

І хоча законом визначено органи, які контролюють додержання виробниками реклами законодавства про рекламу, — спеціально уповноважений орган виконавчої влади у сфері захисту прав споживачів, Антимонопольний комітет України та Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, а також сформульовані склади правопорушень у цій сфері, законодавець не забезпечив механізм дії деліктної норми. Зокрема, необхідно визначити, в яких випадках і хто може ініціювати розгляд справи, який порядок надання висновків щодо викори-

стання у рекламі методів, які заборонені законом, в які строки розглядається справа і накладається стягнення, порядок надання інших доказів при розгляді справи, відшкодування шкоди, завданої такою рекламою.

На наш погляд, ініціатором справи поряд з контролюючими органами, переліченими вище, може бути Рада з питань реклами, а також будь-яка фізична чи юридична особа, у тому числі орган державної влади. До того ж, уявляється, що на Раду з питань реклами має бути покладено обов'язок постійно досліджувати та аналізувати на предмет відповідності законодавству рекламу, яка розміщується у засобах масової інформації. Така діяльність повинна стимулюватися державою з тим, щоб це було цікаво і громадським організаціям, і окремим спеціалістам. Участь останніх у вирішенні проблеми попередження негативного впливу реклами на дітей становила б інститут громадського контролю у сфері, що розглядається. І оскільки проблематика стосується більшості громадян як батьків, вихователів і педагогів, то можна було б розраховувати на соціальну відповідальність багатьох осіб.

Необхідно ставити питання про характер і розмір стягнення, яке накладається на осіб, винуватих у виготовленні реклами з використанням особливостей психіки і поведінки дітей, що може негативно вплинути на них. Воно має носити каральний і компенсаційний характер. Компенсування може полягати у виготовленні і розповсюдженні соціальної реклами, яка б пропагувала загальнолюдські цінності та формувала добрі якості у дітей шляхом покладення обов'язку виготовити таку рекламу на винувату особу або за рахунок коштів, стягнутих з цієї особи в результаті притягнення до відповідальності. Такий спосіб компенсації нам уявляється дуже важливим, оскільки дозволив би знівелювати негативний вплив такої реклами.

Таким чином, держава не може залишатися осторонь проблем забезпечення прав, свобод та інтересів громадян в інформаційній сфері, що вимагає активної нормотворчої і правозастосовної діяльності багатьох державних органів.

М. Перепелиця, кандидат юридичних наук доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Теоретичні основи правового статусу владних суб'єктів фінансового права

Владне повноваження як один із критеріїв класифікації суб'єктів фінансового права дає можливість їх поділити на владних та зобов'язаних осіб. Наявність владних та зобов'язаних суб'єктів обумовлена, по-перше, дією імперативного методу правового регулювання у фінансових правовідносинах, і це призводить до того, що особи у таких правовідносинах займають нерівне становище, та, по-друге, предметом галузі фінансового права. Адже ця галузь регулює правовідносини, що за своєю правовою сутністю є публічними — регулюють функціонування публічних фінансів у суспільстві.

Зазначена проблема, безумовно, не є новою у науці фінансового права. На сьогодні існують наукові праці, присвячені як комплексному дослідженню владних осіб як суб'єктів фінансових правовідносин¹, так і окремим аспектам їх участі у цих видових правовідносинах².

З огляду на викладене автор ставить перед собою завдання дослідити загальні теоретичні основи правового статусу владних суб'єктів фінансового права, нехай і на постановочному рівні. При цьому слід звернути увагу саме на особливості, які виокремлюють владних осіб як специфічних учасників у сфері публічних фінансів.

Специфіка правового статусу владних суб'єктів характеризується такими ознаками: по-перше, вони наділяються компетенцією, якої немає

¹ Див.: *Ашмарина Е. М.* Финансовая деятельность современного государства // Государство и право. – 2004. – № 3. – С. 13; *Бельский К. С.* Феноменология фінансового права. – Смоленск, 1995. – С. 158; *Пацурківський П.* Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології. – Чернівці, 1997. – С. 74; *Химичева Н. И.* Субъекты советского бюджетного права. – Саратов, 1979. – С. 54.

² Див.: *Винницький Д. В.* Субъекты налогового права. М., 2000. – С. 65; *Омельян А. С.* Бюджетная деятельность государства и местных образований – сфера возникновения бюджетных правоотношений // Сб. науч. докл. и сообщ. – Черновцы, 2003. – Вып. 1. – С. 28; *Семчик О. О.* Держава як суб'єкт фінансових правовідносин / За ред. Л. К. Воронової. – К., 2006. – С. 89; *Тріска О. О.* Владарюючі суб'єкти фінансових правовідносин: поняття та види // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2006. – Вип. 311. – С. 45.

у зобов'язаних осіб; по-друге, вони, хоча і є владними, але не наділені свободою вибору поведінки в рамках фінансових правовідносин (елементи диспозитивності виявляють себе лише у тому, що ці суб'єкти мають свободу вибору найкращого варіанту виконання покладених на них обов'язків) (але це положення не завжди застосовується до самої держави); по-третє, правова ініціатива у виданні владних актів належить владним особам.

Д. В. Вінницький пропонує (на прикладі суб'єктів податкового права) в основу їх класифікації покласти наявність публічної влади у особи й поділити їх на публічних та приватних осіб податкового права¹. Не торкаючись у цій статті термінології, що запропонована вченим (публічні та приватні особи), яка викликає певні сумніви, хотілося б звернути увагу на ознаки, які вводить Д. В. Вінницький, що дають можливість поділити учасників податкових правовідносин на вказані групи. А саме: 1) приватні суб'єкти виражають у податкових правовідносинах (а відповідно й у фінансових), як правило, свою власну волю та інтерес. Публічні — волю та інтерес відповідної соціальної спільноти, що проживає на відповідній території; 2) правосуб'єктність приватних суб'єктів характеризується правоздатністю та дієздатністю. Правосуб'єктність публічних суб'єктів — компетенцією; 3) виникнення публічного суб'єкта має або історичний характер, або суб'єкт створюється у примусовому порядку. Для приватного суб'єкта більш характерною є добровільність створення². Виходячи з наведених вченим ознак, можна зробити висновок, що публічні суб'єкти по суті і є владними, тому що останні відповідають цим ознакам та беручи участь у фінансових правовідносинах, керуються публічним інтересом.

Таким чином, під владними суб'єктами фінансового права слід розуміти осіб, наділених владними повноваженнями при здійсненні фінансової діяльності, та таких, що керуються виключно публічним інтересом.

Проте самі владні повноваження можуть мати різну сутність. Так, К. С. Бельський виділяє владні повноваження двох видів — зв'язані та вільні. Зв'язані повноваження передбачають точне встановлення в законі того, що повинні робити державні органи, позбавляючи їх свободи розсуду та передбачаючи деталі їх поведінки. Вільні повноваження передбачають, що законом визначені лише загальні принципи діяльності органів державної влади. При цьому їм наданий деякий бланкет та до-

¹ *Вінницький Д. В.* Суб'єкти податкового права. — М., 2000. — С. 73.

² Там само. — С. 98.

зволено на цій підставі видавати акти як нормативні, так і індивідуальні¹. Це положення відповідає одній з ознак імперативного методу правового регулювання, де вказується, що особи мають відповідну автономність своїх дій, але в межах, установлених законом. Прикладом «зв'язаних» повноважень є повноваження Державного казначейства при виконанні обов'язку з надання міжбюджетних трансфертів², або повноваження Рахункової палати по контролю за використанням бюджетних коштів у сфері державного боргу³. Прикладом «вільних» повноважень є обов'язки Рахункової палати по встановленню строків, видів та порядку проведення фінансових перевірок, ревізій в апараті Верховної Ради України, в органах державної влади та місцевого самоврядування⁴ або обов'язки Державного казначейства у сфері бухгалтерського обліку та фінансової звітності⁵.

До групи владних суб'єктів фінансового права входять держава, державні органи, територіальні громади, органи місцевого самоврядування. У цій статті ми звернемо увагу тільки на перших двох учасників — державу і державні органи. Органи державної влади — це організаційно і структурно виділені частини державного механізму, наділені в установленому законодавством порядку державно-владними повноваженнями, правовими і матеріальними засобами для виконання завдань та функцій, що на них покладені.

До структури правового статусу держави як суб'єкта фінансових правовідносин доцільно включити такі елементи: а) фінансова правосуб'єктність; б) фінансові права та обов'язки (компетенція, владні повноваження; в) правові принципи при здійсненні фінансової діяльності. Спробуємо виявити особливості правового статусу держави як учасника фінансових правовідносин саме за цією структурою і тому розглянемо зміст кожної складової.

Першим елементом обґрунтовано буде характеризувати правові принципи при здійсненні державою фінансової діяльності, тому що саме

¹ Див.: *Бельский К. С.* Феноменология финансового права. – Смоленск, 1995. – С. 21.

² Бюджетный кодекс України від 21. 06. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5. – Ст. 357.

³ Там само.

⁴ Про Рахункову палату України: Закон України від 11. 07. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 137.

⁵ Положення про Державне казначейство України: Постанова Кабінету Міністрів України від 21. 12. 2005 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 52. – С. 330.

вони є підґрунтям, основою дії наступних двох — правосуб'єктності та прав і обов'язків. Найбільшою мірою це виявляється у встановленні й функціонуванні правосуб'єктності та прав і обов'язків саме у тій спрямованості, у якій вони повинні діяти і визначатися.

Слід вказати дві суперечності, що існують щодо питання про принципи фінансової діяльності держави. З одного боку, це питання є ще недостатньо дослідженим у науці фінансового права. Стосовно радянського періоду про нього йшла мова у праці Ю. А. Ровинського¹, але подальшого спеціального дослідження не було.

З другого боку, в окремо взятих інститутах та підгалузях фінансового права діють досить різномірні концептуальні підходи та принципи, які іноді навіть не пронизують такий інститут або підгалузь у цілому. Так, наприклад, у сфері бюджетної діяльності держави діють принципи бюджетної системи, що вже не будуть повною мірою стосуватися бюджетного процесу. У сфері податкової діяльності держави функціонують принципи системи оподаткування, принципи податкового законодавства, принципи податкової системи, принципи податку і т. ін., але їх множинність не пронизує цей інститут цілком а, навпаки, викликає певні труднощі при застосуванні їх на практиці.

Тому, на наш погляд, мова у даному випадку повинна йти не про різномірність та «розкиданість» основних концептуальних підходів у різних напрямках фінансової діяльності держави (бюджетної, податкової і т. ін.), а про їх об'єднання та автономію у межах галузі фінансового права, що забезпечить пряму дію таких принципів у будь-якій сфері фінансової діяльності держави.

Вважаємо, що такими принципами фінансової діяльності держави можуть бути: 1) пріоритетність публічних інтересів у правовому регулюванні фінансових відносин з урахуванням приватних фінансових інтересів; 2) соціальна спрямованість фінансово-правового регулювання; 3) єдність фінансової політики; 4) плановість; 5) законність; 6) розподіл та делегування повноважень у сфері фінансової діяльності між органами державної влади та органами місцевого самоврядування. У кожному із зазначених принципів будуть виявлятися особливості правового статусу держави як суб'єкта фінансових правовідносин.

Принцип пріоритетності публічних інтересів у правовому регулюванні фінансових відносин з урахуванням приватних фінансових інтере-

¹ Див.: *Ровинский Е. А.* Основные вопросы теории советского финансового права. – М., 1960. – С. 64.

сів полягає у використанні фінансово-правових інститутів з метою державного регулювання економіки, виходячи із загальнозначущих завдань суспільства. Він визначає необхідність вдосконалення норм, що закріплюють механізм державного впливу на фінансові відносини, чітко визначення самого поняття фінансово-правових інститутів. Одночасно розглянутий принцип не має суперечити приватним інтересам особи або мінімально втручатися у сферу приватних фінансів. Саме це підтверджує наступний принцип — принцип соціальної спрямованості фінансово-правового регулювання.

Цей принцип випливає з положень Конституції України, яка характеризує Україну як соціальну державу, що забезпечує гідне життя та свободний розвиток людини і громадянина. Ми розуміємо, що в Україні реалізація цього принципу виглядає досить далекою та неперспективною, але визначення такої спрямованості у розвитку фінансового регулювання має, на нашу думку, суттєве значення.

Принцип плановості полягає у положенні, що вся фінансова діяльність держави, яка складається з чітко визначених стадій — мобілізації, розподілу, перерозподілу, використання та контролю за функціонуванням публічних фондів, є не повільною, а чітко спрямованою та продуманою відповідними владними суб'єктами. Це виражається у прийнятті саме планових фінансово-правових актів (закон про державний бюджет, рішення про місцеві бюджети, постанови та накази про розпорядження публічних коштів із позабюджетних цільових фондів). Необхідно зазначити, що саме у фінансовій сфері держава найчастіше застосовує цей принцип, адже він є об'єктивно обумовленим.

Принцип законності діє не лише у сфері фінансових правовідносин, а і в інших напрямках державної діяльності та не є суто фінансовим. Але відмовитися від нього, коли постає питання стосовно розподілу частини національного доходу всього суспільства, було б неправильним. Необхідно мати досить чіткі орієнтири, які надає саме цей принцип, для того щоб вирішувати, яку саме частину коштів, що формуються у суспільстві взагалі, держава має право переводити у режим публічних фінансів. На жаль, на сьогодні в Україні мають місце приклади неодноразового його порушення. Так, податкове законодавство закріплює положення про заборону зміни основних та додаткових елементів податкового механізму іншими нормативно-правовими актами. Але закон про Державний бюджет щороку вносить свої корективи стосовно цього положення і далеко не завжди в інтересах всього суспільства або його більшості, а саме:

змінює, відмінює, збільшує і т. ін. ставки, пільги податків та зборів, встановлює коло платників, об'єктів оподаткування, бази, механізми та терміни їх сплати тощо.

Принцип розподілу та делегування повноважень у сфері фінансової діяльності між органами державної влади та органами місцевого самоврядування полягає у розподілі сфер фінансово-правового регулювання між органами влади відповідного рівня та має будуватися на конституційних нормах і засадах. Стосовно цього принципу слід зазначити, що в Україні він діє, але потребує ще свого подальшого вдосконалення.

Державні органи та органи місцевого самоврядування мають свої повноваження у податковій, бюджетній, банківській і т. ін. сферах фінансових правовідносин. Так, органи місцевого самоврядування самостійно приймають та затверджують рішення про місцеві бюджети, напрями використання цих коштів, самостійно вводять у дію перелік місцевих податків та зборів на своїй території, приймають положення про муніципальні займи. Критерієм при делегуванні того чи іншого владного повноваження у сфері фінансової діяльності органам місцевого самоврядування має бути її мета. Так, метою фінансової діяльності муніципальних органів є необхідність задоволення потреб окремої території, вирішення важливих питань виключно в її інтересах. Тому держава повинна надавати саме таке необхідне коло повноважень та у тому обсязі, який би давав змогу на місцевому рівні досягти цієї мети.

Метою фінансової діяльності держави є задоволення потреб усього суспільства, вирішення завдань, які під силу тільки їй, і тому, безумовно, державна компетенція щодо компетенції органів місцевого самоврядування є більш важливою та об'ємною.

Наступними елементами правового статусу держави як учасника фінансових правовідносин є права та обов'язки і правосуб'єктність. Вважаємо за доцільне проаналізувати перший зазначений елемент (фінансові права та обов'язки) у межах другого (фінансової правосуб'єктності), оскільки остання по суті і складається з можливості мати відповідне коло прав та обов'язків та безпосередньо саме коло окремо взятих (сумарно набраних) прав та обов'язків.

При дослідженні питання щодо владних повноважень держави у сфері фінансової діяльності логічно аналізувати коло її обов'язків та прав у бюджетній, податковій, грошовій і т. ін. напрямках функціонування.

Здійснення державою бюджетної компетенції пов'язано з необхідністю матеріального забезпечення свого функціонування та функціону-

вання всього суспільства. Бюджетна діяльність держави є публічною. Це виявляється у тому, що держава мобілізує та використовує кошти в інтересах всього суспільства, скеровує свої зусилля на задоволення його потреб. Через державний бюджет держава реалізує свої внутрішні та зовнішні функції, здійснює соціальну політику, регулює економічні процеси з урахуванням дострокових інтересів країни.

Здійснення державою податкової компетенції пов'язане з основними завданнями, що стоять перед нею, а саме, своєчасне та повне формування дохідної частини публічних фондів. Питання оподаткування є одними із найважливіших у фінансовій діяльності держави, оскільки саме податкові надходження є основою державних доходів; кошти від обов'язкових платежів формують грошові фонди, завдяки яким держава здійснює видатки на забезпечення потреб суспільства. Отже, як і в бюджетних правовідносинах, так і в податкових держава завжди виступає як владний суб'єкт. До податкових повноважень держави, передусім, слід віднести права по формуванню податкової системи шляхом встановлення конкретних видів обов'язкових платежів, принципів її побудови, порядок встановлення основних та додаткових елементів таких платежів, прав та обов'язків осіб, що беруть участь у податкових правовідносинах.

Як суб'єкт валютних правовідносин держава здійснює комплекс заходів (економічних, правових, організаційних) з метою підтримки стабільності національної грошової одиниці, забезпечення безінфляційного економічного зростання, створення умов для збалансованого платіжного балансу, формування золотовалютних резервів країни. До валютних повноважень держави слід віднести валютне регулювання, правозастосовну валютну діяльність, валютний контроль. Валютне регулювання розглядається як комплекс організаційно-правових заходів у сфері валютної діяльності держави, які здійснюються шляхом нормативно-правового визначення державної валютної політики, основних напрямків та державних програм у галузі валютної діяльності; прав та обов'язків суб'єктів валютних правовідносин; правових форм і методів валютного контролю та юридичної відповідальності за порушення валютного законодавства.

Таким чином, компетенція держави як суб'єкта фінансового права проявляється в її суверенних правах, зокрема у праві: на встановлення податків, на затвердження бюджету, внаслідок чого вона виступає як держава — власник, тобто казна (власник казни).

Держава, будучи суб'єктом фінансового права, у конкретному фінансовому правовідношенні виступає в особі певного державного орга-

ну, що володіє фінансовою правосуб'єктністю, яка розкривається в його компетенції. Підставою для визнання органів державної влади владними суб'єктами фінансового права є наявність у них владних повноважень у фінансовій сфері. Практично для всіх державних органів фінансова діяльність становить частину їх компетенції. Але для одних ця діяльність є спеціальною і повністю охоплюється їх компетенцією, а для інших — тільки частиною владних повноважень і не завжди є головною. Тобто мова йде про поділ державних органів як суб'єктів фінансового права на органи загальної та спеціальної компетенції.

До органів загальної компетенції у фінансових правовідносинах належать: 1) Верховна Рада України; 2) Кабінет Міністрів України; 3) Президент України; 4) місцеві державні адміністрації.

Верховна Рада України згідно зі ст. 85 Конституції України затверджує Основні напрями бюджетної політики, які беруться за основу при складанні проекту бюджету, затверджує Державний бюджет. Відповідно до ст. 109 Бюджетного кодексу України Верховна Рада України здійснює контроль за додержанням бюджетного законодавства на всіх стадіях бюджетного процесу.

Кабінет Міністрів України наділений владними повноваженнями у сфері безпосередньої практичної реалізації фінансової політики України, державної політики в галузі ціноутворення і оплати праці, складання та виконання Державного бюджету України і звіту про його виконання, здійснення загальнодержавних і міждержавних програм і т. ін.

Президент України бере участь у фінансових правовідносинах шляхом підписання фінансових законів, видання указів і розпоряджень з питань виконання бюджетів, фінансування державних витрат, грошово-кредитної політики, організації органів фінансової системи. Виходячи з положень Конституції України, Президент визначає основні напрями внутрішньої та зовнішньої політики, на яких зокрема базується й фінансова політика держави. Згідно зі ст. 106 Конституції України Президент звертається зі щорічним посланням до Верховної Ради щодо проблем бюджетної політики.

Місцеві державні адміністрації наділені повноваженнями з питань бюджету, фінансів, обліку; контрольними повноваженнями щодо бюджетів нижчого рівня та стану фінансової дисципліни, обліку та звітності, виконання державних контрактів перед бюджетом і т. ін.

До органів спеціальної компетенції у фінансовій сфері належать Рахункова Палата України, Міністерство фінансів України, Державне

казначейство України, Державна податкова адміністрація України, Державна контрольно-ревізійна служба України, Державна Пробірна палата України. Повноваження цих органів закріплені в Конституції України, Бюджетному кодексу України, законах та інших нормативних актах, які визначають їх владний статус.

Особливий статус у сфері фінансової діяльності має Національний банк України, основною функцією якого, згідно зі ст. 99 Конституції України, є забезпечення стабільності грошової одиниці. Крім того, Національний банк України розробляє та реалізує грошово-кредитну політику, здійснює реєстрацію і ліцензування банків, банківський нагляд, є органом валютного регулювання та контролю.

Отже, на підставі викладеного, зазначимо, що особливістю правового статусу владних осіб як суб'єктів фінансового права є його владна спрямованість, що виступає об'єктивно обумовленою при здійсненні саме фінансової діяльності. Держава завжди буде виступати єдиним керуючим суб'єктом у бюджетних, податкових, валютних і т. ін. фінансових правовідносинах, тому що тільки вона має можливість забезпечити виконання потреб всього суспільства і жодний інший суб'єкт права не виконає цю роль. А державні органи завжди будуть представляти її інтереси і тому також входять до групи владних осіб фінансового права.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

В. Жернаков, доцент, завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

До питання про правове розуміння праці та трудових відносин

З моменту виникнення людини і її об'єднання у співтовариства з метою виживання, праця стає не тільки основою її життєдіяльності, але і основною сферою її формування і розвитку. Завдяки праці людина в різні способи привласнювала дане природою, забезпечуючи своє існування. Праця — першооснова виникнення людського суспільства, головна засада його існування і прогресу. Функціонуючи як спосіб задоволення людських потреб, праця породжує першу суто людську потребу — потребу в праці, діяльності. Потреба в праці — це суспільне відношення, що становить об'єктивну основу людської суті. Стимулом праці виступає потреба не в самій дії «лише б працювати», а споживча цінність процесу праці як творчості, як акту самовираження особистості¹.

Поняття праці має виключне значення для трудового права. Як відомо, на відміну від цивільного права, де предмет правового регулювання у таких видах договорів, як підряд, є результат праці, засобами трудового права регулюється сам процес праці. Фахівці з теорії трудового права, починаючи з робіт Л. С. Таля, М. Г. Александрова і до творів наших сучасників О. І. Процевського, П. Д. Пилипенка, М. В. Лушникової та А. М. Лушникова, О. В. Кузьменка, С. Ю. Головіної та інших науковців, приділяли значну увагу характерним рисам праці. Разом з тим останнім часом з'являються публікації, що піддають сумніву цілісність предмета трудового права, основу якого становлять відносини із безпосереднього використання праці.

¹ Див.: *Маркович Данило Ж.* Соціологія труда: Учебник. – М., 1997. – С. 147.

Метою цієї статті є соціально-правове дослідження праці, її організованого та несамотійного характеру, властивого трудовим відносинам. З'ясування поняття праці, її ознак дозволяє більш чітко визначити предмет трудового права та сферу дії законодавства про працю, аби відокремити його від суміжних галузей права.

Аналізуючи працю як систему відносин, О. О. Алексеев та Ф. У. Мухаметлатипов зазначають, що окремо взяті акти трудової діяльності індивідуального або навіть сукупного працівника є завжди включеними в більш широку систему суспільного поділу праці, розподілу та споживання. У цій системі праця постає багатостороннім процесом обміну результатами діяльності між суб'єктами, опосередкованими відносинами відчуження-привласнення (майновими відносинами). Цей обмін складає основу другої — суспільно-індивідуалізованої форми привласнення¹.

Праця — така діяльність, яка має специфічні, тільки їй притаманні властивості: утилітарність, необхідність, ініціатива і творчість, усвідомлення ефекту. Специфіка трудової діяльності детермінована не характером продукту, який може мати будь-яку форму і зміст, а характером самої діяльності, способом її здійснення, своєрідністю цілей і природою мотивації².

Крім загальнофілософського розуміння праці (яке, до речі, не зводиться до одного визначення поняття праці, і науковці у цій сфері їх налічують близько тридцяти), існують соціологічне, економічне, психологічне та, нарешті, правове розуміння праці. Не випадково науку про працю відомий економіст Б. М. Генкін поділяє на такі розділи: фізіологія праці, психологія праці, ергономіка, безпека праці, організація праці, нормування, економіка праці, соціологія праці, управління персоналом та трудове право³.

С. Ю. Головіна, досліджуючи понятійний апарат трудового права на рівні докторської дисертації, зазначила, що поняття «праця» і «робота» — основні для трудового права, оскільки вони дали основу для назви галузі. Лінгвісти вважають їх синонімами⁴. Та, мабуть, у лінгвістів є на те свої причини, а в межах правової науки, для якої здобутки загальної

¹ Див.: Алексеев О. А., Мухаметлатипов Ф. У. Социэкономическая модель труда и предпринимательства: Монография. – Уфа, 2005. – 278 с.

² Див.: Демин М. В. Природа деятельности. – М., 1984. – С. 77–81.

³ Цит. за: Кирсанов К. А., Буянов В. П., Михайлов Л. М. Теория труда: Учебное пособие. – М., 2003. – С. 335.

⁴ Див.: Головина С. Ю. Понятийный аппарат трудового права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 16.

теорії праці мають неабияке значення, ці поняття потребують більш детального та специфічного дослідження.

У загальній теорії праці термінам надається надзвичайно важливе значення. Наука повинна провести демаркаційну лінію між термінами. Терміни, як країни, мають знати, де їх територія, — інакше починаються війни, захоплення і т. д.¹ Системологічний аналіз праці людини дозволив фахівцям, попри відповідальність та суперечливість, скласти таку ієрархічну класифікацію термінів із різних наук про працю: 1) рух; 2) дія; 3) операція; 4) діяльність; 5) праця, яка поділяється на роботу та відпочинок. Як бачимо, праця не є синонімом роботи, вони співвідносяться як загальне та особливе, як ціле та частина. Робота — це обов'язково діяльність, виконання певних трудових операцій. Її слід виконувати, тоді як працююча людина (тобто та, яка перебуває у трудових правовідносинах) має не тільки працювати, робити, але й користуватися правом відпочивати у вільний від роботи час. Крім того, у трудових правовідносинах перебувають особи, які не виконують роботу, а знаходяться у соціальних відпустках².

Провідні теоретики трудового права протягом тривалого часу поступово визначили характерні ознаки трудового правовідношення як основи предмета трудового права. М. В. Лушникова й А. М. Лушников, підсумовуючи огляд наукових думок щодо критеріїв трудового правовідношення, слушно зауважують, що вони дістали назву «особистісної, організаційної та майнової» ознак, які розглядалися в нерозривному зв'язку. Ця конструкція довела свою доречність і в теоретичному, і в практичному значенні³. Не випадково самостійність системи суспільних відносин, що регулюються трудовим правом, і таким чином «викремлених» із усієї сукупності суспільних відносин, що виникають у процесі праці, О. І. Процевський пояснює перш за все характером

¹ Див.: Головіна С. Ю. Вказ. праця. — С. 49.

² Цікаво, що П. Д. Пилипенко поняття «законодавство про працю» і «трудове законодавство» вважає різними за смисловим наповненням термінами, і пропонує залишити їх в лексиконі трудового права для позначення відповідних правових явищ як цілого — законодавства про працю і його частину — трудового законодавства. Див.: Пилипенко П. Деякі термінологічні аспекти понятійного апарату сучасного трудового права України // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — №7. — С. 65.

³ Див.: Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. — СПб., 2006. — С. 348.

поєднання працівника із засобами виробництва, що визначаються формою власності¹.

Наразі загальноновизнано, що предмет трудового права становлять трудові (соціально-трудова відносини між працівниками та роботодавцями, тобто відносини, що виникають у процесі використання найманої (несамостійної) праці, опосередковані трудовим договором, а також інші, безпосередньо пов'язані з трудовими відносинами².

Економісти О. О. Алексєєв та Ф. У. Мухаметлатипов теж зазначають, що до головних особливостей виробничих відносин, які визначають характер праці, як правило, належать: форми власності на засоби виробництва; відношення працівників до засобів виробництва; мету, заради якої здійснюється праця безпосередніх виробників, та її зв'язок з метою виробництва в даному суспільстві; взаємозв'язок між працею окремого працівника та сукупною працею, що характеризує форму прояву суспільної природи праці; ступінь соціальних відмінностей у процесі праці, зумовлених відношенням соціальних груп до засобів виробництва, відмінностями у рівні підготовки працівників та виконання ними різних функцій у процесі праці³.

З приводу такої ознаки трудових правовідносин, як несамостійний характер праці, висловлюються різні точки зору. Так, О. В. Кузьменко відзначив справедливність зауваження С. П. Мавріна про не зовсім удалий вибір термінів, що диференціюють працю на самостійну й несамостійну. На його думку, самі по собі організація праці, управління працею, трудовою діяльністю, трудовими процесами не є ані метою, ані завданням трудового права в сучасних умовах. Метою трудового права він вважає «створення збалансованої системи необхідних правових гарантій для сторін цього процесу під час його здійснення, і перш за все — для працівника»⁴.

Неважко помітити нечіткість формулювання позиції автора та його непослідовність. Адже далі він сам пише, що організаційні та управлінські процеси можуть здійснюватися як координаційні і як субординаційні. Координація передбачає фактичне збереження рівності учасників процесу в спільній діяльності, субординація означає ієрархічне положення суб'єктів, їх підпорядкованість у процесі спільної діяльності й

¹ Див.: *Процевский А. И.* Предмет советского трудового права. – М., 1979. – С. 7–8.

² *Лушикова М. В., Лушиков А. М.* Вказ. праця. – С. 356.

³ Див.: *Алексеев О. А., Мухаметлатипов Ф. У.* Вказ. праця. – С. 78–79.

⁴ *Кузьменко А. В.* Предмет трудового права России: опыт системно-юридического исследования. – СПб., 2005. – С. 78–79.

виникнення владних відносин. Підкорений характер праці передбачає втручання держави у процес праці. Трудове право є єдиною галуззю, яка здатна завдяки історично обумовленому дуалізму як забезпечити послідовний захист працюючих від надмірної експлуатації, порушень їх прав та законних інтересів, так і сприяти водночас вирішенню завдань економічного й соціального розвитку. Таким чином, оптимальним варіантом правового регулювання підкореної праці є саме трудове право¹.

Серед різних видів професійної діяльності, у яких несамостійність та підкорення порядку відіграють особливу роль, привертає увагу служба, щодо правового регулювання якої останніми роками намітилися дві протилежні тенденції. Перша з них полягає у тому, що відносини із державної служби поступово витісняються за межі трудового права. А втім, правовий інститут державної служби має комплексний характер, і це визнається як вітчизняними, так і російськими фахівцями². Адміністративно-правові норми визначають коло прав та обов'язків державного службовця як особи, що здійснює діяльність щодо практичного виконання завдань та функцій держави (ст. 2 Закону України «Про державну службу»), трудові — як суб'єкта трудових правовідносин (ст. 21 КЗпП України)³.

На цьому тлі не дуже переконливою виглядає позиція теоретиків адміністративного права, які вважають, що у найближчому майбутньому доцільно вивільнити інститут державної служби від дії норм трудового права, навіть при тому, що службове право буде включати в механізм правового регулювання аналогічні за формальним змістом правові норми. Норми трудового законодавства з часом будуть встановлювати положення лише в приватному секторі й регулювати відносини між службовцями недержавних організацій, а також між працівниками у сфері державної служби, які виконують менш важливі з правової точки зору (що не характеризуються важливими правовими наслідками) повноваження: деякими категоріями спеціалістів, технічним персоналом. На перспективу однією з найважливіших відмінностей норм державної служби від норм трудового права має стати поділ права на публічне й приватне. Відповідно службове правовідношення буде поділятися на публічно-правове й приватноправове. Публічно-правове службове відношення виникає за участю держави, її органів, органів місцевого самоврядування, державних підприємств, а також державних службовців. Приватноправове службове

¹ Див.: *Кузьменко А. В.* Вказ. праця. – С. 80,88.

² Див.: *Старилов Ю. Н.* Службное право. Учебник. – М., 1996. – С. 286.

³ Див.: *Андрушко А. В.* Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 7.

відношення поширюється на службовців, які укладають трудовий договір з роботодавцем — керівником комерційних (тобто недержавних) організацій, громадських та релігійних організацій¹.

На жаль, ця позиція може знайти практичну реалізацію у законодавстві вже у найближчому майбутньому. Так, у ч. 3 ст. 6 проекту нової редакції Закону «Про державну службу» зазначено, що трудове законодавство поширюється на державних службовців у виняткових випадках у частині, не врегульованій цим Законом². Тобто, трудове право якщо і регулює відносини із виконання професійних обов'язків державними службовцями, то лише як виняток. Не думаю, що така пропозиція підвищить рівень правового регулювання відносин у сфері державної служби, адже засобів адміністративного права буде недостатньо для ефективного, комплексного вирішення чисельних питань, що виникають у процесі трудової діяльності державних службовців³.

¹ Див.: *Старілов Ю. Н.* Вказ. праця. – С. 300–302.

² <http://www.kharkivoda.gov.ua>

³ У межах цієї публікації немає можливості дослідити всі аспекти співвідношення державної служби і трудової діяльності та висловити власну думку з приводу поняття та сутності державної служби, яка є предметом тривалої дискусії фахівців різних галузей права. Зазначу лише, що у визначенні поняття державної служби тут виходжу із законодавчого визначення її поняття як професійної (тобто, обов'язково трудової) діяльності (відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну службу» державна служба в Україні – це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів). Науковці визнають професійну діяльність однією з обов'язкових ознак державної служби, яка або є основою для визначення поняття державної служби (Див.: *Петришин А. В.* Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки, сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ: Монография. – Х., 1998. – С. 132–134), або наводиться як елемент поняття державної служби (Див.: *Малиновський В. Я.* Державна служба: теорія і практика: Навчальний посібник. – К., 2003. – С. 7). Інша справа, що в літературі цілком обгрунтовано критикується вузький підхід до правового регулювання державної служби, закладений в основу Закону «Про державну службу». Поділяю позицію науковців, згідно з якою професійна діяльність державних службовців не може адекватно відобразити широке коло аспектів державної служби. Мені імпонує підхід до характеристики державної служби, коли у ній вирізняються процесуальний, структурний, організаційний, інституціональний та соціальний аспекти. Професійна діяльність державних службовців поряд із функціонуванням державних органів належить до процесуального аспекту державної служби. У сукупності вони є об'єктивним явищем по здійсненню цілей, функцій та законів держави, де державний апарат виступає як єдине ціле, як інститут громадянського суспільства. (Див.: *Реформування державного управління в Україні: проблеми і перспективи /* Наук. кер. В. В. Цветков. – К., 1998. – С. 199–200).

Друга тенденція полягає у тому, що відносини із проходження військової служби можуть включатися до сфери дії трудового права. Хоча військова служба і є різновидом зайнятості, діяльності, а обов'язки по несенню військової служби (за винятком строкової) виконуються на професійній основі (ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25. 03. 1992 р.), це ще не дає підстави включати усі без винятку відносини щодо її проходження до сфери дії трудового права. У проходженні служби можна назвати більше особливостей порівняно із трудовою діяльністю, ніж спільних рис¹. Якщо відносини, пов'язані з проходженням військової служби у Збройних Силах України та в інших утворених відповідно до законів України військових формуваннях, регулюються трудовим законодавством, то тільки «у межах, передбачених відповідними спеціальними законами» (ч. 2 ст. 6 проекту Трудового кодексу України в редакції від 10. 02. 2006 р.)².

Звичайно, треба уважно оцінювати фактори, що зумовлюють необхідність змін у предметі трудового права. Так, І. Я. Кисельов зауважив, що традиційне уявлення про предмет регулювання трудового права — наймана, залежна, колективна праця відображає його вузьку сферу і не відповідає сучасним реаліям та особливо найбільш вірогідному розвитку правового регулювання праці у майбутньому. З цього приводу він наводить думку британських юристів П. Девіса та М. Фрідленда, згідно з якою вже зараз можна виділити чотири головних типи договорів про працю: 1) трудовий договір для найманих працівників традиційного типу, що регулюється виключно нормами трудового права; 2) договір «осіб, подібних працівникам», які є залежними від роботодавця не юридично, а економічно і відносини яких регулюються як трудовим, так і цивільним правом; 3) договір, що укладають з контрагентами дрібні бізнесмени, економічно залежні від нього незначною мірою і відносини яких регулюються переважно нормами цивільного права; 4) договір, що

¹ Ілюстрацією того, що військова служба та трудова діяльність за своєю сутністю є різними сферами, може служити існування нормативних актів, покликаних «адаптувати» правове регулювання відносин із проходження військової служби до нормативно-правового регулювання трудової діяльності (Див., напр.: «Тимчасовий перелік посад офіцерського складу центрального апарату Міністерства оборони України, які можуть бути прирівняні до професійних назв робіт Класифікатора професій ДК 003-95», затверджений наказом Міністра оборони України 25. 05. 2004 р. № 180 та зареєстрований в Міністерстві юстиції України 9 червня 2004 р. за N712/9311).

² Див.: doc_89862. doc // <http://gska2.rada.gov.ua>

укладається фізичними та юридичними особами, абсолютно незалежними від замовників, на відносини яких поширюється цивільне право, а трудовим правом регулюється захист основних прав людини (заборона примусової праці, дискримінації тощо)¹.

Посилаючись на правову літературу країн Заходу, І. Я. Кисельов зробив висновок, що подальша експансія трудового права в цих країнах та інші зміни в правовій надбудові в умовах постіндустріального суспільства врешті-решт призведуть до суттєвих змін у предметі трудового права, до поширення його на всі види суспільно корисної професійної діяльності, що включає як залежну, так і незалежну працю. Поняття «трудова діяльність» як об'єкт трудового права буде замінено більш широким поняттям «професійна діяльність», що включає всі види соціально корисної активності². Але ця тенденція не відповідає реаліям України. Наразі немає потреби розглядати професійну діяльність як альтернативу терміну «трудова діяльність», що відображає сталу, випробувану часом та засновану на об'єктивних властивостях суспільно-правову категорію «праця» як вільну, організовану, несамостійну, відплатну суспільно корисну діяльність³.

По-перше, незалежна праця означає самоорганізовану працю, де апріорі відсутня чітка регламентація характеру трудової діяльності і до якої не застосовуються державні стандарти класифікації професій. По-друге, хоча професія і розглядається як важливий елемент трудової функції, вона є тільки частиною змісту трудового договору і не може відігравати роль визначальної категорії, навколо якої будується система трудових відносин. Саме трудова діяльність на підставі трудового договору (або складу юридичних фактів, у якому трудовий договір є обов'язковим елементом) найбільшою мірою відбиває сутність однорідності суспільних відносин, що становлять основу предмета трудового права.

¹ Див.: *Киселев И. Я.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. – М., 2005. – С. 296–297.

² Там само. – С. 295–296.

³ О. І. Процевський працю та її властивості визначив як основу внутрішнього зв'язку системи відносин, що виникає у процесі виробництва. У свою чергу, зовнішньою формою такого зв'язку він назвав трудовий договір. (Див.: *Процевский А. И.* Предмет советского трудового права. – М., 1979. – С. 32). Трудову природу («живу» працю) як ознаку якісної однорідності суспільних відносин, що регулюються трудовим правом, визнавав О. В. Смирнов (Див.: *Смирнов О. В.* Основные принципы советского трудового права. – М., 1977. – С. 58).

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Щокін, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв

У теорії та практиці міжнародного права ставлення до ролі рішень національних судів у міжнародному звичаєвому праві вже достатньо сформоване — національні суди можуть або підтвердити існування будь-якого міжнародно-правового звичаю, або вплинути на появу нової норми міжнародного звичаєвого права. У радянські часи про це писали Г. М. Даниленко¹, Д. Б. Левін², І. П. Лукін³, С. Г. Пальчик⁴, Г. І. Тункін⁵ та ін. При цьому всі вони вказували на далеко не головну, допоміжну роль національних судових систем у встановленні міжнародно-правових звичаїв.

Аргументація радянських учених будувалася головним чином на твердженні про відсутність у національних судів компетенції розглядати спори, що стосуються міжнародних відносин; на тому, що національні суди офіційно не є органами зовнішніх зносин і тому їх позиція не може впливати на формування міжнародних звичаєво-правових зобов'язань відповідної держави.

У наш час ця позиція має потребу в докладному перегляді, який би враховував більш авторитетну роль національних судів у суспільстві, що прагне до демократії й декларує природно-правові цінності як домінуючу правову ідеологію.

¹ Див.: *Даниленко Г. М.* Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М., 1983. – С. 151–170.

² Див.: *Левин Д. Б.* Актуальные проблемы теории международного права. – М., 1974. – С. 164.

³ Див.: *Лукін И. П.* Источники международного права. – М., 1960. – С. 125–139.

⁴ Див.: *Пальчик С. Г.* Юридическая природа международного обычая: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д, 1984. – С. 20–21.

⁵ Див.: *Тункин Г. И.* Теория международного права. – М., 2000. – С. 164–165.

У зв'язку з цим мета статті полягає в тому, щоб підійти до проблеми впливу національних судів на процес утвердження й підтвердження міжнародно-правових звичаїв на принципово іншому баченні ролі національних судів у демократичному суспільстві.

Згідно з підп. «д» п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН Суд застосовує «судові рішення ... як допоміжний засіб для визначення правових норм». Як відомо, під згаданими в цій статті судовими рішеннями мають на увазі рішення як міжнародних, так національних судів. Утім авторитетність одних та інших нерівнозначна. Якщо повагу до рішень міжнародних судів *a priori* надає їм міжнародно-правовий статус, то роль рішень національних судів у регулюванні міжнародних відносин переважна більшість фахівців визначають як набагато скромнішу.

У контексті міжнародного звичаєвого права рішення національних судів розглядаються як один із доказів державної практики, що підтверджує наявність міжнародно-правових звичаїв. Так, Комітет з формування норм звичаєвого (загального) міжнародного права, заснований у рамках Асоціації міжнародного права, у п. 9 своєї Остаточної доповіді вказав: «Практика виконавчих, законодавчих і судових органів держави, за обставинами, повинна розглядатися як державна практика»¹.

Коментуючи це положення, Комітет підкреслив, що в наш час слід відійти від позиції, раніше популярної в доктрині, відповідно до якої державна практика на міжнародній арені складається тільки з діяльності органів виконавчої влади. «Можна напевно стверджувати, що діяльність тих органів держави, які не є виконавчими, також може дати підставу для залучення цієї держави до міжнародної відповідальності»².

Цей підхід повністю відповідає загальновизнаному в міжнародному праві положенню, згідно з яким держава виступає в міжнародних правовідносинах єдиним суб'єктом. Найбільш наочно це виявляється при вирішенні питання про надання державі міжнародно-правової відповідальності. Згідно з п. 1 ст. 4 проекту статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, підготовленого Комітетом міжнародного права ООН і прийнятого до розгляду Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 56/83 від 12 грудня 2001 р.), «поведінка будь-якого

¹ *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)*. – Р. 17 // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.

² Там само.

органу держави розглядається як діяння даної держави за міжнародним правом незалежно від того, чи здійснює цей орган законодавчі, виконавчі, судові або будь-які інші функції, незалежно від положення, яке він посідає в системі держави, і незалежно від того, чи є він органом центральної влади або адміністративно-територіальної одиниці держави).

Разом з тим «вага» кожного з органів держави при оцінюванні поведінки держави в цілому на міжнародній арені може бути різною. Традиційно провідна роль у формуванні зовнішньої політики будь-якої держави визнається за органами виконавчої галузі влади. Саме вони практично здійснюють зовнішню політику: беруть участь у переговорах, у різних зовнішньополітичних акціях (у тому числі й військового характеру), підписують юридично зобов'язуючі документи і т. ін. Подібними можливостями ні законодавча, ані судова влади не володіють. Фактично вони можуть мати власну позицію, свою думку з будь-якого питання зовнішньої політики, та й годі. Здійснити якісь ефективні конкретні дії у разі незгоди з діяльністю виконавчої влади в більшості випадків вони не в змозі. Тому й ставлення до їх діяльності в розрізі здійснення зовнішньої політики держави й, отже, формування її міжнародно-правових зобов'язань відповідне. Багато фахівців вважають, що парламент і національна судова система в питаннях зовнішньої політики лише обслуговують виконавчу владу.

Найбільш явно така позиція простежується в контексті формування зобов'язань держави за міжнародним звичаєвим правом. Так, торкаючись ролі рішень національних судів, П. І. Лукін зазначає: «Державні органи зовнішніх зносин є найважливішими органами в проведенні зовнішньої політики даної держави, і тому їх роль при формуванні міжнародного звичаю безумовно значніша за роль національних судів»¹. Г. М. Даниленко, зокрема, писав: «Рішення внутрішніх судів не мають своєю метою виразити позицію держави в галузі міжнародних відносин, оскільки внутрішні суди не є органами держави, покликаними діяти в міжнародній сфері. Норма міжнародного звичаєвого права може бути визнана тільки органом, що володіє компетенцією в галузі зовнішніх зносин»².

Деякі зарубіжні вчені з цього питання висловлюються ще виразніше. Так, Є. Бенвеністі зауважує, що «національні суди використовують незрозумілість ('fuzziness') міжнародного звичаю... як засіб для просуван-

¹ Лукін І. П. Источники международного права. – М., 1960. – С. 138.

² Даниленко Г. М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Сов. ежегодник междунар. права, 1982. – М., 1983. – С. 156.

ня національних цілей»¹. Торкаючись взаємодії національних судів з органами виконавчої влади, цей учений зазначає: «Національний суд винятково рідко звертається до звичаєвого права, якщо воно спрямовано проти власної виконавчої влади. Більше того, навіть у випадках, коли застосування міжнародного звичаєвого права було спрямовано проти іноземного уряду або іноземних посадових осіб, суди коливалися й згодом погоджувалися на його застосування тільки тоді, коли набували підтримки з боку своєї виконавчої влади»². У результаті вчений дійшов висновку, що «судове втручання в здійснення виконавчою владою своїх повноважень у міжнародній сфері має розглядатися як незаконне втручання в міжнародні справи, незалежно від його внутрішнього застосування»³.

Враховуючи викладене, остаточно позиція, яку займає Комітет Асоціації міжнародного права з питання ролі рішень національних судів у процесі формування норм міжнародного звичаєвого права, вбачається закономірною: «Може трапитися, особливо в державах, у яких існує поділ влади, так, що позиція судової (або законодавчої) галузі влади суперечить позиції виконавчої галузі влади. Власне кажучи, виникає питання, чий вплив є визначальним при розгляді різних прикладів державної практики <...>. Остаточний аналіз дозволяє зробити висновок: через те, що виконавча влада несе первинну відповідальність за поведінку держави в міжнародних відносинах, саме її формальна позиція, як правило, повинна мати більший авторитет, а не суперечні їй позиції законодавчого органу або національних судів»⁴.

З такою точкою зору навряд чи можна погодитися. Адже, по суті, і вищезгаданий Комітет, і вчені, що поділяють думку про пріоритетне врахування поведінки виконавчої влади в процесі формулювання міжнародно-правових звичаїв, стверджують, що ця влада може приймати рішення і діяти майже автономно від законодавчої й судової влади. Це може мати місце, якщо мова йде про тоталітарні країни і держави, що є абсолютними монархіями. Але слід зазначити, для них сам факт

¹ *Benvenisti E. Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency.* – P. 17 // <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/articals/custom&efficiency-Sept2001-latest.pdf>.

² *Ibid.* – P. 17–18.

³ *Ibid.* – P. 18.

⁴ *International Law Association – Committee on the Formation of Rules of Customary (General) International Law. Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000).* – P. 18 // <http://www.ila-hq.org/pdf/customarylaw.pdf>.

непокори національних законодавчих і судових органів волі виконавчої влади буде виглядати чи не неймовірним випадком. У таких державах парламент і суди виконують скоріше декоративні функції. Їх рішення несамостійні й суворо спрямовані на забезпечення інтересів виконавчої влади. Тому й імовірність їх «самодіяльності» у питаннях внутрішньої і особливо зовнішньої політики тяжіє до нуля.

Суди, опинившись у такому становищі, взагалі навряд чи можуть розглядатися як органи правосуддя. Так, у практиці Європейського суду з прав людини при розгляді справ за ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. («Право на справедливий судовий розгляд») були сформульовані критерії поняття «суд», що дозволяють визначити здатність того або іншого органу, на який формально покладені функції правосуддя, здійснювати ці функції в дійсності. Поняття суду сформульоване в рішенні у *справі Беліос проти Швейцарії (Belilos v. Switzerland, 1988 p.)*¹: ««Суд» у своєму самостійному значенні характеризується здійсненням функції правосуддя, тобто вирішенням питань у межах своєї компетенції на основі верховенства права й відповідно до встановлених процедур» (§ 64). У рішенні у *справі Бентем проти Нідерландів (Benthem v. the Netherlands, 1985 p.)*² Суд, міркуючи про поняття суду, зазначив, що рішення суду повинні мати юридично обов'язкову силу: «Обов'язковість рішення — якість внутрішньо властива самому поняттю «суд» у межах розуміння Конвенції... Слід зазначити, що навіть якщо пораді слідують у величезній кількості випадків, це становитиме лише практику, що не має обов'язкової сили» (§ 40). Отже, орган, уповноважений на подання рекомендацій, не буде розглядатися як суд. У рішенні у *справі Бомартен проти Франції (Beaumartin v. France, 1994 p.)*³ Суд особливо виділив таку якість суду, як незалежність від будь-якого впливу: «Тільки установа, що володіє всією повнотою юрисдикції й задовольняє ряду вимог, таких як незалежність від виконавчої влади і від сторін [спору], може відповідати поняттю «суд» за змістом параграфа 1 статті 6» (§ 38).

Якщо ж орган, що визначається як суд, відповідає вищевказаним критеріям, то проблема оцінювання його рішень і поведінки виконавчої влади

¹ Case of *Belilos v. Switzerland* (Application no. 10328/83), Judgment, 29 April 1988.

² Case of *Benthem v. the Netherlands* (Application no. 8848/80), Judgment, 23 October 1985.

³ Case of *Beaumartin v. France* (Application no. 15287/89), Judgment, 24 November 1994.

в контексті формування норм міжнародного звичаєвого права набуває вже іншої специфіки. У державі, що створена за принципом поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, ці влади не просто конкурують між собою, а в процесі діяльності взаємодоповнюють одна одну. Одна влада не може бути штучно відокремлена від іншої. Можна повністю погодитися з Н. А. Ушаковим, що «це є не поділ влади, а її організація»¹. Він зазначає: «Насправді ж розподіл функцій і правомочностей держави між її органами з метою забезпечення найкращої ефективності діяльності держави з керування справами організованого в державу суспільства досить умовний, оскільки звичайно компетенція того чи іншого органу частково перебиває або втручається в компетенцію іншого»². На необхідність правильного розуміння концепції поділу влади вказує В. Є. Чиркін. «Мова йде, — пише він, — не про множинність різних влад у державі, а про поділ для її здійснення єдиної державної влади на функціональні *галузі* із системою їх органів»³.

Таким чином, ситуація, за якої у межах держави виконавча влада у питаннях зовнішньої політики діє всупереч позиції й законодавчої і судової влади, буде свідчити про гострі політичні розбіжності усередині самої держави. Ця ситуація характеризуватиме державу як нестабільного і непередбачуваного партнера в міжнародних відносинах. Інші країни скоріше зволіють перечекати цей період нестабільності в державі, ніж серйозно ставитися до поведінки будь-якої із її влад, як правило, досить ситуативної під час внутрішньополітичної напруженості. Чи можна в такі моменти життя якоїсь держави виважено судити про її позиції, особливо з питань, що стосуються прийняття на себе зобов'язань за міжнародним звичаєвим правом?

Крім цього, на мій погляд, учені, які орієнтуються при розгляді питань міжнародно-правового звичаєвого нормоутворення переважно на поведінку виконавчої влади держави, не враховують сучасні тенденції в міжнародному звичаєвому праві. Йдеться про прагнення найбільш авторитетних міжнародних судових органів при встановленні наявності міжнародно-правових звичаїв орієнтуватися не на практику держав, а на їх *opinio juris*⁴.

¹ Ушаков Н. А. Государство в системе международно-правового регулирования. — М., 1997. — С. 15.

² Там само.

³ Чиркин В. Е. Современное государство. — М., 2001. — С. 130.

⁴ Див.: Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 4 (43). — С. 135–144; Він же. Суб'єктивний елемент міжнародно-правового звичаю як теоретичне узагальнення міжнародного практичного досвіду // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 4 (47). — С. 188–197.

А в межах держави-республіки виразником *opinio juris* є, передусім, її законодавчі й судові органи. Парламентам у сучасних демократіях належить прерогатива визначення основ внутрішньої та зовнішньої політики держави, право винесення остаточних рішень стосовно прийняття державою міжнародно-правових зобов'язань з найважливіших і принципових питань її зовнішньої політики (у зв'язку з чим, наприклад, у міжнародному праві утвердився інститут ратифікації міжнародних договорів).

Суди в системі поділених владних повноважень посідають особливе, стратегічно важливе положення для розвитку всієї внутрішньодержавної правової системи. На відміну від законодавчої й виконавчої влади, на них прямо покладений обов'язок надавати правову оцінку фактичному життю в державі. Саме суди покликані щодня, як висловлюється С. І. Максимов, встановлювати «справедливість у конкретній ситуації»¹. Розглядаючи роль судів у «структурі правової реальності», цей учений зазначає: «Методи конкретного правового рішення так само, як і методи позитивного законодавства, також дедуктивно-індуктивні. Тут відбувається як процес інтерпретації норми, так і процес конструювання конкретних обставин. При цьому якщо законодавством враховуються можливі життєві обставини, то правосуддям — певні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належного моментом суцього і збагачення суцього належним»².

Уточнимо: «збагачення суцього належним» являє собою вплив існуючих правових норм на фактичні правовідносини, а «наповнення належного моментом суцього» — це зворотний процес. Суди поєднують одне з одним, не дозволяючи належному (тобто вже сформованому нормативно-правовому матеріалу) втратити контакт із повсякденністю (суцим, об'єктивною реальністю), а суцьому — втратити зв'язок з накопиченим раніше правотворчим досвідом у вигляді належного.

Кожний з елементів «правової реальності» — суще й належне — нерозривно пов'язані один з одним. Існування кожного з них втрачає сенс поодинокі. Разом з тим провідну роль у цьому союзі на сьогодні відіграє належне. У переважній більшості при вирішенні спорів з фактичних соціальних відносин судді застосовують усталені, загальновизнані правові категорії. Відсутність законодавчого (позитивного) врегулювання,

¹ Максимов С. Структура правової реальності // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2002. – № 2 (29). – С. 132.

² Там само. – С. 132.

як правило, без перешкод може бути заміщена вирішенням ситуації на підставі загальних правових принципів врегулювання схожих відносин. Власне, і сама судова система (правосуддя) як особливий соціальний інститут навряд чи змогла б виникнути сама по собі, без накопиченого правового досвіду у вигляді належного.

У розрізі міжнародного звичаєвого права діяльність національних судів як таких, що представляють практику відповідних держав, припустимо розглядати тільки в найширшому розумінні терміна «практика». Якщо виходити з більш вузьких, суворіших уявлень про зміст основних елементів міжнародно-правового звичаю (практики й *opinio juris*), то діяльність будь-яких судів (і міжнародних, і національних) є не що інше, як перманентна реалізація психологічного елементу (*opinio juris*)¹. Інше питання, у яких саме соціальних відносинах судді реалізують це *opinio juris* – національних чи міжнародних? Для встановлення або підтвердження наявності міжнародно-правового звичаю важливо і те і інше.

Навіть якщо суддя застосовує національне право для врегулювання національних фактичних відносин для міжнародного звичаєвого права, це може мати значення. Заборони та кримінальна відповідальність за вбивства, зґвалтування, заподіяння тілесних ушкоджень, рабство, ксенофобію, найманство та ін., що підтверджені судовими рішеннями в різних державах, є прямими доказами існування міжнародно-правових звичаїв і розглядаються як сукупна міжнародна судова практика.

Якщо ж суддя національного суду при розгляді справи торкається міжнародних відносин, він змушений шукати норми міжнародного права, які їх регулюють. Вказівку на те, що національний суд не є органом зовнішніх зносин, не компетентний розглядати подібного роду спори й, отже, його думка не може бути прийнята як офіційна позиція держави з питань міжнародного права, на мій погляд, потрібно розглядати насамперед як прагнення обґрунтувати намір виконавчої влади повністю домінувати в питаннях зовнішньої політики. У системі поділу влади роль судів саме й полягає у стримуванні різного роду спроб інших державних органів домінувати як у внутрішній, так і в зовнішній політиці. Юридично рішення суду може зобов'язати виконавчу владу діяти певним чином або утримуватися від дій, тому позиція суду авторитетніша за позицію виконавчої влади.

¹ Див.: Щокін Ю. В. Формування міжнародно-правових звичаїв: розмежування понять «практика» і *opinio juris* // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 4 (43). – С. 135–144.

Слід зазначити, що прагнення виконавчої влади домінувати в питаннях, що будь-яким чином стосується здійснення зовнішньої політики держави, характерне не тільки для тоталітарних і авторитарних суспільств, де національні суди взагалі-то й у питаннях прийняття рішень з внутрішніх проблем несамостійні. Воно є характерним і для тих держав, які не тільки розглядаються багатьма як розвинені демократичні, але й у яких рішення національних судів традиційно відіграють значну роль у функціонуванні внутрішньої правової системи. Маються на увазі країни англо-саксонської системи права.

Так, Б. Конфорті, досліджуючи питання встановлення «міжнародних фактів» національними судами різних держав, зазначив, що у Великій Британії судова й виконавча влада в питаннях міжнародних відносин повинні «говорити в один голос»¹. Порівнюючи англо-саксонську і континентальну системи права на предмет «примусової або непримусової природи думки виконавчої влади» (тобто наскільки імперативним для національного суду є воля виконавчої влади з питання, пов'язаного з міжнародними відносинами), учений зробив висновок не на користь першої. На його думку, у державах континентального права з цих справ «суди почувають себе зовсім вільно, і можна сказати, зобов'язані діяти самостійно. У країнах загального права, навпаки... , рішення виконавчої влади обов'язково розглядається як примусове»². Загальний висновок, якого дійшов Б. Конфорті з цієї проблеми, був сформульований ним таким чином: «Усе, що потрібно сказати — це те, що в державі, де дотримується принцип законності, останнє слово в галузі застосування права у справах, які представлені на розгляд суддів, має завжди залишатися за ними»³.

З такою позицією слід повністю погодитися. У суспільстві, в якому суд більш незалежний, його позиція має особливу морально-правову цінність, що базується на творчому застосуванні ідеї права (як ідеї пошуку справедливості) і позитивних норм при розгляді конкретних фактичних обставин. Діяльність суду поєднує й підсумовує діяльність інших державних і суспільних інститутів.

Розгляд національним судом фактичних відносин, що мають міжнародний характер, дає змогу найбільш контрастно виявити дійсну позицію держави щодо різних міжнародно-правових проблем. Вона буде

¹ Конфорті Б. Международное право в практике европейских судов // Рос. ежегодник междунар. права, 1995. – СПб., 1996. – С. 166.

² Там само.

³ Там само. – С. 166, 167.

набагато виразнішою і конкретнішою, ніж будь-яка декларативна заява органу виконавчої влади, відповідального за здійснення зовнішньої політики держави.

Із цих же міркувань виходив й Інститут міжнародного права, приймаючи 7 вересня 1993 р. резолюцію «Діяльність національних суддів і міжнародні відносини їх держав». У ній червоною ниткою проходить вимога надання повної незалежності національним судам у тлумаченні й застосуванні норм міжнародного права та внутрішнього права інших держав. Так, у резолюції вказується, що національні суди мають бути наділені власним національним правом повною самостійністю в тлумаченні й застосуванні міжнародного права (п. 1 ст. 1) і іноземного внутрішнього права (п. 1 ст. 3); думка виконавчої влади при прийнятті рішень національними судами повинна мати тільки рекомендаційний характер, при цьому суди вільні в зверненні за такою думкою (п. 3 ст. 1); якщо розглянуте судом питання безпосередньо стосується виконавчої влади, суд не повинен самоусуватися від його вирішення, мотивуючи це його політичною природою, якщо воно прямо регулюється відповідною нормою міжнародного права (ст. 2).

Торкаючись ставлення національних судів до міжнародно-правових звичаїв, Інститут міжнародного права зазначив, що «національні суди при визначенні існування або змісту звичаєвого міжнародного права повинні враховувати зміни в практиці держав, а також у практиці судів і правознавстві» (ст. 4).

Таким чином, уявлення, що склалося на сьогодні у доктрині про роль національних судів у процесі формування міжнародно-правових звичаїв, потребує кардинальної переоцінки. У суспільстві, в якому суд справді незалежний, його позиція щодо регулювання відносин, які впливають на встановлення й виконання міжнародно-правових зобов'язань держави, є більш авторитетною порівняно з позицією виконавчої галузі влади — суд може юридично зобов'язати виконавчу владу діяти певним чином або утримуватися від здійснення дій на міжнародній арені. Для процесу утворення норм міжнародного звичаєвого права це має вирішальне значення, оскільки в судовому рішенні правова позиція держави (її *opinio juris*) виражається найбільш повно й комплексно, тому що враховує особливості побудови й функціонування внутрішньої правової системи держави в цілому.

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

С. Гізімчук, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права № 1
Національної юридичної академії Украї-
ни імені Ярослава Мудрого

Теоретичні та практичні питання формалізації принципів кримінального права

Питання про способи закріплення принципів кримінального права видається не менш складним, ніж власне визначення змісту цих принципів, їх ролі та ступеня регулювання суспільних відносин. Вбачаючи відмінність принципів кримінального права від загальних принципів права лише у галузевому рівні конкретизації правових настанов, при з'ясуванні природи перших дослідники стикаються із аналогічними проблемними питаннями і ведуть дискусію щодо доцільності текстуального закріплення принципів у відповідному галузевому законодавстві, можливості застосування при цьому бланкетних норм, урахування впливу на норми права моральних засобів регуляції суспільних відносин, загального поняття права.

Метою пропонованої статті є спроба доведення існування, поряд із текстуальним, інших способів закріплення принципів кримінального права, які фактично забезпечують вплив на кримінально-правові відносини керівних правових засад і тим самим гарантують дотримання основних прав і свобод людини, розвиток суспільства, розбудову демократичної держави. Значення відповіді на поставлене питання доволі вагоме. Саме тому В. О. Гацелюк правильно, на наш погляд, зазначає, що вдале вирішення питання про спосіб закріплення принципів у законі дає змогу забезпечити формування і застосування норм КК, а значить і регулювання кримінально-правових відносин у тому напрямі, який чітко окреслений системою керівних ідей кримінального права¹.

¹ Див.: *Гацелюк В. О.* Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції): Монографія / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ; [Наук. ред. д-р юрид. н., проф. С. С. Яценко]. – Луганськ, 2006. – С. 14.

Сьогодні стосовно питання про природу принципів права, і кримінального зокрема, набули поширення три відносно усталені позиції щодо способу їх закріплення. Перша полягає у безумовному закріпленні принципів у тексті закону (текстуальний спосіб). До її прихильників належать М. І. Бажанов, В. В. Мальцев, М. Л. Якуб, Ю. Є. Пудовочкін, С. С. Пирвагидов, А. А. Ушаков, В. О. Гачелюк, І. І. Строкова та інші. При цьому аргументи, головним чином, зводяться до відмови у визнанні за положеннями, які безпосередньо не закріплені у тексті відповідного нормативного акта, керівних (обов'язкових) засад. Зокрема М. Л. Якуб зазначає, що ті або інші ідеї, які не отримали законодавчого закріплення, не є обов'язковими для слідства і суду. Слідчі і судові органи можуть ними керуватися або не керуватися на власний розсуд. Якщо ідея як така не отримала закріплення в законі, а знайшла вираз у низці його вимог, то для слідства і суду є обов'язковими ці вимоги закону, але не ідея сама по собі. Тому ідеї, що не отримали законодавчого закріплення, не можуть розглядатися як принципи кримінального права. Керівні ідеї стають принципами кримінального права лише у разі, якщо законодавець визнає за необхідне втілити їх у законі і лише в тих межах, в яких він втілить їх у правових нормах¹.

Подібний підхід, на наш погляд, безпідставно відкидає фактичний вплив на правозастосовну діяльність змін у соціально-політичному та економічному розвитку суспільства, що цілком логічно випереджають розвиток законодавства, а також відповідних теоретичних положень, що пронизують усі норми КК і враховуються законодавцем при вирішенні питання про ознаки суспільно небезпечного діяння і, головним чином, виду та міри покарання за його вчинення. Наприклад, сьогоднішній напрямок кримінально-правової політики держави продиктований принципом гуманізації покарання і має своїм правовим результатом пом'якшення покарання за злочини невеликої тяжкості та деякі інші, більш тяжкі. При цьому у тексті КК відсутня відповідна норма (норми), згідно з якою принцип гуманізму набув би текстуального закріплення. До того ж самі прихильники текстуального закріплення принципів кримінального права у спеціальних нормах КК визнають, що зміст таких норм наукою кримінального права почасти істотно і справедливо коригується та доповнюється².

¹ Див.: Якуб М. Л. О понятии принципа уголовного права и уголовного процесса // Правоведение. – 1976. – № 1. – С. 56–64.

² Див.: Пудовочкин Ю. Е., Пирвагидов С. С. Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. – СПб., 2003. – С. 84.

Друга позиція передбачає нарівні із виділенням окремих принципів у спеціальну норму (норми) КК врахування керівних настанов Конституції, інших нормативних актів при конструюванні КК в цілому і тим самим контекстуальне вираження останніх у змісті КК. Наведену позицію поділяють С. С. Алексєєв, А. Б. Сахаров, В. Д. Філімонов, В. М. Кудрявцев, С. Г. Келіна, Е. Жевлаков, І. В. Коршиков, О. М. Куракін, Ж. О. Бородулькіна, О. В. Лавріненко та інші. При цьому застосовуються подібні визначення способу закріплення принципів, як то: «відтворені (виражені) у нормах КК», «обумовлені передбаченими у нормах КК вимогами», «закріплені у преамбулах до законодавчих актів»¹. Прихильники наведеного наукового погляду щодо способу реалізації в тексті закону принципів права, і кримінального в тому числі, зазначають, що норми моралі, звичаї та інші подібні соціальні засоби регуляції суспільних відносин можуть здійснювати вплив на суспільні відносини, проте не повинні підміняти собою закон і не можуть коригувати його зміст. Так, С. С. Алексєєв, характеризуючи співвідношення норм права і інших засобів соціальної регуляції (норм моралі), розглядає можливість реалізації юридичних норм, їх застосування залежно від моральних критеріїв і стандартів як таку, що суперечить духу права та ідеї законності. На його думку, моральні стандарти визначають конкретний вираз правових принципів і взагалі мають відношення до права виключно остільки, оскільки вони імпліцитно присутні в юридичних текстах, політично введені в правову систему². Разом з тим С. Г. Келіна та В. М. Кудрявцев, стверджуючи, що немає норм, в яких не проявилися б правові принципи, зауважують, що лише починаючи з ХІХ ст. принципи права, у тому числі й кримінального, почали формулюватися в теорії та в рідкісних випадках безпосередньо позначатись у законодавстві³. Тим самим видається за можливе зауважити, що проблема щодо способу закріплення принципів кримінального права є відносно новою і на ранніх етапах свого виникнення торкалась головним чином теоретичних, не обмежених текстом закону, конструкцій.

Ретельне опрацювання наукових праць, присвячених дослідженню принципів кримінального права, дає підстави стверджувати, що саме

¹ Келіна С. Г., Кудрявцев В. Н. Принципы советского уголовного права. – М., 1988. – С. 28–29.

² Див.: Алексєєв С. С. Теория права. – 2-е изд., стереотип. – М., 1994. – С. 71.

³ Див.: Келіна С. Г., Кудрявцев В. Н. Вказ. праця. – С. 24.

С. Г. Келіна та В. М. Кудрявцев найбільш точно визначили розглядувану проблематику і змогли побудувати відповідно до своїх переконань наукову позицію. Так, цілком слушним, задля забезпечення послідовності дослідження проблеми, є визначення пріоритетів серед понять, які висвітлюють природу кримінального права, його роль і значення, а саме мети та завдань кримінального права. Дійсно, залежно від мети та завдань визначаються принципи досягнення бажаного соціального порядку¹. Тим самим С. Г. Келіна та В. М. Кудрявцев підкреслюють обумовленість принципів кримінального права завданнями, які прагне вирішити суспільство і законодавець шляхом створення і застосування відповідної системи кримінально-правових норм. Далі, базовим можна визнати рішення науковців щодо обов'язковості пов'язування будь-яких теоретичних висновків щодо природи кримінального права із його основними категоріями — злочином та покаранням². Єдине доповнення наведеної точки зору обумовлене доцільністю віднесення до розряду основних категорій і тієї, що відбиває метод кримінального права — застосування покарання. За таких міркувань питання щодо способу закріплення принципів кримінального права пов'язується зі способом закріпленням ознак суспільно небезпечних діянь та правил призначення покарання за їх вчинення.

Не менш цікавим є відповідний методологічний підхід до вирішення питання про способи закріплення принципів кримінального права, згідно з яким розглядається питання про те, у чому полягає значення правових принципів, чи є практично важливим їх закріплення в нормах законодавства, чи всі принципи можуть бути закріплені і якими є наслідки такого закріплення³. Керуючись наведеними питаннями, науковці пропонують, як видається, головними аргументами на користь закріплення в нормах законодавства принципів кримінального права такі положення. Так, зазначається, що кримінальне право відіграє, нарівні з охоронною і регулятивною, блок функцій ідеологічного змісту: інформативну, виховну та попереджувальну. Крім цього, для виконання охоронної чи регулятивної функції принцип права повинен бути впроваджений у матерію кримінального права, норми Загальної та (або) Особливої частини КК, і у зв'язку з цим він може бути порушеним виключ-

¹ Див.: *Келіна С. Г., Кудрявцев В. Н.* Принципы советского уголовного права. — М., 1988. — С. 26.

² Там само.

³ Там само. — С. 27.

но через недотримання тієї чи іншої кримінально-правової норми¹. Проте ці науковці визнають і те, що для виконання функцій ідеологічного характеру (наприклад, попереджувальної) достатньо закріпити принцип у преамбулі до закону.

З наведеною позицією (С. Г. Келіної, В. М. Кудрявцева та інших) у цілому можна погодитись, але при цьому цілком припустимими є дещо інші теоретичні висновки. Як видається, законодавець враховує при конструюванні норм КК норми моралі, звичаї, традиції, але зберігає за останніми їх своєрідну здатність справляти керуючий вплив на людську свідомість слідчого чи, наприклад, судді. Норми соціальних регуляторів залишаються відносно самостійними від тексту закону, навіть у разі їх врахування при конструюванні закону, оскільки у своїй більшості вони виражені в оціночних поняттях («грубе порушення», «громадський порядок», «істотна шкода», «особлива жорстокість», «винятковий цинізм» тощо). У цьому разі зміст норми закону про кримінальну відповідальність залежить від сприйняття (тлумачення) змін у розвитку суспільства, ротації соціальних пріоритетів, а в окремих випадках також викликаним розглядом конкретної справи суспільним резонансом.

Щодо аргументів у частині можливості порушення принципів кримінального права виключно через недотримання відповідної кримінально-правової норми чи декількох норм можемо заперечити моделюванням обставин конкретної справи, коли суд застосовує ст. 75 КК і звільняє від реального відбування покарання 15-річного підсудного лише тому, що той, за висновком експертизи, у своєму інтелектуальному розвитку досяг приблизно 12-річного віку. При цьому дотримання принципу законності обумовлює притягнення 15-річного злочинця до кримінальної відповідальності, а реалізація принципу гуманізму вимагає врахування моральних норм і пошук передбачених законом можливостей звільнення підлітка від неї. Як видається, застосування у наведеному прикладі до підсудного реального покарання порушувало б саме норми громадської моралі і саме завдяки судійському розсуду вдалося вірно застосувати закон. Як правильно визначають науковці, у судійському розсуді реалізується правоздатність суду знаходити найбільш оптимальне вирішення правового питання, «виходячи із загальних положень закону, цілей, які переслідує законодавець,

¹ Див.: *Келіна С. Г., Кудрявцев В. Н.* Принципы советского уголовного права. – М., 1988. – С. 29–30.

конкретних обставин справи, а також принципів права, законів розвитку суспільства і норм моралі»¹.

Істотні відмінності від попередньо наведених позицій вбачаються у точці зору на природу принципів кримінального права, згідно з якою останні не обов'язково повинні набути текстуального закріплення у законодавстві (як кримінальному, так і конституції та інших галузях) чи мати контекстуальне закріплення, а можуть корінитися у нормах моралі, звичаях, традиціях. До прихильників такої точки зору можна віднести В. І. Борисова, Г. В. Гребенькова, В. Г. Румянцева, Ю. Е. Ширяєва та інших. Зокрема В. І. Борисов визнає обґрунтованими судові рішення, які враховують як кримінально-правові, так і загальносоціальні принципи². Г. В. Гребеньков вважає, що принципи (права) як форми інтелектуального відображення виникають з умов становлення соціабельності людей, сягаючи корінням її історичного минулого. Для права таким минулим є моральність, під якою слід розуміти систему правил організації і функціонування життєдіяльності, що виникли в процесі природно-еволюційного історичного розвитку людини як роду й індивіда в певному хронотопі, закріплених у таких структурах індивідуальної й колективної психіки, як навички, звички, звичаї, традиції³. Наведені точки зору базуються на визнанні принципу верховенства права і можуть бути взяті автором статті за основу при формуванні власної позиції, проте з деякими уточненнями.

Як уже зазначалося, головними категоріями кримінального права є злочин та покарання, а також застосування покарання. Отже, принципи кримінального права стосуються визначення ознак суспільно небезпечних діянь, що є злочинами, виду та міри покарання за їх вчинення, а також правил застосування покарання. За таких умов видається слушним звернення до змісту ст. 3 чинного КК, у якій передбачено, що Кримінальний кодекс України ґрунтується на Конституції України та загально-

¹ *Боннер А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. – 1979. – № 6. – С. 34–42.

² Див.: *Борисов В. І.* Конституційна відповідальність у системі чинників соціальної обумовленості кримінального закону // Теоретичні та практичні проблеми реалізації Конституції України: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції (29–30 червня 2006 р.) / За заг. ред. М. І. Панова. – Х., 2006. – С. 405–408.

³ Див.: *Гребеньков Г. В.* Принципи й ідея права як основи правової культури («антилегалізм contra «реалістичного позитивізму») // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Зб. наук. праць. – 2007. – № 1. – С. 3–14.

визнаних принципах і нормах міжнародного права. Є очевидним, що положення цих нормативних актів були враховані при розробці законодавства про кримінальну відповідальність, а також враховуються в процесі поточної законодавчої та правозастосовної діяльності. Безумовним видається і те, що положення Основного Закону держави, як і загально-визнаних принципів і норм міжнародного права, справляють керуючий вплив на діяльність по розробці та застосуванню КК, тобто містять принципи кримінального права. На перший погляд, визнання того, що КК базується на положеннях відповідних нормативних актів (конституції, нормах міжнародного права), є свідченням законодавчого закріплення принципів кримінального права (текстуальним чи контекстуальним). Проте це не безперечно. Так, звертаючись до діяльності Конституційного Суду РФ, М. М. Марченко слушно зауважує, що далеко не завжди можна провести чітку межу між правом, особливо конституційним, з одного боку, і політикою — з другого¹. Якщо Конституція України за своєю сутністю тісно переплітається із політикою, то відповідно зміст її норм значною мірою сприймається залежно саме від політичної ситуації у державі. Видаються також не повністю вільними від політичних міркувань у правозастосовчому аспекті положення загально-визнаних норм і принципів міжнародного права. Отже, «підґрунтя» КК, яке містить керівні засади, в окремих випадках складають політичні чинники, у тому числі відмінні від закону соціальні регулятори (мораль, звичаї, традиції).

Також заслуговує на увагу аналіз керівної ролі положень Конституції і їх впливу на діяльність по застосуванню КК. Зокрема, норми Конституції України визначають коло соціальних цінностей, які підлягають охороні від суспільно небезпечних діянь і в цьому визначають зміст охоронної функції кримінального права. Проте згадана функція не єдина і до загального переліку таких також відносять регулятивну та попереджувальну функції кримінального права — функції ідеологічного характеру. Як визнають прихильники контекстуального способу закріплення принципів кримінального права, «для здійснення функцій ідеологічного характеру достатньо проголошення того чи іншого принципу, закріплення його в преамбулі закону»². У зв'язку з цим зауважимо, що Конституція є нормативним актом прямої дії і тому положення, закріп-

¹ Див.: *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. – М., 2008. – С. 399.

² *Келина С. Г., Кудрявцев В. Н.* Принципы советского уголовного права. – М., 1988. – С. 29.

лені у її преамбулі, поширюються на законодавство про кримінальну відповідальність. І такий вплив дійсно має місце. Зокрема у преамбулі Основного Закону проголошено прагнення розвивати і зміцнювати правову державу, що охоплює, крім усього іншого, відсутність злочинів, їх попередження. Відповідно, у ч. 2 ст. 50 КК міститься норма, якою передбачено, що покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Тим самим підтверджується, що попередження злочинів як ідеологічна функція кримінального права реалізована у тексті ч. 2 ст. 50 КК згідно з принципом, закріпленим у преамбулі до Конституції України. Слід додати, що усвідомлення відповідальності перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та майбутніми поколіннями також є принципом, яким керувалися народні депутати, приймаючи Конституцію України і який має стати домінуючим у діяльності працівників усіх державних органів. Відповідно суддя, виносячи вирок згідно з положеннями Загальної частини КК, повинен керуватися положеннями Конституції та її преамбули в тому числі.

Взагалі судова діяльність є яскравим прикладом вдалого і, головне, «своєчасного» тлумачення, а почасти, і коригування положень законодавства про кримінальну відповідальність. Так, уже на третій рік після прийняття нового Кримінального кодексу Конституційний Суд України прийняв рішення, згідно з яким визнав неконституційним окреме положення норми ч. 1 ст. 69 КК (рішення Конституційного Суду № 15-рп/2004 від 02. 11. 2004 р.). Законодавець зреагував на це рішення лише у 2006 р. шляхом внесення відповідних змін до ст. 69 КК. Це рішення Конституційного Суду України стало предметом дискусії і ставлення до нього є неоднозначним. Зокрема, деякі судді Конституційного Суду заявили про наявність у них окремих думок (В. Д. Вознюк, В. І. Івашенко), а серед учених є погляди, що наразі досліджувався не текст закону, а логіко-правовий висновок, який випливає з нього (В. І. Борисов)¹. Разом з тим у цілому рішення було прийнято. Саме тому вельми слушною видається думка М. М. Марченка, який зазначає, що в період між винесенням Судом відповідного вердикту про невідповідність окремих положень

¹ Див.: *Борисов В. І.* Конституційна відповідальність у системі чинників соціальної обумовленості кримінального закону // Теоретичні та практичні проблеми реалізації Конституції України: Тези доповідей та наукових повідомлень учасників Всеукраїнської науково-практичної конференції (29–30 червня 2006 р.) / За заг. ред. М. І. Панова. – Х., 2006. – С. 405–408.

нормативно-правового акта Конституції РФ і моментом внесення законодавцем змін у нормативно-правовий акт, діє норма (норми), яка міститься в судовому вердикті¹. Окрім наведеного наукового висновку, цей учений небезпідставно наполягає на можливості визнання за судовими рішеннями сили, подібної до сили закону. Так, у своїх працях М. М. Марченко порівнює рішення Конституційного Суду і закони та зауважує, що перші і другі мають під собою одні й ті самі правові та моральні основи, спрямовані у кінцевому підсумку на досягнення однакових цілей і вирішення тих самих завдань, безпосередньо пов'язаних із захистом конституційного ладу, основних прав та свобод громадян, забезпеченням верховенства і прямої дії Конституції на всій території держави². Вказівка на наявність у законі моральних основ (принципів) не видається випадковою, навпроти, є цілком логічним висновком аналізу фактичних обставин правозастосовної діяльності. Недаремно Г. В. Гребеньков зазначає: «якщо закони не ґрунтуються на тому, що є постійним, «написаним у серцях» і передаваним з покоління в покоління, то їх можна змінювати як завгодно — аж до повного беззаконня як усередині держави, так і у сфері міжнародного життя. Це вітчизняні мислителі (П. Новгородцев, Б. Кистяківський, С. Гессен) добре розуміли»³. Аналогічною є позиція Конституційного Суду України, який у рішенні № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р. (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначив, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою набула відображення в Конституції України⁴. На цьому етапі дослідження способів закріплення принципів криміналь-

¹ Див.: *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. – М., 2008. – С. 411.

² Там само. – С. 404.

³ *Гребеньков Г. В.* Принципи й ідея права як основи правової культури («антилегалізм contra «реалістичного позитивізму») // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Зб. наук. праць. – 2007. – № 1. – С. 3–14.

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) Справа № 1-33/2004 від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 // Вісник Конституційного Суду України. – 2004. – № 5. – С. 38–45.

ного права видається за можливе констатувати, що законодавець застосує з цією метою як положення законодавства, так і інші засоби регулювання суспільних відносин (мораль, традиції, звичаї тощо). Причин цьому декілька і однією з них є доволі своєрідна природа принципів кримінального права, кожний з яких виконує власну, специфічну функцію — від стримування держави, яка має у своєму підпорядкуванні апарат примусу, до заохочення правопорушника, формування у нього соціально-орієнтованої мотивації дій. «Різним характером віддзеркалення і закріплення правових принципів у законодавстві обумовлені і відмінності у правових і психологічних формах дії цих принципів на громадян, на органи, що застосовують конкретні кримінально-правові розпорядження, а частково і на законодавця», — зазначають С. Г. Келіна та В. М. Кудрявцев¹. Від себе лише додамо, що в період панування адміністративно-командної системи і безумовного ототожнення права та законодавства подібна наукова позиція була максимально наближеною до істини.

До кола інших причин закріплення принципів кримінального права у різних джерелах (законодавстві та нормах моралі, традиціях тощо) належать недоцільність текстуального визначення відповідного принципу, оскільки це може призвести до необґрунтованого спрощення його змісту.

В окремих випадках текстуальне закріплення принципів у кримінальному законодавстві видається завданням не стільки недоцільним, скільки неможливим. Як зазначається з цього приводу у відповідних дослідженнях, одним з логічних проблем законодавства є питання про об'єктивні межі його формалізації. Обумовлена потребами практики формалізація має, як відомо, відносний, суто модельний характер, що пояснюється низкою об'єктивних чинників. Наприклад, людство поки що не має у своєму розпорядженні необхідного запасу знаків для формалізації навіть основних понять, якими воно оперує, особливо оціночних. Більше того, багато понять взагалі не можуть бути піддані повній формально-логічній обробці, втілені в сувору математичну форму через їх змістовну складність, динамічність, а почасти і недостатню семантичну визначеність. Це обумовлено не стільки причинами інтелектуального порядку, скільки складністю самого суспільного життя, ті або інші явища і процеси якого не завжди можуть бути чітко визначені, «виміря-

¹ Див.: Келіна С. Г., Кудрявцев В. Н. Принципы советского уголовного права. — М., 1988. — С. 31.

ні» з належною достовірністю, абсолютною точністю¹. Так, наприклад, видається не завершеною спроба законодавця РФ підібрати терміни, з допомогою яких закріпити зміст принципу справедливості у ст. 6 КК РФ. Як передбачено ч. 1 ст. 6 КК РФ «Покарання та інші заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до особи, яка вчинила злочин, повинні бути справедливими, тобто відповідати характеру і ступеню суспільної небезпечності злочину, обставинам його вчинення та особі винного». Відомо, що суспільна небезпечність є матеріальною ознакою злочину, яка не піддається чіткій формалізації. На підставі цього зміст принципу справедливості залишається нез'ясованим. Не змогли уникнути певної тавтології і російські вчені, які запропонували свій проект ст. 6 КК РФ і поділились власним розумінням змісту цього принципу².

Таким чином, питання способу закріплення принципів кримінального права повною мірою залежить від концептуального вирішення проблеми поняття права і на сьогодні потребує широкого запровадження у законотворчу та правозастосовну діяльність теорії природного права, визнання за нормами моралі, звичаями, традиціями рівної із законами сили регуляторів суспільних відносин. У першу чергу зміни повинні стосуватися кримінального права, адже визнання Кримінального кодексу України його єдиним джерелом суперечить проголошеному і закріпленому у ст. 8 Конституції України принципу верховенству права. За такого підходу є всі підстави сподіватися на органічний розподіл принципів кримінального права між усіма офіційно визнаними і практично задіяними джерелами права: КК, нормами моралі, звичаями, традиціями. Виконання визначеного завдання значної мірою залежатиме від органів правосуддя, діяльність яких за нинішніх умов виходить на якісно новий рівень.

Органічним продовженням дослідження способів закріплення принципів кримінального права видається необхідність визначення кола керівних засад, які стосуються права держави на застосування примусу до особи, винної у вчиненні злочину, і тому можуть потребувати законодавчого закріплення.

¹ Див.: *Чернобель Г. Т.* Формализация норм права // Советское государство и право. – 1979. – № 4. – С. 29–36.

² Див.: *Пудовочкин Ю. Е., Пирвагидов С. С.* Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. – СПб., 2003. – С. 140.

П. Хряпінський, професор Запорізького національного університету

Заохочувальні та компромісні норми кримінального законодавства: проблема співіснування

Заохочення у кримінальному законодавстві поступово посідає належне місце у системі кримінально-правових заходів протидії злочинності. Безперечно, провідну роль у протидії злочинності відіграють заборонні заходи примусу й покарання осіб, що визнані судом винними у вчиненні злочинів. Проте заохочення притаманними лише йому засобами й способами допомагає вирішувати завдання кримінального законодавства, визначені у ч. 1 ст. 1 Кримінального кодексу України (далі — КК). Про значний науковий і практичний інтерес до методів заохочення у кримінальному законодавстві в останні роки свідчать монографічні дослідження, захищені дисертації, науково-практичні конференції, публікації, пропозиції щодо введення у законодавство заохочувальних приписів тощо.

У кримінальному праві паралельно існують і майже не перехрещуються два підходи щодо визначення правової природи приписів, які використовують метод заохочення (стимулювання) соціально корисної, правомірної поведінки у розмаїтті предметних інститутів Загальної та Особливої частин кримінального законодавства. Переважним поглядом на такі приписи є визначення їх правової природи як заохочувальних норм. Представниками цієї точки зору є: М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. М. Галкін, Ю. В. Голик, Л. В. Головка, О. О. Дудоров, В. О. Єлеонський, А. В. Єндольцова, І. Е. Звечаровський, В. М. Кудрявцев, І. Л. Маргулова, П. С. Матишевський, М. І. Мельник, А. А. Музика, В. О. Навроцький, Р. О. Сабітов, А. Ф. Сизий, В. В. Скибицький, В. В. Сташис, П. Л. Фріс, В. Я. Тацій, О. М. Тарбагаєв, І. А. Тарханов, В. П. Тихий, В. І. Шакун, С. С. Яценко та інші. Не торкаючись зараз деяких розбіжностей серед названих науковців у розумінні правової природи цих норм, зазначимо, що ознакою, яка виокремлює норми, що розглядаються, є заохочувальний метод їх соціального впливу на свідомість та волю з метою схвалення і стимулювання правомірного, соці-

ально корисного варіанта поведінки особи¹. Кількість заохочувальних норм у Загальній та Особливій частинах стрімко збільшується, тому прогнозованим є й подальше «...інтенсивне зростання таких норм, оскільки в законопроектах, що надходять до Верховної Ради, є чимало пропозицій щодо необхідності введення до КК разом із заборонними нормами також і заохочувальних»². Заохочення правомірної поведінки знайшло своїх прихильників й серед теоретиків права. Так, заохочувальні норми як різновид правових приписів, поряд із загальноновизнаними заборонними, зобов'язуючими та дозволяючими нормами, визнають: С. С. Алексєєв, В. М. Баранов, В. М. Горшеньов, Н. О. Гущина, В. О. Малько, Е. К. Нурпеісов, В. В. Оксамитний, І. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин, О. М. Яковлев та ін.

Разом з цим висловлено точку зору, що у кримінальному законодавстві існують приписи, що допускають компроміс, під якими належить розуміти норми, у яких особі, яка вчинила злочин, гарантується звільнення від кримінальної відповідальності або пом'якшення покарання в обмін на вчинення такою особою вчинків, визначених у законі, та які забезпечують реалізацію основних завдань кримінально-правової боротьби із злочинністю³. Підтримують виділення компромісних норм у кримінальному законодавстві Х. Д. Алікперов, В. М. Верещак, М. А. Зейнабов, І. І. Карпець, К. Ш. Курбанова, Л. Л. Нескороджена, Н. П. Осипова, О. А. Панфило, В. М. Смітєнко, В. М. Тертишник, С. І Туркота, Г. О. Усатий, С. Д. Шапченко, Н. С. Шатихіна та ін. Проте, на відміну від заохочувальних, компромісні норми, або норми, що допускають компроміс (далі — НДК), не знайшли підтримки й розвитку у загальнотеоретичних дослідженнях правників. Принаймні нам невідомо сприйняття зазначеного правового феномену у загальній теорії права.

Отже, метою статті є дослідження проблеми співіснування заохочувальних та компромісних кримінально-правових норм, визначення загального, з'ясування особливого у їх правовій природі та, нарешті — визначитися з правом на існування.

¹ Див.: *Фріс П. Л.* Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К.: Атіка, 2005. – С. 36.

² *Борисов В. І.* Норми Особливої частини КК, їх види та розвиток / Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф., Львів, 13–15 квіт. 2007 р.: У 2 ч. – Львів, 2007. – Ч. 1. – С. 19.

³ Див.: *Алікперов Х., Зейналов М., Курбанова К.* Задачи компромисса в борьбе с преступностью // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 85.

Одним із перших питань про виділення самостійної групи заохочувальних норм у кримінальному законодавстві поставив В. М. Галкін, який вважав, що воно має у своєму арсеналі заохочувальні норми, що, з урахуванням специфіки цієї сфери правової дійсності, спрямовані на сприятливе соціальне переорієнтування осіб, які вчинили злочин, на стимулювання добровільного запобігання, нейтралізації або зменшення негативних наслідків злочинів, та відносив до них норми, які регламентують умови звільнення від кримінально-правових наслідків злочину у разі позитивної посткримінальної поведінки винного¹.

У наш час існування заохочувальних кримінально-правових приписів визнається абсолютною більшістю фахівців. Проте дослідники вкладають різний зміст у поняття та суттєві ознаки заохочувальних норм кримінального законодавства. Так, Ю. В. Баулін, визнаючи самостійний різновид заохочувальних норм у кримінальному законодавстві, вказує, що висновок про те, чи є та чи інша норма заохочувальною, залежить насамперед від того, яким з точки зору соціального значення є врегульована нею поведінка². І. Е. Звечаровський у загальному вигляді визнає, що заохочувальна норма кримінального права має бути визначена як правовий припис, у якому закріплюється конкретна міра кримінального заохочення. Характерною рисою заохочувальних норм є те, що вони, у першу чергу, стимулюють виконання юридичних обов'язків, що були покладені на суб'єкта³. В. О. Єлеонський стверджує, що заохочувальні норми створюють самостійний різновид правових норм, особливість яких полягає у чіткому виявленні правового зв'язку між схвальною законом поведінкою та кримінально-правовим заохоченням. Реалізація заохочувальних норм, вважає цей дослідник, здійснюється у рамках своєрідних кримінально-правових відносин, які суттєво відрізняються від традиційних правовідносин тим, що виникають між особистістю і державним органом з моменту вчинення особою схвальної кримінальним законом поведінки з приводу усунення чи пом'якшення реального або потенційного кримінально-правового обтяження⁴.

¹ Див.: Галкин В. М. Система поощрений в советском уголовном праве // Советское государство и право. – 1977. – № 2. – С. 94.

² Див.: Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключющие преступность деяния. – Х., 1991. – С. 89

³ Див.: Звечаровский И. Э. Уголовно-правовые нормы, поощряющие посткриминальное поведение личности. – Иркутск, 1991. – С. 50.

⁴ Див.: Елеонский В. А. Поощрительные нормы уголовного права и их значение в деятельности органов внутренних дел: Учебное пособие. – Хабаровск, 1984. – С. 10.

Отже, слід зазначити, що правовий феномен заохочувальних приписів у кримінальному законодавстві передбачає: 1) самостійний статус заохочувальних приписів поряд з основними (стволовими) охоронними кримінально-правовими нормами; 2) спільну спрямованість охоронних та заохочувальних норм на вирішення завдань кримінального законодавства; 3) наявність спеціального, притаманного виключно цим нормам, заохочувального (стимулюючого) методу правового впливу; 4) наявність спільного предмета правового регулювання, яким виступають суспільні відносини позитивного, неконфліктного типу, що регулюють правомірну, соціально корисну (прийнятну) кримінально-правову поведінку; 5) правові наслідки застосування заохочувальних норм проявляються у виключенні, звільненні чи пом'якшенні потенційного або реального кримінально-правового обтяження; 6) особливу юридичну конструкцію кримінально-правової кваліфікації як складу правомірної, соціально корисної поведінки, що передбачає системну єдність об'єктивних і суб'єктивних ознак, прямо передбачених заохочувальними приписами; 7) спрямованість на співпрацю у протидії злочинності у напрямках: а) завдання санкціонованої, необхідної і достатньої шкоди об'єктам правової охорони; б) достовірного повідомлення про вчинення злочину; в) самовикриття у вчиненні злочину; г) викриття інших осіб, винних у вчиненні злочинів; д) нейтралізації, мінімізації, відшкодуванні суспільно небезпечних наслідків майнового (фізична, майнова шкода, податки, збори, обов'язкові платежі, фінансові санкції, пені тощо) та немайнового характеру (міжнародна, ідеологічна, політична, моральна шкода тощо); е) вилучення з неконтрольованого обігу предметів зі спеціальним правовим статусом (предмети, що є носіями державної таємниці, наркотичні засоби, психотропні речовини, зброя, бойові припаси або вибухові пристрої); є) загального і спеціального попередження вчинення нових злочинів; ж) виховного впливу на свідомість населення з метою профілактики злочинів тощо.

Функціональне призначення кримінально-правового заохочення полягає у стимулюванні правомірної та суспільно корисної поведінки особи у сфері кримінально-правового регулювання, а саме: а) добровільного і остаточного припинення вчинення злочину за умови непритягнення особи до кримінальної відповідальності, якщо фактично вчинене нею діяння не містить складу іншого злочину (статті 17, 31 КК); б) умисного завдання шкоди об'єктам кримінальної охорони з метою захисту охоро-

нюваних законом прав та інтересів особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання при необхідній обороні, затриманні особи, що вчинила злочин, крайній необхідності, виконанні наказу або розпорядження, діяння, пов'язаному з ризиком, виконанні спеціального завдання з попередження або розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (статті 36, 38, 39, 41, 42, 43 КК), як обставин, що виключають кримінальну відповідальність; в) щирого каяття, активного сприяння розкриттю злочину, повного відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди, примирення з потерпілим та інші дії особи, котра вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, під право або обов'язок суду звільнення від кримінальної відповідальності (статті 44–49 КК); г) з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди та інше як обставини, що пом'якшують кримінальне покарання (пп. 1, 2, 8, 9 ч. 1 ст. 66 КК) та право суду призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, коли обставини, передбачені пп. 1, 2, 8, 9 ч. 1 ст. 66 КК, входять до сукупності пом'якшуючих обставин (ч. 1 ст. 69 КК); д) сумлінної поведінки і ставлення до праці, доведення свого виправлення засудженого, до якого може бути застосоване умовне засудження, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання та інше, як обставини, що обумовлюють таке рішення (статті 75–81 КК); е) щирого каяття та подальшої бездоганної поведінки, сумлінної поведінки та ставлення до праці і навчання засудженого та, коли засуджені довели своє виправлення, як привілейовані обставини звільнення від кримінальної відповідальності й покарання з випробуванням для неповнолітніх, які вчинили злочини відповідної тяжкості (статті 97, 104, 105, 107, 108 КК); ж) спеціальної, комплексної позитивної посткримінальної поведінки у разі дотримання умов спеціальних приписів під зобов'язання звільнити особу від кримінальної відповідальності у випадках, що передбачені у ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 2 ст. 255, ч. 5 ст. 258, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 3 ст. 369, ч. 4 ст. 401 Особливої частини КК.

Інших поглядів дотримується Х. Д. Алікперов, який зазначає, що заохочувальні норми кримінального права відрізняються від інших норм цієї галузі права тим, що схвалюють, стимулюють соціально корисну поведінку осіб, які вчинили злочин, шляхом пом'якшення їм кримінально-

правового обтяження. Їх специфіка полягає у тому, що вони визначають юридично не обов'язкову, але соціально бажану поведінку, породжують обов'язок або право відповідних органів застосувати заохочувальну акцію. Особливістю погляду цього правника є виділення поряд із заохочувальними кримінально-правових норм, що допускають компроміс — НДК. Ці норми, на думку автора, суттєво відрізняються від заохочувальних тим, що за допомогою заохочувальних норм кримінального законодавства держава прагне, насамперед, виправлення засуджених, у той же час автор визнає, що заохочувальні норми і НДК мають деякі спільні ознаки. Це, передусім, метод правового регулювання. Як заохочувальні норми, так і НДК, не примушують до відповідної поведінки, а лише стимулюють її шляхом пом'якшення або усунення реального чи потенційного кримінально-правового обтяження¹.

Указаний дослідник проводить межу між заохочувальними нормами та НДК за такими ознаками: 1) *специфікою завдань*, які прагне вирішувати законодавець за допомогою цих норм. На його думку, «специфіка заохочувальних приписів полягає у стимулюванні сумлінного виконання засудженим нормативних обов'язків, які покладені на нього у зв'язку з учиненням злочину», на відміну від цього за допомогою НДК держава, що керується пріоритетами інтересів суспільства та загальнолюдських цінностей, що охороняються кримінальним законодавством, дозволяє (допускає) компроміс з особою, яка вчинила той чи інший злочин, у вигляді гарантії звільнення від кримінальної відповідальності або пом'якшення міри покарання, у обмін на його позитивні вчинки, перелік яких передбачений у цих нормах; 2) *характером і обсягом* благ, передбачених для суб'єктів цих норм. Заохочувальним нормам притаманне або умовне незастосування покарання, або скорочення покарання, або пом'якшення режиму його відбування, що ж стосується НДК, то вони передбачають повне і безумовне звільнення суб'єктів цих норм від кримінальної відповідальності; 3) *колом осіб*, до яких ці норми застосовуються. Так, якщо НДК можуть бути застосовані до будь-якої особи, яка вчинила той чи інший злочин, але в точності виконала всі умови, визначені у законі, то заохочувальні норми можуть застосовуватися лише до обмеженого кола осіб, вирок щодо яких вступив у законну силу, і не зафіксовані ознаки особливої суспільної небезпеки цієї особи; 4) *станом судимості*. Застосування НДК не спричиняє судимості особи, на від-

¹ Див.: Аликперов Х. Д. Освобождение от уголовной ответственности. – Воронеж, 2001. – С. 15–16.

міну від заохочувальних норм, що, як правило, породжують зазначений правовий стан; 5) *підставами застосування*. Заохочувальні норми можуть застосовуватися «авансом», за умови, що особи у майбутньому вчинять визначені вчинки чи утримаються від інших, а НДК — лише до осіб, які вчинили визначені у законі вчинки; 6) *правоохоронний суб'єкт* заохочувальних норм має право, а не обов'язок заохочення засудженої особи, а отже, засуджений, який вчинив схвальний законом вчинок, не наділений правом вимагати той чи інший вид заохочення, а орган, що виконує покарання, або службова особа не зобов'язані за вимогою засудженого видавати акт призначення заохочення. Застосування ж НДК є виключною компетенцією органів попереднього слідства, прокуратури та суду; 7) *умовністю чи безумовністю застосування*. Заохочувальні норми у всіх випадках застосовуються умовно і можуть протягом визначеного судом часу скасовуватися, якщо особа, щодо якої вони застосовані, систематично порушує громадський порядок. НДК ж, на погляд цього дослідника, застосовуються до особи незалежно від того, чи порушує вона громадський порядок, чи застосовувались до неї засоби адміністративного або громадського впливу, рішення про застосування НДК не переглядається за цих підстав; 8) *періодом вчинення дії*. Заохочувальні норми враховують, головним чином, постсудову, пенітенціарну, а у ряді випадків, постпенітенціарну поведінку засудженого, тоді як для застосування НДК вирішальне значення має безпосередня посткримінальна поведінка особи в період провадження по справі; 9) *мотивацією поведінки*. Для заохочувальних норм мотивація поведінки засудженого не має кримінально-правового значення, тоді як для застосування НДК мотивація вчинків має суттєве значення для вирішення питання про наявність підстав для цього¹. Вищезазначені розмежувальні ознаки, на думку Х. Д. Алікперова, неминуче свідчать про НДК як самостійний інститут, який має специфічні функції у кримінально-правовому регулюванні та є відмінним від заохочувальних норм.

Протилежну думку висловлює інший дослідник компромісних норм Г. О. Усатий, який закликає не ототожнювати цей нетрадиційний інститут з *величезним розмаїттям заохочувальних норм* (виділено мною. — П. Х.). Компромісні норми, на його думку, гарантують особі, яка вчинила злочин, звільнення від кримінальної відповідальності або пом'якшення покарання за умови виконання нею визначених законом позитивних пост-

¹ Див.: Алікперов Х. Д. Преступность и компромисс. — Баку, 1992. — С. 56–62.

кримінальних вчинків, які сприяють реалізації основних завдань кримінально-правової боротьби зі злочинністю¹. «Характерною ознакою компромісних норм, — вказує Г. О. Усатий, — є два елементи: 1) схвалювана кримінальним законодавством поведінка винної у вчиненні злочину особи, яка виконала всі передбачені нормою вимоги та 2) звільнення її від кримінальної відповідальності (або пом'якшення їй покарання)»².

Цей автор на підставі «найбільш вдального і найновішого визначення заохочувальних норм», що зроблене Х. Д. Алікперовим ще у 1992 р., дійшов висновку, що «ототожнення компромісних та заохочувальних норм є грубою, неприпустимою помилкою». З цієї думкою Г. О. Усатого слід погодитися, але не з наведених автором міркувань. Дослідник відносить до компромісних норм виключно т. з. «спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності». Проте щодо заохочувальних норм кримінального законодавства висловлює декілька взаємовиключних положень. Так, Г. О. Усатий вважає, що компромісні норми, на відміну від заохочувальних, які ставлять за мету виправлення і перевиховання злочинців (виділено мною. — П. Х.), основною метою мають сприяння реалізації головних завдань кримінально-правової боротьби зі злочинністю, за допомогою особи, яка вчинила злочин. Далі він зазначає, що компромісні норми, на відміну від заохочувальних норм, не вимагають від суб'єктів кримінально-правового конфлікту (злочину) наднормативної поведінки або досягнення встановлених результатів, що перевищують звичайні вимоги³ (виділено мною. — П. Х.). Таким чином, суттєво обмежується сфера дії цих норм тим, що заохочувальними штучно визнаються тільки норми, які стимулюють виправлення та перевиховання засуджених (ч. 4 ст. 74, ст. 75, ст. 78, ст. 81, ст. 82, ч. 1 ст. 91, ст. 104, ст. 105, ст. 107, ч. 3 ст. 108 КК).

На наш погляд, виокремлення із дійсно «величезного розмаїття заохочувальних норм» як самостійного різновиду компромісних норм чи НДК має штучний, неприродний характер. «Чому ж, — запитує Н. С. Шатихина, — окремі різновиди заохочувальних норм не викликають такого гострого неприйняття, яке виникає при обговоренні ознак інституту компромісу в цілому?» Сама ж дослідниця знаходить, на наш погляд, тільки частину відповіді на своє запитання. З тих чи інших при-

¹ Див.: Усатий Г. Можливості кримінально-правового компромісу в боротьбі з організованою злочинністю // Юридична Україна. – 2003. – № 2. – С. 30.

² Усатий Г. О. Кримінально-правовий компроміс. – К., 2001. – С. 57.

³ Там само. – С. 88–90.

чин інституту компромісу надають подвійну природу: з одного боку, він розглядається як такий собі механізм, що працює у напрямі діалектичного самообмеження кримінальним законом сфери й інтенсивності свого застосування, з іншого — як прагнення законодавця зацікавити частину громадян в активній участі в боротьбі із злочинністю, інших — спонукати до добровільної відмови від злочину, а тих, хто вже вчинив злочин, — до співпраці з органами кримінальної юстиції в обмін на їх безумовне звільнення від кримінальної відповідальності чи можливості такого звільнення або фіксованого зниження покарання¹.

Інша частина проблеми неприйняття компромісних норм полягає у порушенні аксіоматичного положення про своєрідність предмета та методу правового регулювання групи норм, що претендують на самостійний статус у кримінальному законодавстві². Прихильники компромісних норм гіперболізують компроміс як засіб вирішення кримінально-правового конфлікту. Компроміс (від лат. *compromissum* — угода, договір) є угодою між представниками різних інтересів на основі взаємних поступок³. Майже всі ці автори посилаються на нібито ідеологічний характер постулату, що держава повинна вести безкомпромісну боротьбу з усіма видами злочинів на її території⁴. Проте цей постулат не має ідеологічного забарвлення та черпає свої витоки з публічної природи кримінального права. Публічне право є правом держави, як виключно домінуючого суб'єкта, на чітке визначення виду і обсягу повноважень чи обов'язків інших суб'єктів кримінально-правових відносин. У цьому аспекті має рацію Ю. А. Тихомиров, що публічне право забезпечує гармонію та узгодженість у суспільстві, баланс інтересів особи, колективу, спільнот і суспільства в цілому, стабільність держави та її інститутів, стійкість засад економічного та соціального розвитку⁵. Не торкаючись тут різних концепцій публічного права, зазначимо, що найбільш вдалою вважаємо позицію О. І. Харитонової, що серед інших ознак вказує на забезпечення пріоритету інтересів держави й суспільства; домінування владного суб'єкта у правовідношенні; підкорення інтересів інших суб'єктів встановленим «правилам гри»;

¹ Див.: *Шатихина Н. С.* К вопросу об уголовно-правовой природе компромисса // *Правоведение*. – 2003. – № 3. – С. 90–91.

² Див.: *Хряпінський П. В.* Інститут заохочувальних норм у системі кримінального законодавства України // *Вісник Академії адвокатури України*. – 2007. – № 1. – С. 101.

³ *Юридична енциклопедія: В 3 т. – К., 2001. – С. 196–197.*

⁴ Див.: *Верещак В. М.* Судовий компроміс у кримінальному судочинстві // *Вісник Верховного Суду України*. – 2000. – № 1. – С. 41.

⁵ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. – М., 1995. – С. 32.

імперативний метод правового регулювання тощо¹. Імперативний метод визначає пріоритетне становище держави у кримінально-правових відносинах, беззаперечне підкорення іншого суб'єкта відносин завданням «правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам». А відтак, владний суб'єкт у особі держави не може вступати у компроміс із злочинцем в обмін на будь-які вчинки з його боку. Інша річ, установлення заохочувальних приписів, у яких держава схвалює й стимулює іншого суб'єкта до правомірної, суспільно корисної поведінки у спосіб, який чітко визначає взаємні права та обов'язки у виникаючих правовідносинах.

Системоутворювальною ознакою інституту заохочувальних норм є особливий метод правового регулювання, що полягає у стимулюванні правомірної, суспільно-схвальної поведінки особи у кримінальному праві. Він формує предметну однорідність інституту заохочувальних норм і визначає напрям його розвитку. Природно, що саме метод стимулювання правомірної, соціально-схвальної поведінки визначає наявність заохочувальних приписів у цілому ряді предметних інститутів Загальної частини КК: принципи кримінального закону, кримінальній відповідальності, стадії вчинення злочину, обставини, що виключають злочинність діяння, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від кримінального покарання, а також Особливої частини КК, що формуються на єдності родового об'єкту злочину, та збігається з відповідними розділами Особливої частини КК: злочини проти основ національної безпеки України, злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина, злочини у сфері господарської діяльності, злочини проти громадської безпеки, злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту, злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, злочини у сфері службової діяльності тощо.

Наявність специфічного предмета і методу правового регулювання є вирішальною ознакою самостійного інституту права. Заохочувальні норми реалізуються у межах своєрідних кримінально-правових відносин. Існування заохочувальних відносин, поряд з охоронними кримінально-правовими відносинами, котрі утворюють соціально-охоронну спрямованість крими-

¹ Див.: Харитонова О. І. До питання про визначення поняття публічного права // Актуальні проблеми політики. – 2000. – Вип. 8. – С. 178–179.

нального права, є природним, адже вони притаманними їм засобами, способами, прийомами забезпечують виконання спільного завдання. Заохочувальні норми органічно влітаються у тканину кримінально-правової матерії, утворюючи з іншими нормами цієї галузі права цілісну єдність, складне системне утворення, функціонування якого підкоряється вирішенню такого соціального завдання, як боротьба зі злочинністю¹.

Юридичними фактами, що обумовлюють появу заохочувальних правовідносин, є позитивна, соціально схвальна поведінка, передбачена відповідними кримінально-правовими нормами. За певних умов вони трансформують охоронні (стволові) правовідносини у позитивну площину, породжуючи внаслідок соціально схвальної поведінки особи, яка передбачена заохочувальними приписами, право або обов'язок держави, у вигляді уповноважених органів (судів), пом'якшити, звільнити чи взагалі виключити кримінально-правове обтяження. «Стимулюючі норми кримінального права, — слушно вказує В. О. Навроцький, — заохочують громадян до поведінки, бажаної для держави і суспільства. Одні з них містяться у статтях Загальної частини (норми, що усувають злочинність діяння, добровільну відмову, дієве каяття), інші — у статтях Особливої частини (норми про звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці)»².

Викладене дає підстави для **висновку**, що концепція компромісних норм (НДК) торпедує існуючий баланс заборонних та заохочувальних засобів кримінально-правового регулювання суспільних відносин, привносячи надумані, нежиттєздатні юридичні конструкції у кримінально-правову матерію. Дихотомія кримінального права є природним явищем, яке кримінальній відповідальності та покаранню протиставляє заохочення у вигляді виключення, звільнення або пом'якшення зазначеного кримінально-правового обтяження, а не компроміс.

Одним із пріоритетних напрямків **подальших розвідок** проблеми заохочувальних норм є значна кількість і розгалуженість заохочувальних приписів у Загальній та Особливій частинах КК. Існуюча ситуація не сприяє цілісному й системному уявленню про могутній арсенал і функціональні можливості заохочення позитивної, соціально схвальної поведінки у кримінальному законодавстві. Тому ми вважаємо за доцільне проведення відповідного дослідження стосовно виділення окремого розділу у Загальній частині КК, в якому передбачити системне об'єднання різних видів заохочувальних норм з метою їх упорядкування та вдосконалення.

¹ Див.: *Звечаровский И. Э.* Посткриминальное поведение: понятие, ответственность, стимулирование. – Иркутск, 1993. – С. 82.

² *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації. – К., 2006. – С. 72.

В. Єгорова, ад'юнкт кафедри кримінального права та кримінології Харківського національного університету внутрішніх справ

Обставини, що виключають злочинність діяння при проведенні дослідів над людиною

Із набранням чинності Кримінального кодексу України 2001 р. (далі — КК) значно розширено перелік злочинів, що посягають на систему охорони здоров'я населення і вчиняються переважно спеціальними суб'єктами — медичними та фармацевтичними працівниками. Однією з новел КК є визнання злочином діянь, відповідальність за які встановлена ст. 142 — «Незаконне проведення дослідів над людиною». Згідно з диспозицією цієї статті злочин полягає в незаконному проведенні медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною, якщо це створювало небезпеку для її життя чи здоров'я.

У медичній практиці нерідко виникають ситуації, коли за наявності відповідних підстав дії, що підпадають під ознаки злочину, передбаченого ст. 142 КК, можуть визнаватися суспільно корисними і правомірними. Водночас і при законному проведенні таких дослідів часто заподіюється шкода життю та здоров'ю людини, і тому виникає питання, під ознаки якої з обставин, що виключають злочинність діяння, підпадають такі вчинки.

У більшості випадків медична діяльність пов'язана з необхідністю порушення анатомічної цілісності тканин людини шляхом безпосереднього хірургічного втручання в її організм або із медикаментозним впливом на її органи та системи. Але таке втручання є вимушеним і разом з тим необхідним заходом, застосовується заради збереження чи поліпшення здоров'я людини, що робить його схожим з діями у стані крайньої необхідності. У той же час медичне втручання пов'язане з високим ступенем ризику, з неможливістю передбачити з повною достовірністю наслідки такого втручання, які можуть бути суспільно небезпечними, завдавати шкоди життю та здоров'ю людини. При цьому лікарі йдуть на ризик заради досягнення суспільно корисної мети. У такому разі вказані дії підпадають під ознаки діяння, пов'язаного з ризиком. Зазначену сукупність двох обставин, що виключають злочинність діяння, у професійній медичній діяльності відмічає і І. Вінер¹.

¹ Див.: Современные тенденции развития социалистического уголовного права. — М., 1983. — С. 72.

Медичний експеримент як складова частина медичної діяльності також може поєднувати у собі ознаки двох обставин, що виключають злочинність діяння: крайньої необхідності та діяння, пов'язаного з ризиком. Така ситуація потребує відповідного вирішення, адже в кожному конкретному випадку необхідно точно встановити зміст усіх ознак, за наявності яких виключається злочинність діяння, і відповідно обставину, яку вони утворюють. У деяких випадках вчинене може дістати правильну і повну правову оцінку тільки шляхом застосування двох обставин, разом узятих (так звана сукупність обставин). На необхідності точного встановлення виду обставин, які виключають злочинність діяння, наголошує і В. О. Навроцький, зазначаючи, що умови правомірності заподіяння шкоди щодо різних обставин різні, і визнання наявності «не тієї обставини» може спричинити помилкове рішення щодо правомірності чи злочинності вчиненого діяння¹.

Не вдаючись до детального розгляду підстав та ознак крайньої необхідності і діяння, пов'язаного з ризиком, при проведенні цього дослідження автор керувався метою вирішити питання, яка саме обставина і за яких умов може бути підставою для виключення кримінальної відповідальності за проведення дослідів над людиною: крайня необхідність чи діяння, пов'язане з ризиком, або обидві ці обставини у сукупності.

Медичну діяльність як виконання професійних обов'язків відносять до обставин, що виключають злочинність діяння, М. С. Таганцев², А. А. Пионтковський³, М. Д. Шаргородський⁴, П. П. Андрушко⁵, Ю. В. Баулін⁶ та інші вчені. Окремі науковці розглядають професійну діяльність як складову частину субінституту обгрунтованого ризику⁷. А деякі вче-

¹ Див.: *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К., 2006. – С. 510.

² Див.: *Таганцев Н. С.* Лекции по русскому уголовному праву. Часть общая. – СПб, 1888. – Вып. 2. – С. 542.

³ Див.: *Пионтковский А. А.* Учение о преступлении по советскому уголовному праву. – М., 1961. – С. 411.

⁴ Див.: *Шаргородский М. Д.* Преступления против жизни и здоровья. – М., 1947. – С. 218.

⁵ Див.: *Андрушко П. П.* Юридическая природа и значение исполнения приказа и выполнения профессиональных функций в советском уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1987. – С. 20.

⁶ Див.: *Баулин Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Х., 1991. – С. 20.

⁷ Див.: *Мазин П., Битеев В., Пономарев Г.* Обоснованный риск: проблемы толкования и практического применения // Уголовное право. – 2002. – № 1. – С. 27.

ні взагалі пропонують виділити виконання професійних обов'язків в окрему обставину, що виключає злочинність діяння¹.

Не погоджується з цим М. Й. Коржанський. На його думку, виконання професійних функцій не належить до обставин, що виключають злочинність діяння, оскільки така обставина не передбачена чинним законодавством і має зовсім іншу юридичну природу². Саме для вирішення таких дискусійних питань наукою кримінального права вироблено загальне поняття обставин, що виключають злочинність діяння³. Однією з ознак обставин (хоча і не головною) є передбаченість таких вчинків КК та іншими нормативно-правовими актами. Виконання професійних функцій закріплено в законодавстві про охорону здоров'я як обов'язок, що є необхідною умовою лікарської діяльності взагалі. Виконання професійних функцій підпадає і під інші ознаки обставин, що виключають злочинність діяння, тому говорити про іншу юридичну природу такої обставини та її непередбаченість чинним законодавством, на нашу думку, не можна.

Зі свого боку зазначимо, що медичний експеримент у науковій літературі розглядають по-різному: одні — як професійний ризик та крайню необхідність⁴, інші — як діяння, пов'язане з ризиком⁵.

За юридичною формою виконання професійних обов'язків медичним працівником є різновидом виконання правового обов'язку, адже лікар не має права відмовитися від хірургічного втручання за наявності для того підстав. Але щодо застосування нових (експериментальних) методів лікування лікар здійснює власне суб'єктивне право, що є факультативним.

¹ Див.: *Келина С.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния: понятие и виды // Уголовное право. — 1999. — №3. — С. 8; *Орешикина Т.* Обоснованный риск в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния // Уголовное право. — 1999. — № 1. — С. 24; *Михайлов В.* Выполнение профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. — 2002. — № 2. — С. 52.

² Див.: *Коржанський М. Й.* Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій. — К., 1996. — С. 217.

³ Див.: *Баулін Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. — Х., 1991. — С. 41; *Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація.* — К., 2005. — С. 284.

⁴ Див.: *Ардашева Н.* Понятие эксперимента в медицине и защита прав человека // Государство и право. — 1995. — № 12. — С. 105–106.

⁵ Див.: *Глушков В. А.* Ответственность за преступления в области здравоохранения: Монография. — К., 1987. — С. 81.

тивним видом правомірної поведінки, тобто саме від розсуду суб'єкта залежить: будуть застосовані нові методи чи ні, — і за відмову від застосування експериментальних методів особа не несе юридичної відповідальності. Таким чином, проведення дослідів над людиною є правом, а не обов'язком лікаря. Зазначене право лікаря закріплене у статтях 44, 45 Основ законодавства України про охорону здоров'я¹. Так, у ст. 44 зазначено: «в інтересах вилікування хворого та за його згодою ... лікар **може** застосовувати нові, науково обгрунтовані, але ще не допущені до загального застосування методи діагностики, профілактики, лікування та лікарські засоби». А у статті 45 Основ закріплено, що застосування медико-біологічних експериментів на людях **допускається** при дотриманні наведених умов.

Щодо застосування традиційних методів лікування, то законом передбачено обов'язок лікаря. Так, ч. 1 ст. 44 вказаного Закону містить указівку на те, що в медичній практиці лікарі **зобов'язані** застосовувати методи профілактики, діагностики і лікування та лікарські засоби, дозволені Міністерством охорони здоров'я України.

У науковій літературі існують точки зору про можливість «ідеальної сукупності» виконання професійних обов'язків і здійснення суб'єктивного права. Так, М. С. Грінберг зазначає, що «якщо в процесі виконання обов'язків хірурга виникає ситуація, яка потребує вдатися до професійного ризику, то в такому випадку має місце «ідеальна сукупність» виконання професійних обов'язків і здійснення права на ризик»².

При викладенні власної позиції щодо юридичної природи проведення дослідів над людиною вважаємо за доцільне зауважити, що нормами міжнародного права вироблена класифікація дослідів над людиною за їхнім цільовим призначенням на такі види: клінічні (терапевтичні), тобто пов'язані із застосуванням нових методів та засобів лікування хворих, та неклінічні (науково-дослідні), що мають суто наукову мету без прямого діагностичного чи лікувального впливу на піддослідних осіб³. В українському законодавстві така класифікація закріплена у ст. 45 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Так, при визначенні за-

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19. 11. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 4. — Ст. 19.

² Див.: Грінберг М. С. Проблема производственного риска в уголовном праве. — М., 1963. — С. 129–130.

³ Див.: Гельсінська декларація: рекомендації для лікарів, що проводять біомедичні досліді над людиною // Права человека и профессиональная ответственность врача в документах международных организаций. — К., 1996. — С. 12–14.

борони на проведення експерименту на хворих, ув'язнених або військовополонених згадуються саме науково-дослідні експерименти, а на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою досліду, заборонено проведення терапевтичного експерименту.

При проведенні терапевтичного досліді лікар чинить вплив на організм людини з метою усунення небезпеки, яка безпосередньо загрожує життю і здоров'ю хворого. Як зазначає Ю. В. Баулін, залежно від джерела небезпеки безпосередність загрози може характеризуватися в одних випадках як можливість заподіяння шкоди негайно, в інших — через деякий час¹. Джерелом небезпеки тут є тяжка хвороба чи інші патологічні процеси в організмі людини, що існують об'єктивно, незалежно від волі винного (об'єктивна небезпека), і які можуть бути або швидкоплинними, реалізовуватися в заподіяння шкоди негайно, або характеризуватися повільним розвитком. Швидкоплинні процеси без негайного медичного втручання можуть привести до смерті особи чи іншої тяжкої шкоди здоров'ю. В ситуації, коли традиційні методи лікування не здатні допомогти, лікар застосовує експериментальні методи (навіть з порушенням вимог закону щодо правомірності такого досліді) як крайній захід, що може, на його думку, зберегти життя та здоров'я людини.

Водночас при проведенні терапевтичних дослідів, що не потребують невідкладного втручання, у тому числі у випадках уповільненого перебігу захворювання, об'єктивна небезпека існує, але відсутня потреба в негайному її усуненні. Крайня необхідність у даному випадку обумовлена обставинами, за яких особа вимушена вдатися до заподіяння шкоди шляхом застосування експериментальних методів як до виняткового, крайнього способу усунення небезпеки, оскільки інші традиційні методи лікування виявилися неефективними. Отже, є достатні підстави вважати, що заподіяння шкоди життю чи здоров'ю хворого в результаті терапевтичного досліді має ознаки крайньої необхідності.

Проте, застосовуючи експериментальні методи, лікар одночасно йде на ризик. Ризик — це завжди небезпека виникнення несприятливих наслідків, щодо яких достеменно невідомо, настануть вони чи ні². Як бачимо, у діянні особи, що проводить терапевтичний досліді, вбачаються ознаки як крайньої необхідності, так і діяння, пов'язаного з ризиком.

¹ Див.: *Баулін Ю. В.* Обстоятельства, исключющие преступность деяния. — Х., 1991. — С. 304.

² Див.: *Собчак А. А.* О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности // *Правоведение.* — 1968. — № 1. — С. 55.

Чи має тут місце сукупність указаних обставин? При невідкладному терапевтичному досліді особа не має можливості вжити необхідних запобіжних заходів з метою відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам, що виключає виправданість ризику. Сукупності тут немає. Кваліфікація за сукупністю двох обставин можлива лише при проведенні терапевтичного досліді, що не потребує невідкладного втручання. Наявність сукупності, на нашу думку, повинна впливати на межі заподіяння шкоди та відповідальність за їх перевищення. Як відомо, при виправданому ризику будь-яка завдана шкода визнається правомірною, а при крайній необхідності існують певні межі заподіяння шкоди, за умови перевищення яких особа несе відповідальність. При застосуванні ризикованих методів лікування в умовах крайньої необхідності межі заподіяння шкоди повинні встановлюватися відповідно до положень ст. 39 КК України. Однак наявність сукупності обставин, що виключають злочинність діяння, вказує на більш значний ступінь суспільної корисності таких вчинків, що має враховуватися судом при призначенні покарання у разі перевищення меж заподіяння шкоди.

Деяко інша ситуація виникає при проведенні дослідів з науковою метою. Досліди з науковою метою, на відміну від терапевтичних, проводяться на здорових людях. У такому разі дослідник своїми діями створює небезпеку для життя і здоров'я піддослідного, якої раніше не існувало, і потерпілому ніщо не загрожувало. Саме дії особи, що проводить дослід з науковою метою, і виступають джерелом небезпеки (суб'єктивна небезпека). Про таку відмінність у джерелах небезпеки при крайній необхідності і професійному ризику говорить і С. Г. Келіна. Вона зазначає, що стан крайньої необхідності породжується непереборною силою, діями третіх осіб, а ситуація професійного ризику виникає внаслідок активної поведінки самої особи, що свідомо йде на ризик¹.

Обумовленість загрози життю та здоров'ю людини діями експериментатора свідчить про відсутність підстави крайньої необхідності. Проведення дослідів з науковою метою за наявності підстави — виправданості ризику — слід відносити до діяння, пов'язаного з ризиком. Тому ми не погоджуємося з позицією В. О. Глушкова, який вважає медичний експеримент різновидом тільки лікарського ризику, а до крайньої необхідності відносить лише окремі лікувально-профілактичні заходи, що проводяться у виняткових випадках².

¹ Див.: Келіна С. Г. Профессиональный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Советская юстиция. — 1988. — № 22. — С. 15.

² Див.: Глушков В. А. Ответственность за преступления в области здравоохранения: Монография. — К., 1987. — С. 83.

На думку В. О. Навроцького, при оцінці діяння, пов'язаного з ризиком, не можна обійтися без положень, закріплених у Кримінальному кодексі щодо крайньої необхідності¹. Сумнівною, на наш погляд, є позиція вченого, що ризик є своєрідним способом запобігання ситуації крайньої необхідності, коли відвертається абстрактна, віддалена небезпека, щоб не допустити її переростання у реальну². Дійсно, коли дослідник застосовує запобіжні заходи, небезпека для нього є абстрактною, такою, що настане в майбутньому, але при проведенні досліді дослідник своїми діями створює не абстрактну, а реальну небезпеку для правоохоронюваних інтересів. При ризику запобіжні заходи відвертають не абстрактну небезпеку, а є діями, спрямованими на усунення шкоди, яка може бути заподіяна внаслідок саме реальної загрози.

Як зазначає Ю. М. Ткачевський, виправданий ризик може поєднуватися з крайньою необхідністю³. Дійсно, ми вважаємо, що при проведенні дослідів з науковою метою в деяких випадках можлива сукупність діяння, пов'язаного з ризиком, та крайньої необхідності. Так, якщо ризиковане діяння не привело до очікуваного результату і виникла небезпека, що безпосередньо загрожує, виникає стан крайньої необхідності⁴. Однак ми не поділяємо думку В. О. Навроцького, що заподіяння шкоди у такому випадку оцінюється з урахуванням положень ст. 39 КК⁵. На нашу думку, якщо дії особи при виправданому ризику привели до ситуації крайньої необхідності і подальшого заподіяння шкоди, то оцінювати шкоду потрібно з урахуванням положень ст. 42 КК. У протилежному випадку ми незаконно розширюємо межі карального впливу держави на особу, що завдала шкоди.

Оскільки небезпека при крайній необхідності характеризується наявною, безпосередньою загрозою правоохоронюваним інтересам, і тільки впродовж існування такої небезпеки має місце стан крайньої необхідності, то особа, що проводить невідкладний терапевтичний дослід, має мінімальний проміжок часу на обміркування своїх дій. У тако-

¹ Див.: *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К., 2006. – С. 507.

² Там само. – С. 507.

³ Див.: *Ткачевський Ю. М.* Оправданный профессиональный и производственный риск как обстоятельство, исключающее уголовную ответственность // Вест. Москов. ун-та. Сер. 11. Право. – 1991. – № 3. – С. 18.

⁴ Див.: *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К., 2006. – С. 507.

⁵ Там само.

му випадку планування та вчинення будь-яких підготовчих дій виключається, як і виключається виправданість ризику, оскільки однією з умов виправданості ризику є вжиття особою заходів для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам. При цьому особа обгрунтовано розраховує на ці заходи як на достатні. Так, перед проведенням досліду особа може вчинити низку підготовчих дій для забезпечення безпеки життя та здоров'я піддослідної особи, наприклад, підготувати препарати, що нейтралізують дію шкідливих речовин, проінструктувати осіб, які беруть участь у проведенні досліду, підготувати та перевірити необхідне устаткування, розробити чіткий план дій тощо. Такі запобіжні заходи мінімізують небезпеку, так би мовити, корегують її розмір. У зв'язку з цим окремими вченими висловлюються думки, що право на ризик має не будь-який громадянин, а лише той, хто професійно займається такою діяльністю і здатний забезпечити дотримання необхідних умов безпеки¹. Зважаючи на те, що у ст. 42 КК України однією з умов виправданості ризику закріплено вжиття заходів, які є достатніми для відвернення шкоди, ми цілком погоджуємося з указаною позицією. Тільки особа, що професійно займається певною діяльністю, здатна визначити, які заходи є достатніми та чи можна на них розраховувати.

У свою чергу М. В. Анчукова зазначає, що запобіжні заходи можуть вживатися як до вчинення ризикованого діяння, так і паралельно з ним. При цьому обираються заходи, що відповідають сучасному рівню науково-технічних знань та досвіду². Ряд науковців відповідність вчиненого діяння сучасним науково-технічним знанням та досвіду виділяють як одну з умов виправданості ризику³. Як слушно зауважує

¹ Див.: *Сахаров А. Б.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность // Советское государство и право. – 1987. – № 11. – С. 117.

² Див.: *Анчукова М. В.* Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12. 00. 08) / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С. 12.

³ Див.: *Келина С. Г.* Профессиональный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Советская юстиция. – 1988. – № 22. – С. 15; *Ткачевский Ю. М.* Оправданный профессиональный и производственный риск как обстоятельство, исключающее уголовную ответственность // Вест. Москов. ун-та. Сер. 11. Право. – 1991. – № 3. – С. 17; *Гринберг М. С.* Об обстоятельствах, исключающих преступность деяния // Социалистическая законность. – 1989. – № 3. – С. 29; *Самороков В. И.* Риск в уголовном праве // Государство и право. – 1993. – № 5. – С. 109; *Мельникова В.* О профессиональном и хозяйственном риске // Советская юстиция. – 1989. – № 22. – С. 23; *Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования.* – М., 1987. – С. 134–135.

А. Б. Сахаров, новаторські дії можуть випереджати науково-технічні знання та досвід, але не повинні прямо їм суперечити¹. На нашу думку, закріплення такої умови виправданості ризику на рівні закону має велике значення, оскільки дозволить правоохоронним органам та суду відрізнити виправданий ризик від волонтаристських дій псевдонауковців.

Отже, на відміну від невідкладних терапевтичних дослідів, проведенню інших терапевтичних дослідів та дослідів з науковою метою може передувати тривала за часом стадія підготовки.

Заподіяння шкоди у ситуації ризику, як зазначає М. В. Анчукова, лише можливе, але ніяк не обов'язкове, на відміну від крайньої необхідності. При цьому відмова від ризикованого діяння не завжди пов'язана з настанням суспільно небезпечних наслідків, а при крайній необхідності наслідки повинні настати неминуче². Про те, що можливість настання шкідливих наслідків при ризику повинна бути ймовірною, а не завідомою, говорять також В. О. Глушков³ та О. І. Ющик⁴.

Якщо ризиковані дії з неминучістю призведуть до заподіяння шкоди, і це винна особа усвідомлює, виправданість ризику виключається. Про це прямо зазначається у ч. 3 ст. 42 КК: «ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій». Отже, при ризику не повинно бути завідомості створення загрози настання суспільно небезпечних наслідків. Термін «завідомість» означає спосіб вказівки в законі на те, що суб'єкт при здійсненні діяння наперед знав про наявність тих або інших обставин, тобто він достовірно знав про ці обставини⁵.

Як уже зазначалося, неминучість заподіяння шкоди має місце у стані крайньої необхідності. У свою чергу можемо додати, що при крайній необхідності має місце завідомість загрози життю і здоров'ю людини.

¹ Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. – М., 1987. – С. 134–135.

² Див.: *Анчукова М. В.* Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12. 00. 08) / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С. 11–12.

³ Див.: *Глушков В. А.* Ответственность за преступления в области здравоохранения: Монография. – К., 1987. – С. 81.

⁴ Див.: *Ющик О. І.* Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12. 00. 08) / Одеська нац. юрид. акад. – Одеса, 2004. – С. 11.

⁵ Див.: *Рарог А. И.* Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб., 2003. – С. 60.

Так, при проведенні невідкладного терапевтичного дослідження лікар, застосовуючи експериментальні методи лікування, завідомо створює загрозу життю і здоров'ю людини з метою усунення джерела небезпеки (захворювання чи травми). Заподіяння тяжких наслідків хворому, у тому числі смерті, внаслідок таких дій у більшості випадків співрозмірне з небезпекою, що загрожувала його життю чи здоров'ю.

Як зауважує О. І. Ющик, при крайній необхідності у особи немає іншого вибору, крім завдання певної шкоди, а в ситуації діяння, пов'язаного з ризиком, є вибір між традиційними і ризикованими засобами відвернення шкоди¹. Так, при проведенні невідкладного терапевтичного дослідження інші, крім заподіяння шкоди, варіанти поведінки вичерпані, і залишається лише один, останній можливий варіант поведінки. При проведенні інших дослідів у розпорядженні суб'єкта поряд з ризиком є інші варіанти поведінки. Отже, при вчиненні діяння, пов'язаного з ризиком, існує декілька варіантів усунення небезпеки, а при крайній необхідності — тільки один.

Вищевикладене дозволяє зробити такі висновки. По-перше, при вирішенні питання про кваліфікацію діяння по проведенню дослідження над людиною як учиненого у стані крайньої необхідності чи в умовах виправданого ризику необхідно враховувати такі умови: джерело виникнення небезпеки (об'єктивна чи суб'єктивна), наявність чи відсутність підготовчих дій, ступінь ймовірності заподіяння шкоди та можливість вибору варіантів поведінки. По-друге, в окремих випадках при проведенні дослідження має місце сукупність крайньої необхідності та виправданого ризику, оскільки в діянні містяться ознаки, що відповідають вказаним обставинам.

Останні досягнення медичної науки та її стрімкий розвиток обумовлюють нагальну потребу в кримінально-правовій охороні прав та інтересів людини при проведенні дослідів над нею. Отже, наукові розробки в цьому напрямі продовжуватимуться і надалі.

¹ Див.: Ющик О. І. Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12. 00. 08) / Одеська нац. юрид. акад. – Одеса, 2004. – С. 10.

В. Михайлов, кандидат юридичних наук,
доцент, Заслужений юрист Російської
Федерації

Ситуації правомірної шкоди (обставини, що виключають злочинність діяння) за кримінальним законодавством держав СНД

Відповідно до кримінального законодавства країн СНД винне заподіяння шкоди відносинам, охоронюваним законом, є злочином і спричиняє застосування до винного кримінального покарання. Однак об'єктивно заподіяння такої самої шкоди при необхідній обороні й в інших аналогічних ситуаціях за кримінальним законом держав СНД визнається правомірним¹.

Аналіз законодавства і літератури показує, що всі реально регульовані кримінальним законом види відносин об'єднує те, що вони породжуються заподіянням шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Так, розлад здоров'я, порушення прав громадян та організацій, заподіяні при необхідній обороні, так само як і злочинною дією, однаково оцінюються як шкода. Тому категорія шкоди посідає головне місце в цілому в кримінальному законі та у структурі окремих його категорій та інститутів. У зв'язку з цим предмет кримінального закону не вичерпується «злочином і покаранням»², а містить зокрема, відносини правомірної шкоди (відносини, що виникають у зв'язку із заподіянням шкоди в обставинах, які виключають злочинність діяння)³.

Водночас у літературі висловлюються погляди, що кримінальні правовідносини, які породжуються правомірними шкідливими діяннями, не регулюються кримінальним законом, тому що, за цією думкою, пред-

¹ Див.: Михайлов В. И. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном законодательстве государств СНГ // Законодательство. – 2003. – № 7. – С. 73 – 82.

² Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Харьков, 1991. – С. 119; Пименов В. А. Проблемы борьбы с общественно опасными посягательствами средствами уголовного права // Российский ежегодник уголовного права. – СПб., 2007. – № 1. – С. 108 – 120.

³ Див.: Михайлов В. И. Вред и его регулирование в уголовном законе // Государство и право. – 2007. – № 2. – С. 61 – 67.

метом кримінального права виступають лише злочин і покарання¹. Таку позицію не можна визнати переконливою, насамперед тому, що її прихильники не враховують, що кримінальний характер правовідносин визначається, передусім, тим, що вони виникають із приводу заподіяння шкоди об'єкту охорони кримінального закону, а не тим, яким саме шкідливим способом заподіяна шкода.

У кримінальних законах країн СНД диспозиція відповідних статей, у яких відбиті ситуації правомірної шкоди, сконструйована з використанням прийому заперечення (не є злочином). Ознаки ситуацій, у яких заподіяння шкоди визнається правомірним, сконструйовані таким чином, що в них закріплені винятки з тих випадків, коли заподіяння шкоди є злочином. Це зумовлює видовий зв'язок і збіги багатьох сторін правомірного шкідливого діяння і злочину.

Така позиція знаходить висвітлення в літературі. Так, О. В. Барков, Ю. В. Баулін, М. М. Кропачев, В. А. Блінніков та інші включають до числа кримінальних правовідносин як самостійну групу відносини, що виникають у зв'язку із заподіянням шкоди при необхідній обороні, крайній необхідності та в інших ситуаціях правомірної шкоди².

Інші автори, не заперечуючи ту обставину, що відносини правомірної шкоди регулюються кримінальним законом, не визнають суверенного характеру цих відносин. Так, І. Е. Звечаровський вважає, що відносини, урегульовані інститутами необхідної оборони, крайньої необхідності, заподіяння шкоди при затриманні особи, яка вчинила злочин, не є самостійним елементом у предметі кримінального права, а регулюються нормами-заборами, в яких встановлена кримінальна відповідальність за заподіяння шкоди при перевищенні меж необхідної оборони і затриманні особи, яка вчинила злочин (статті 108, 114 КК РФ 1996 р.). На його думку, саме ці норми, а не ті, що передбачені в главі про обставини, що виключають злочинність діяння (статті 37 — 39 КК

¹ Див.: *Дурманов Н. Д.* Понятие преступления. – М.-Л., 1948. – С. 205–206; *Козак В. Н.* Вопросы теории и практики крайней необходимости. – Саратов, 1981. – С. 60–62.

² Див.: *Барков А. В.* К вопросу о сущности уголовных правоотношений // Проблемы уголовного права. – Минск, 1976. – С. 15–16; *Баулин Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – С. 119–128; *Кропачев Н. М.* Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб., 1999. – С. 123, 179; *Блинников В. А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. – Ставрополь, 2001. – С. 42–48.

РФ 1996 р.), встановлюють обов'язок додержуватися умов правомірності заподіяння шкоди при захисті правоохоронюваних інтересів¹.

Питання про кримінальну природу ситуацій правомірної шкоди також серйозно і докладно аналізував Ю. В. Баулін, який дійшов висновку, що правовідносини, які опосередковують правомірне заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони, маючи специфічні властивості, нетипові для інших кримінальних правовідносин, утворюють окрему групу специфічних охоронних кримінальних правовідносин².

Таким чином, кримінальні правовідносини правомірної шкоди входять до предмета регулювання кримінального закону, хоча і мають низку особливостей.

Зміст цих правовідносин зводиться до права, а в окремих випадках і обов'язку індивіда при виникненні відповідної ситуації діяти з метою забезпечення цілісності одних охоронюваних кримінальним законом відносин шляхом заподіяння шкоди іншим відносинам, також охоронюваним кримінальним законом, із дотриманням меж і умов правомірності. Встановлення соціально прийнятного для кожної із ситуацій співвідношення шкоди, що заподіюється, зі шкодою, що відвертається, здійснюється законодавцем.

У літературі висловлюються різні думки стосовно суб'єктів кримінальних правовідносин правомірної шкоди. Деякі автори вважають, що особа, яка здійснює своє право на необхідну оборону, вступає у правові відносини, з одного боку, з особою, яка посягає на інтереси людини, суспільства або держави і порушує відповідну кримінально-правову заборону, а з другого боку — з державою в особі суду і прокурорсько-слідчих органів, які компетентні визнати таку поведінку правомірною³. Інші, не погоджуючись з такими думками, обґрунтовано виходять з того, що в таких випадках суб'єктами кримінальних правовідносин виступає, з одного боку, заподіювач шкоди, а з другого — держава⁴.

¹ Див.: *Звечаровский И. Э.* Современное уголовное право России. – СПб., 2001. – С. 17 – 18.

² Див.: *Баулин Ю. В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – С. 119 – 120.

³ Див.: *Наутов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть. – М., 1996. – С. 5 – 10; *Савинов А. В.* Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 46.

⁴ Див.: *Блинные В. А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. – Ставрополь, 2001. – С. 43 – 45.

Дійсно, кримінальний закон, дозволяючи особі діяти навіть шляхом заподіяння шкоди, одночасно з цим покладає на державу обов'язок визнати такі дії правомірними. Стосовно третіх осіб ніяких прав або обов'язків у статтях закону, що закріплюють ситуації правомірної шкоди, не встановлюється. Зобов'язання перед третіми особами, що виникають у заподіювача шкоди, мають не кримінально-правове значення, а, зокрема цивільно-правове, у випадку заподіяння шкоди з перевищенням меж у ситуації крайньої необхідності.

У зв'язку з цим точка зору, відповідно до якої суб'єктами відносин правомірної шкоди виступають, з одного боку, особа, яка правомірно заподіяла шкоду, а з другого боку — держава, є більш обґрунтованою.

Загальне положення про право на дії, що спричиняють заподіяння шкоди, стосовно кожного випадку уточнюється розсудом відповідної особи. Надаючи можливість діяти шляхом, явно поєднаним із заподіянням шкоди, так само як і утриматися від таких дій, закон тим самим начебто надає індивідам право в конкретній обстановці «творити закон», забезпечуючи в такий спосіб локальний правопорядок.

Відносини з приводу правомірного заподіяння шкоди за своєю суттю є результатом реалізації суб'єктивних прав (при необхідній обороні, затриманні особи, яка вчинила злочин, крайній необхідності, психічному або фізичному примусі, виправданому ризику, згоди потерпілого, реалізації свого права) або обов'язків (при виконанні наказу або розпорядження, виконанні закону).

Обсяг шкоди, що заподіюється правомірно, залежить від правового статусу особи, яка розв'язує конкретну ситуацію, від її специфіки, свободи розсуду і деяких інших зовнішніх чинників. У ряді випадків законом або іншими нормативно-правовими актами на відповідну особу покладається обов'язок не допустити настання шкоди одним інтересам, охоронюваним кримінальним законом, навіть шляхом заподіяння шкоди іншим інтересам. Взаємозв'язок права на дії, що спричиняють завдання шкоди, і обов'язку діяти навіть шляхом заподіяння шкоди, має діалектичний характер, і тому у визначених законом випадках право на дії, пов'язані із заподіянням шкоди, трансформується в обов'язок виконувати вимоги закону. Так відбувається і у тих випадках, коли нешкідливими заходами, які наявні у даний момент у певної особи, не можна усунути небезпеку, недопущення якої входить до її службових функцій.

Дозвіл на заподіяння шкоди виникає з моменту фактичної появи ситуації, ознаки якої відображені в гіпотезі норм про необхідну оборону,

крайню ситуацію тощо, і є в наявності протягом усього періоду існування такої ситуації. Її зникнення спричиняє втрату права на шкідливі дії, і в цьому разі заподіяння шкоди є злочином і породжує охоронні правовідносини.

У разі злочинного заподіяння шкоди об'єкту охорони, ставлення держави до винного виражається у визнанні вчиненого ним діяння злочином і притягненні його до кримінальної відповідальності; ставлення особи, яка заподіяла шкоду, до держави виявляється в обов'язку зазнавати обмежень, обумовлених вчиненням злочину, і в праві вимагати застосування заходів кримінальної відповідальності, передбачених законом. Якщо ж шкоди завдано правомірно, то ставлення держави до особи, яка заподіяла таку шкоду, зводиться до визнання шкідливого діяння правомірним; ставлення особи — у праві на визнання заподіяної нею шкоди правомірною.

Правомірне заподіяння шкоди, разом зі злочинним, становить правову поведінку. У теорії виокремлюються різні сторони й ознаки правомірної поведінки. Так, В. В. Оксамитний вважає, що правомірна поведінка особи визначається її діяльністю у сфері соціально-правового регулювання, яка заснована на свідомому виконанні вимог норм права і виражається у формах дотримання, виконання і використання цих норм¹. І. Ю. Тихомиров вважає, що правомірна поведінка — це задоволення тієї чи іншої потреби, що вимагається або допускається правовою нормою. Конституція і закон не тільки передбачають, але і допускають правомірну поведінку, прямо не регламентовану нормою права².

Аналіз наведених вище поглядів показує, що всі автори, незважаючи на окремі різночитання, вказують, що правова правомірна поведінка стосується соціально значущих відносин, поставлених під захист кримінального закону, є корисною (бажаною або необхідною) або допустимою при розв'язанні соціально значущих ситуацій, урегульованою нормами кримінального й інших галузей права, писаними і неписаними правилами, що створюються окремими галузями науки і техніки, нормами, що регулюють діяльність окремих професій тощо, усвідомленою, що виявляється в дотриманні, виконанні і використанні законодавчих норм, має позитивну мотивацію.

¹ Див.: *Оксамитный В. В.* Правомерное поведение личности. – Киев, 1985. – С. 24.

² Див.: *Тихомиров Ю. И.* Теория закона. – М., 1982. – С. 148.

Характеризуючи вказані вище ознаки, слід зазначити, що для суспільства важливим є не будь-який вчинок людини, а лише ті дії, що спричиняють зміни важливих для соціуму суспільних відносин і об'єктивно піддаються нормативному впливу. У цьому і виявляється соціальна значущість (оцінка) поведінки.

Ключовим критерієм оцінки корисності шкідливого діяння є його значення для реалізації цілей суспільства на даному етапі його розвитку (захисту прав громадян, правопорядку, розвитку економіки, науки та ін.). Оцінка соціальної значущості (корисності або допустимості) певного шкідливого діяння обумовлена системою цінностей, що склалася в даному суспільстві і визначається тим, наскільки ці дії відповідають цілям соціуму, як безпосередньо при розв'язанні конкретної ситуації, так і з погляду його розвитку. Так, на думку Т. Ш. Атабаєвої, заподіяння шкоди при необхідній обороні є суспільно корисним у зв'язку з його спрямованістю на захист життя, здоров'я, власності громадян та законних інтересів суспільства і держави, що зазнали посягання, а також у зв'язку зі значенням такого діяння для запобігання злочинності¹.

Вимушене заподіяння шкоди, наприклад при крайній необхідності, також визнається правомірним у зв'язку з тим, що будь-яка кримінально-правова заборона може бути розрахована на можливість утримання індивіда від вчинення лише визначених дій у конкретній обстановці². Екстраординарність обставин, наявність небезпеки, необхідність прийняття термінових і надзвичайних заходів може ускладнити його можливості діяти конкретним чином. У таких випадках вплив юридичних заборон не здатний утримати індивіда від шкідливих діянь, особливо тоді, коли небезпека загрожує особистим інтересам. Тому, виходячи з реальних регулятивних можливостей права і необхідності відповідної юридичної оцінки соціальному уявленню про правильну поведінку, до правомірних належать не тільки бажані й обов'язкові, але і вимушено вчинювані шкідливі діяння. Подібний вид правомірної поведінки дістав назву соціально припустимого або суспільно прийнятного³. У більшості

¹ Див.: *Атабаева Т. Ш.* Необходимая оборона: теория, законодательство, практика применения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Томск, 2004. – С. 8.

² Див.: *Кудрявцев В. Н.* Правовое поведение: норма и патология. – М., 1982. – С. 196; *Кондратьев П. Е.* О пределах уголовно-правового регулирования общественных отношений // Проблемы уголовной политики: советский и зарубежный опыт. – Красноярск, 1990. – С. 29.

³ Див.: *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. – М., 1974. – С. 64 – 65; *Бурлай Е. В.* Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе. – Киев, 1987. – С. 15.

таких випадків суб'єкти усвідомлюють не тільки конкретну шкідливість вчинюваних ними дій, передбачають настання шкідливих наслідків і прагнуть саме такого результату, але і передбачають виникнення негативних наслідків для більш широкого кола суспільних відносин.

Це судження безпосередньо належить до аналізованих ситуацій, за яких в окремих випадках вчинки, що виключають злочинність діяння, дійсно не є суспільно корисними. Так, навряд чи корисним у всіх випадках може бути визнане заподіяння шкоди здоров'ю і майну потерпілого навіть за його згодою. Так само соціально неоднозначною є оцінка виправданого застосування зброї у ситуації необхідної оборони, що призвело до позбавлення життя малолітнього.

Таким чином, виходячи з реальних регулятивних можливостей права і необхідності відповідної юридичної оцінки соціальному уявленню про правильну поведінку, законодавець не встановлює кримінальної заборони на заподіяння шкоди у відповідних ситуаціях¹.

З точки зору кримінального закону, джерелом правомірної поведінки може бути тільки усвідомлене діяння людини, що виражається у формах дотримання, виконання і використання цих норм. У тих випадках, коли особа не усвідомлювала і за обставинами справи не могла усвідомлювати шкідливість своїх діянь і в даній обстановці не повинна була або не могла передбачати настання шкоди, а також у разі якщо особа, хоча і передбачала можливість заподіяння шкоди своїми діями, але внаслідок невідповідності своїх психофізіологічних якостей вимогам екстремальних умов або нервово-психічних перевантажень не могла їй запобігти, така поведінка, будучи незлочинною, не є правомірною.

Вчиняючи однакові за формою вчинки, люди нерідко керуються різними, часом прямо протилежними, мотивами і тим самим надають особистісного значення своїй поведінці. Відповідно і правова оцінка цих вчинків, що базується на принципі суб'єктивного ставлення, повинна бути різною. Заподіяння шкоди суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, породжене негативними мотивами, кваліфікується як злочин. В основі ж правомірного шкідливого діяння лежить позитивне або пробачливе ставлення діяча до існуючого в суспільстві порядку і до того, що в результаті таких дій відбувається деформація відносин, які охороняються кримінальним законом.

¹ Див.: Михайлов В. И. О социально-юридическом аспекте содержания обстоятельств, исключающих преступность деяния // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 64.

У такий спосіб кримінальний закон регулює кримінальні відносини правомірної шкоди, що обумовлені шкодою, завданою об'єктам охорони. Ці відносини є кримінальними, оскільки, по-перше, породжуються діями, що заподіяли шкоду об'єктам охорони кримінального закону; по-друге, виникають на основі норм кримінального закону, і, по-третє, сутнісно і юридико-технічно пов'язані зі злочином. Суб'єктами цих кримінальних праввідносин виступають, з одного боку, фізичні особи, які володіють відповідними правами й обов'язками і вчинюють шкідливі дії усвідомлено і під контролем волі, а з другого боку — держава.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

С. Зміївська, здобувачка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Щодо правової природи судової практики

Правова природа судової практики, її місце та роль у правовій системі завжди були актуальними проблемами юридичної науки. На початку ХХ ст. Л. І. Петражицький писав: «Багато хто вважає судову практику особливим джерелом права (видом позитивного права) нарівні зі звичайним правом і законами. Інші ж, не заперечуючи значення судової практики як джерела права, вважають її звичайним правом, як особливий вид особливого права. Деякі взагалі заперечують значення судової практики як джерела права, зазначаючи, що завдання судів у тому, щоб застосовувати чинне право, а не творити право»¹. Намагаючись побороти труднощі у визначенні правового статусу судової практики у формі роз'яснень вищих судових інстанцій, учені пропонували різні правові конструкції, за допомогою яких можна адекватно вирішити це питання, доводячи, що:

а) судова практика є джерелом права лише в тій частині, в якій вона відображена в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду;

б) судова практика є джерелом права в повному обсязі (рішення Конституційного Суду України, Верховного Суду України, інших судових інстанцій у конкретних справах);

в) судова практика незалежно від форм її вираження не є джерелом права.

Питання судової практики досліджували такі відомі правознавці, як С. Братусь, С. Вільнянський, С. Голунський, О. Іюффе, Г. Манов, М. Марченко, В. Нерсисянц, С. Погребняк, Д. Радим, В. Скомороха, М. Строгович, Г. Ткешеліадзе, В. Туманов, С. Шевчук.

¹ *Петражицький Л. І.* Теорія права і держави. – СПб., 2000. – С. 452. (Сер. «Класики історії і філософії права»).

Дискусії щодо місця судової практики в національній правовій системі відбуваються навколо того, що охоплює ця практика: динаміку як діяльність судів чи статику як результат такої діяльності, чи можна її визнавати джерелом права, чи всі судові рішення формують судову практику та чи можна визнати її складовою роз'яснення та узагальнення практики розгляду окремих категорій справ Верховним Судом України, вищими спеціалізованими судами.

Одні вчені визначають судову практику в широкому розумінні як діяльність усіх ланок судової системи. Інші — як узагальнене вираження єдиної лінії державних органів при вирішенні справ даної категорії, що втілюється у рішеннях та ухвалах судів і вищих судових інстанцій, які набрали чинності. Професор С. Вільнянський розглядав судову практику як сукупність правових положень, що виникли внаслідок постійного й одноманітного застосування їх у діяльності суду при розгляді конкретних справ. Доволі широким є визначення судової практики як різновиду юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів, яке пропонує С. Погребняк. Поняття судової практики на сучасному етапі має враховувати як особливості національної судової системи, так і існування міжнародних судів, юрисдикція яких поширюється на держави, що визнали їх відповідними угодами.

Судова практика як матеріалізовані результати розгляду судової справи, що оформлені як правові положення, на підставі яких вирішено спірне питання, переконливо свідчать про єдино правильний обраний судом підхід і є орієнтиром для розв'язання аналогічних спірних ситуацій.

Судову практику можна класифікувати за об'єктом впливу, тобто за відповідними правовідносинами, що регулюються певною галуззю права, та за суб'єктами, які є безпосередніми її творцями. Судова практика охоплює розгляд цивільних, адміністративних, господарських, кримінальних справ, існує також конституційна, міжнародна з прав людини, у тому числі і практика Європейського суду з прав людини. Безперечно, кожен вид судової практики має свої особливості.

У багатьох країнах романо-германської системи права, незважаючи на те що судова практика завжди враховувалась нижчестоящими судами як орієнтир у питаннях застосування і тлумачення права, усунення перешкод у ньому, при застосуванні аналогії закону чи аналогії права, судова практика де-юре не визнана джерелом права. «Постанови Пленуму

Верховного Суду є інтерпретаційним авторитетом для нижчестоящих судів, відіграють важливу роль у забезпеченні однаковості застосування законодавства на території країни, але вони ніколи не матимуть властивості норми права. Ні тлумачення правових норм, ні подолання прогалин у чинному законодавстві, ні усунення суперечностей неможливо розцінювати як правотворчість Верховного Суду. У таких випадках суд не створює норми права, він лише промовляє свою думку про застосування діючої норми»¹.

Натомість юристи-практики зазначають, що судова практика є джерелом права, і зауважують при цьому, що недоліки і прогалини у праві були і завжди будуть, незважаючи на те, як би законодавець не намагався приймати необхідні закони, передбачити всі відносини, які потребують законодавчого регулювання, просто неможливо. Особливо це проявляється в період кардинального оновлення законодавчого масиву, коли роль судової практики в цілому і як джерела права зокрема значно підвищується. Тому вони вважають, що суд, виконуючи свої обов'язки, усуває недоліки, і, вирішуючи суперечності у законодавстві, просто вимушений створювати право, інакше його діяльність стане не тільки неефективною, а призведе до наслідків, протилежних тим, які від нього чекає суспільство, він не захищатиме права, а навпаки, сприятиме порушенню цих прав. Отже, судова практика є складовою частиною правової системи і відіграє в ній важливу активну роль, а, будучи закріпленою в деяких Постановах Пленуму Верховного Суду, вона є джерелом права.

Ухвалюючи рішення про визнання законів, інших правових актів або їх окремих положень неконституційними, Конституційний Суд вносить у чинне законодавство і правове регулювання відповідних суспільних відносин певні зміни. Практика діяльності Конституційного Суду України дає підстави для висновку, що «...його рішення про визнання неконституційними законів, інших правових актів або їх окремих положень є складовою чинного законодавства і за ознаками ієрархії (субординації) передують законам, тобто займають місце після Конституції України. Ухвалюючи рішення, Конституційний Суд не встановлює норм права, що не властиво його призначенню і повноваженням, а лише «звільняє» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави. Саме в цьому контексті рішення Суду підпадають під визначення поняття нормативно-правового акта, оскільки нами фактично «скасову-

¹ Загайнова С. К. Судовий прецедент: Проблеми правозастосування. – М., 2002. – С 157–158.

ються» вказані правові акти... »¹. У даному випадку можна стверджувати про специфічну законодавчу функцію Конституційного Суду України, оскільки він не встановлює нових правових норм і не підміняє собою законодавця.

Аналізуючи юридичну природу рішень Конституційного Суду України з питань визнання неконституційними правових актів, Є. Євграфова вважає, що ці рішення здійснюють функції нормативно-правових актів; вони мають особливий правовий зміст і цільове призначення для обов'язкового виконання органами державної влади та місцевого самоврядування; мають особливу юридичну силу, яка вища за юридичну силу законів; мають особливість дії у часі цих рішень, оскільки визнані неконституційними закони, інші правові акти або їх окремі положення втрачають чинність з дня ухвалення цих рішень.

Щодо чинності рішень Конституційного Суду України В. Скомороха, спираючись на ч. 2 ст. 152 Конституції України та ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України», стверджує, що закони, інші правові акти та їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. Однак при цьому В. Скомороха зауважує на потребі записати в Законі України «Про Конституційний Суд України» положення про «...безпосередню дію рішень чи висновків Конституційного Суду та безпосереднє застосування Конституції України у разі виникнення прогалини у правовому регулюванні внаслідок визнання нормативного акта неконституційним...»².

Прецедентами можна вважати й рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України, але, на думку С. Шевчука, обов'язковою для всіх суб'єктів права тут є не мотивація цього рішення, як у класичному прецедентному праві, а його резолютивна частина. Учений зазначає, що для того, щоб принципи чи мотивація, які використав Конституційний Суд України у своєму рішенні, стали прецедентом, суд має повторно застосувати їх при вирішенні аналогічних справ, і таким чином — повторно закріпити, тобто офіційно визнати, що такий принцип є обов'язковим для нього. Щодо використання мотивувальної частини рішень Конституційного Суду України

¹ Євграфова Є. Акти Конституційного суду України в системі національного законодавства // Право України. – 2001. – № 10. – С. 66–68.

² Скомороха В. Конституційне правосуддя – веління часу // Право України – 2001. – № 10. – С. 3–8.

іншими суб'єктами права, то вказана частина рішень може виступати в ролі авторитетного джерела¹.

Більш розширений висновок щодо визнання рішень Конституційного Суду України джерелом права навела Є. Євграфова, яка вважає, що рішення Конституційного Суду України є джерелом права, але рішення Суду: про визнання неконституційними законів, інших правових актів; про офіційне тлумачення Конституції України, а також висновки Суду: 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; щодо відповідності законопроектів про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157, 158, в ієрархії національного законодавства займають місце після Конституції України, передаючи, таким чином, законам, іншим (вимогам) правовим актам. Стосовно рішень Конституційного Суду про офіційне тлумачення законів України, то вони посідають таке ж місце, як і закони.

Конституційний Суд України приймає рішення щодо конституційності актів, спрямованих на управління державою. Такими актами є закони та інші правові акти Верховної Ради України, акти Президента України, акти Кабінету Міністрів України, правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Безперечно, рішення Конституційного Суду України мають силу, більшу за силу закону, але за своєю суттю, вони є актами правосуддя, які хоча й відмінюють акти наведених вище органів у зв'язку з їх неконституційністю, однак, фактично мають за мету не управляти державою, а стимулювати відповідні органи замість визнаних неконституційними актів прийняти нові, які б відповідали вимогам Конституції України. Сказане, однак, не зменшує ролі рішень Конституційного Суду України і не може бути підставою невизнання за ними ролі джерела права в національній правовій системі. Отже, рішення Конституційного Суду, як і його акти тлумачення конституційних положень можна віднести до джерел права, якщо їх розуміти як систему факторів і соціальних явищ, що виступають як основа процесу правовстановлення.

На користь визнання судової практики загальних та господарських судів як джерела права можна навести такі докази: має формальний

¹ Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України // Право України – 2000. – № 2. – С. 45–48.

характер і пов'язана з реалізацією владних повноважень судів; має процесуальний характер, який надається тільки юридично важливій діяльності; акти судової влади встановлюють чітко визначені юридичні наслідки.

Керівні роз'яснення вищих судів загальної юрисдикції хоча й не створюють нових норм права та покликані лише тлумачити та роз'яснювати законодавство, однак, суттєво впливають на правозастосування, оскільки ними користуються не тільки судові органи, а й всі інші установи та громадяни, які застосовують право. Досить поширеною є практика обґрунтування своєї правової позиції посиланням саме на керівні роз'яснення вищих судів загальної юрисдикції, а не на норми права, які ними роз'яснюються.

До джерел права слід віднести й рішення судів загальної юрисдикції, які вони приймають відповідно до ст. 14 Закону України «Про Конституційний Суд України», п. 1 ч. 1 ст. 12 ГПК України, глави 31-В ЦПК України. Наведені норми законодавства наділяють суди загальної юрисдикції повноваженням визнати незаконними правові акти органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та рішення чи дії службової особи. У даному випадку, за словами В. Скоморохи, суди загальної юрисдикції здійснюють певний нормоконтроль¹.

Судова влада має універсальний зміст, оскільки виконує не тільки правозахисну функцію, але й реалізує функцію, яку прийнято називати «нормоконтролем». Вважають, що судовий контроль здійснюється у двох формах. Перша форма — при вирішенні конкретних справ. А саме, якщо суд дійде до висновку, що закон, який підлягає застосуванню, чи інший правовий акт не відповідає Конституції або загальноприйнятим принципам і нормам міжнародного права, або акту, що має більшу юридичну силу, то він повинен вирішувати справи, керуючись правилом подолання юридичних колізій. Ця форма — опосередкованого нормоконтролю.

Другу форму прийнято вважати абстрактним нормоконтролем, адже він вводиться (ззовні) без зв'язку з оглядом конкретної справи і його основа — у визнанні нормативного акта недійсним і неналежним до використання. Рішення, прийняте судом щодо незаконності правового акта, позбавляє цей акт чинності. На таке рішення, як на обґрунтування

¹ Скомороха В. Конституційне правосуддя – веління часу // Право України – 2001. – № 10. – С. 3–8.

своєї позиції можуть у подальшому посилатися не тільки сторони у справі, у межах якої правовий акт було визнано незаконним, але й інші суб'єкти, чиїх прав стосується визнаний незаконним правовий акт.

Отже, на сучасному етапі вже не можна категорично стверджувати про невизнання за судовою практикою в цілому ролі джерела права, оскільки практика такого судового органу, як Конституційний Суд України, є обов'язковою для всіх суб'єктів права. Не можна однобічно підходити і до практики судів загальної юрисдикції, оскільки в багатьох випадках суб'єкти права спираються на неї при обґрунтуванні своєї правової позиції не як на акт тлумачення права, а як на встановлене правило, яке слід прямо застосовувати при вирішенні спору.

Незалежно від офіційного визнання судової практики як джерела права, вона реально породжує нові юридичні норми, створюючи тим самим своєрідний соматичний канал правоутворення і є відповідною реакцією на виникнення нових суспільних відносин.

Т. Бєгова, асистент кафедри цивільного права №1 Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого

До питання про співвідношення понять «ноу-хау» і «комерційна таємниця»

Законодавство регулює у суспільстві лише ті відносини, які вже склалися, адже, як зазначав Г. В. Шершеневич, право розмежовує інтереси та нормує відносини на підставі інтересів, що зіштовхуються, і його захист тому й має значення, що воно закріплює за людиною те, що той цінує з огляду на свої потреби¹.

Історії не відомі приклади, коли закон викликав би до життя реально неіснуючі відносини. Однак окремі випадки ігнорування правом об'єктивних реалій розвитку економічних відносин все-таки трапляються й повною мірою це можна віднести до ситуації, яка склалася в Україні щодо регулювання відносин, пов'язаних із використанням ноу-хау.

Поняття «ноу-хау» широко використовується в сучасній патентній практиці України й у ряді нормативно-правових актів України², де таким розуміють конфіденційну інформацію технічного, організаційного (управлінського), комерційного, виробничого й іншого характеру. Це відповідає тенденції, що намітилася у світовій практиці, відповідно до якої від розуміння ноу-хау як конфіденційна інформація у сфері винятково технічної творчості (початок ХІХ ст.), його зміст розширився до розуміння конфіденційної інформації не лише технічного, а й іншого характеру.

Втім це поняття не знайшло свого закріплення на рівні Цивільного кодексу України³ (далі — ЦК), в якому до об'єктів цивільних прав на-

¹ *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: Учебное пособие. — М., 1995. — Т. 2. — 528 с.

² Про інвестиційну діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 47. — Ст. 646; Про оподаткування прибутку підприємств: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 4. — Ст. 28; Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 45. — Ст. 434.

³ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.

лежить інформація¹, а до об'єктів права інтелектуальної власності — комерційна таємниця, отже, у нормах ЦК легально закріплюється новий спосіб охорони прав власників інформації, що становить комерційну таємницю, — збереження її як конфіденційна.

Однак, виходячи з того, що в проєкті ЦК самостійним об'єктом права інтелектуальної власності визнавалося ноу-хау, виникає ряд питань, зокрема, чи не тотожні поняття «ноу-хау» і «комерційна таємниця», чи не є поняття «комерційна таємниця» збірним, у якому ноу-хау — одна з його складових, і якщо так, то якими є конститутивні ознаки цього поняття?

Після минулої кодифікації цивільного законодавства ця проблема в Україні не стала предметом комплексного дослідження, хоча деякими вченими, зокрема О. Кохановською, В. Крижною, О. Кулинич, В. Жуковим, С. Погуляєвим, Е. Петровим, Ю. Носіком у контексті вивчення проблем права інтелектуальної власності, інформації, комерційної таємниці розглядалися окремі питання правового забезпечення товарообігу ноу-хау. Стаття спрямована на з'ясування, насамперед питання про те, як співвідносяться такі поняття, як «комерційна таємниця» й «ноу-хау».

«Комерційна таємниця» — поняття, що прийшло в законодавство, як і ноу-хау, із практики. Оформленню цього поняття у правових системах зарубіжних країн, як і в правовій системі України, передував тривалий період. На сьогодні легальне визначення комерційної таємниці міститься й у ст. 505 ЦК, і у ст. 36 Господарського кодексу України (далі — ГК), а також в інших законах і нормативно-правових актах, які під комерційною таємницею розуміють, насамперед, інформацію.

Однак у доктрині не існує єдності поглядів учених щодо самого поняття комерційної таємниці, та її ознак², хоча слід визнати, що сутність комерційної таємниці становить будь-яка комерційно цінна конфіден-

¹ Як об'єкт правового регулювання інформацію характеризують її нематеріальний характер, невживаність; можливість багаторазового використання, переважна об'єктивізація при включенні у правовий обіг; суб'єктивний характер, збереженість у суб'єкта, що її передає, здатність до самоврядування, копіювання, збереження, перетворення та накопичення. Див.: *Кохановська О. В.* Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2006. — С. 12.

² *Сляднева Г. О.* Специфіка комерційної таємниці суб'єкта господарювання та її відокремлення від інших видів таємниць // *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права.* — 2000. — С. 126–130; *Носік Ю. В.* Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Київ, 2006. — С. 126–130.

ційна інформація, яка охороняється суб'єктом підприємницької діяльності, доступ до якої обмежений з метою захисту економічних інтересів її володільця¹.

Утім віднесення комерційної таємниці до об'єктів права інтелектуальної власності неоднозначно було сприйнято в науці цивільного права. Такі вчені, як О. Кохановська, В. І. Жуков, С. Ю. Погуляев **одностайні** в тому, що статті 505–508 ЦК — наслідок помилкового підходу законодавця до проблеми сутності інформації², хоча й по-різному обґрунтовують свою точку зору. Так, О. Кохановська розглядає комерційну таємницю як класичний об'єкт нового інституту інформаційних прав, що поступово формується в системі цивільного права, і не заперечує того, що інформація може містити елементи творчості й у такій своїй якості відповідати ознакам об'єкта інтелектуальної власності. При цьому вчений вважає, що поняття комерційної таємниці, як виду інформації, ширше, ніж поняття комерційної таємниці як одного з об'єктів права інтелектуальної власності³.

В. І. Жуков і С. Ю. Погуляев уважають, що право на комерційну таємницю — це суб'єктивне право, що охороняється не як порушене право на об'єкт права інтелектуальної власності, а як порушене суб'єктивне право, що захищається або законодавством про **недобросовісну** конкуренцію, або законодавством про безпідставне придбання майна їх **порушником**⁴.

¹ Андрощук Г. Захист комерційної таємниці: економіко-правовий аспект // Інтелектуальна власність. — 1999. — №9. — С. 8–12; Сергеева О. Коммерческая тайна // Юридическая практика. — 2000. — № 46. — С. 8–10; Петрова Т. Коммерческая тайна и ИС // Интеллектуальная собственность. — 2000. — №8. — С. 62–66; Носік Ю. В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — С. 56–57.

² Мова йде про те, що відповідно до Закону України «Про інформацію» інформація може знаходитися у власності суб'єктів цивільного права.

Більш правильно, на наш погляд, є точка зору тих вчених, які вважають, що до об'єктів права власності належить не сама інформація, а інформаційні ресурси як елемент інформаційної системи. Див.: Войничанис Е., Якушев М. Информационная Собственность. Интернет: Традиция и новеллы в современном праве. — М: Волтерс Клувер, 2004. — С. 20–21.

³ Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2006. — С. 19.

⁴ Див.: Жуков В. І. Підстави для розширеного тлумачення терміна «інформація» в чинному законодавстві України // Інтелектуальна власність. — 2006. — № 9. — С. 37; Погуляев С. Ю. Передача технології як вклад в просте товариство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2002. — С. 5.

М. К. Галянтич, навпаки, обстоює позицію, що комерційна таємниця має ознаки об'єкта права інтелектуальної власності, підкреслюючи, що доповнення патентної охорони прямою охороною комерційної таємниці відповідає інтересам добросовісних підприємців, що розробляють нову техніку й нові технології¹.

Вважаємо, що комерційна таємниця, зміст якої може становити будь-яка комерційно цінна інформація, що не є загальнодоступною, власник якої вживає заходів до збереження її в режимі секретності, не завжди є об'єктом права інтелектуальної власності. Для того щоб це відбулося, вона має бути, насамперед, результатом інтелектуальної, творчої діяльності. Наприклад, список контрагентів господарчого товариства навряд чи може розглядатися як об'єкт права інтелектуальної власності, хоча він і може становити конфіденційну інформацію. Тому тільки певна частина інформації, що відповідає ознакам комерційної таємниці, за умови, якщо вона є результатом інтелектуальної, творчої діяльності людини, може розглядатися як об'єкт права інтелектуальної власності.

Чи є ноу-хау об'єктом права інтелектуальної власності? Одні автори вважають, що ні, інші обстоюють протилежну позицію².

Слід визнати, що ноу-хау не завжди може бути результатом творчої діяльності людини³, оскільки не завжди воно є якісно новим, що пов'язано, наприклад, з відсутністю абсолютної новизни пропонованого технічного рішення. Тим часом, ноу-хау завжди є результатом інтелектуальної діяльності людини, пов'язаної з використанням нею здатностей свого раціонального пізнання, здійсненням раціональних, логічних умовиводів. У разі ж збереження у таємниці незапатентованих, але патентоспроможних технічних рішень, ноу-хау буде виступати як результат інтелектуальної, творчої діяльності.

Виходячи з того, що комерційна таємниця визнана об'єктом права інтелектуальної власності, а ноу-хау — частина комерційної таємниці,

¹ Див.: *Галянтич М. К.* Промислова власність: правові засоби охорони та захисту: Монографія. – К., 2003. – С. 112, 115.

² Див.: *Фейгельсон В. И.* Интеллектуальная собственность, недобросовестная конкуренция и ноу-хау. – М., 1999. – С. 81; *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей // Исслед. центр частного права. – М., 2003. – С. 249.

³ Творча діяльність – та сама інтелектуальна діяльність, яка відрізняється лише якісною новизною своїх форм та результату. Див.: *Петровский С. В.* Исключительное право и интеллектуальная собственность (робота опублікована в сети Интернет на сайте – <http://www.pravo.lnet.ru/i-prop.htm>).

у кожному разі ноу-хау буде визнаватися об'єктом права інтелектуальної власності.

Що стосується співвідношення понять «ноу-хау» і «комерційна таємниця», то в літературі існує кілька точок зору вчених на цю проблему. Так, О. О. Підпригора вважає досліджувані поняття тотожними¹; О. Дозорцев і К. Амеліна — різноплановими, при цьому не виключають можливості їхнього перетинання²; Ю. В. Носік — самостійними й незалежними правовими категоріями³; В. Жуков відносить ноу-хау до особливого виду комерційної таємниці⁴. Безумовно, існують й інші погляди, однак, по своїй суті вони тісно чи іншою мірою поділяють точки зору зазначених авторів.

Аналіз ст. 505 ЦК дає підстави зробити висновок про те, що як ознаки комерційної таємниці виділені *секретність* інформації, що складає її, *комерційна цінність* і прийняття володільцем комерційної таємниці *заходів для забезпечення таємності інформації*.

Які ж ознаки ноу-хау?

Положення статей законів України: «Про інвестиційну діяльність», «Про оподаткування прибутку підприємств», «Про державне регулювання діяльності у сфері передачі технологій» визначають основною ознакою ноу-хау його таємність. Регламент Європейського Союзу під ноу-хау розуміє секретну істотній і ідентифіковану в будь-якій підходящій формі інформацію⁵. Тобто й на рівні міжнародного законодавства

¹ Див.: Підпригора О. О. Право інтелектуальної власності: Підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — К., 2002, С. 168–175.

² Див.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр частного права. — М., 2003. — С. 249–250; Амеліна. Ноу-хау и патентная форма охраны: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — С. 7.

³ Див.: Носік Ю. В. Права на комерційну таємницю в Україні (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — С. 56.

⁴ Див.: Шимарева Е. В. Коммерческая тайна в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — С. 125; Жуков В. І. Підстави для розширеного тлумачення терміна «інформація» в чинному законодавстві України // Інтелектуальна власність. 2006. — № 9. — С. 37.

⁵ Цит. за: Козырев А. Н. Правовой режим «ноу-хау»: корпоративные интересы и государственная политика // Интеллектуальная собственность. — 2002. — №12. — С. 3. Ознака секретності як основна ознака ноу-хау виокремлюється і в законодавстві зарубіжних держав, і в міжнародних нормативно-правових актах у сфері інтелектуальної власності. Див.: Agreement in Trade Related aspects of intellectual property // The Result of the Uruguay Round at Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts. — WTO. — 1995. — 224 p.

однією з основних ознак ноу-хау названа *ознака секретності*, що означає: інформація, яка становить ноу-хау, не має бути загально- або легкодоступною. Серед міжнародно-правових актів, що характеризують ознаку секретності ноу-хау, слід виділити Регламент Комісії Європейського Союзу (1998 р.), у якому секретність розуміють як стан, за якого інформація не є загальновідомою або легкодоступною (п. 2 ст. 10). Регламентом допускається стан, за якого *кожний окремий елемент «ноу-хау» може й не бути зовсім невідомим або недоступним* (виділено мною. — Т. Б.) поза діловою активністю ліцензіара (володільця прав на ноу-хау — Т. Б.)¹.

Таким чином, ноу-хау характеризується не абсолютною секретністю, а незагальновідомістю. У доктрині також обстоюється точка зору про відсутність абсолютної секретності ноу-хау². Отже, можна дійти висновку, що якщо для комерційної таємниці секретність має бути абсолютною, то для ноу-хау допускається відступ від принципу абсолютної новизни.

Для комерційної таємниці суттєвою є ознака комерційної цінності. Відповідно до законодавства, і національного, і міжнародного, для того щоб інформація була визнана ноу-хау, вона має бути *істотною*. Це означає, що інтереси володільця права на ноу-хау задовольняються не тільки забезпеченням конфіденційності інформації, тому що невідомість інформації сама по собі цінністю не володіє, хоча й підсилює її за умови застосування за призначенням. Цінність ноу-хау — це ознака, що має самостійне значення, що здобуває це значення лише в сукупності з ознакою невідомості інформації для тих осіб, які за родом своєї діяльності мають справу з такою інформацією.

Це повною мірою відповідає точці зору тих учених, які вважають, що цінність інформації — комплексний показник якості інформації, міра придатності для прийняття рішень у комерційній діяльності³.

¹ Commission Regulation (EEC) № 556/89 of November 1998. // Official Journal of the European Communities – 1996. – № L 31-2-№ L 31-13.

² Див.: *Свядоц Ю.* Договір на передачу «ноу-хау» в практиці советських зовнішньоторгових об'єдинень. – М., 1987. – С. 10; *Штумпф Г.* Лицензионный договор: Пер. с нем. / Под ред. и вступ. ст. М. М. Богуславского. – М. 1988. – С. 349; *Ионова О. В., Комисарова А. А., Малаева Л. З., Судакова А. А.* Правовая охрана деловых секретов за рубежом. Обзорная информация. – М., 1993. – С. 7.

³ Див.: *Гаврилов О. А.* Курс правовой информатики: Учебник для вузов. – М., 2000. – С. 2.

Підставою визначення комерційної цінності ноу-хау слід визнати юридичний інтерес, задоволення якого забезпечується поширенням на інформацію режиму конфіденційності. Інтерес власника ноу-хау, як правило, пов'язаний з потребою досягнення певної переваги при використанні даного об'єкта. Тому комерційна цінність ноу-хау обумовлює дійсну або потенційну «здатність» інформації, яка її складає, задовольняти даний інтерес.

Разом з тим особливістю ноу-хау як об'єкта права інтелектуальної власності є те, що для володільця прав на ноу-хау інтерес може становити не тільки отримання матеріальної вигоди. Це може бути моральне задоволення від володіння або використання ноу-хау, що характерно, наприклад, для фізичних осіб, які не є підприємцями, але є володільцями права на ноу-хау. Таким чином, ознака істотності ноу-хау фактично являє собою ознаку цінності. Причому за своїм обсягом (наповненістю) ця ознака більш широка, ніж ознака комерційної цінності, що є істотною для комерційної таємниці. Це цілком **з'ясовно**, адже суб'єктами права інтелектуальної власності на комерційну таємницю виступають винятково суб'єкти підприємницької діяльності (спеціальний суб'єкт), а для ноу-хау такими суб'єктами можуть бути й фізичні особи-непідприємці.

Для ноу-хау істотною є ознака *«ідентифікованість»*, яка означає, що воно повинне бути описане або зафіксоване у спосіб, що дає можливість перевірити відповідність інформації таким ознакам, як таємність та істотність. Інформація є нематеріальним благом, виражається в певній об'єктивній формі, зокрема, фіксується на матеріальному носії. Разом з тим об'єктивно інформація може існувати й в іншій формі¹. Виходячи з того, що вичерпного переліку таких форм не існує, а досвід і навички, що становлять ноу-хау, також являють собою своєрідні форми існування інформації, передаватися вони можуть не опосередковано, а безпосередньо в процесі спілкування респондентів.

У доктрині на сьогодні існує кілька точок зору щодо цього питання. Традиційно вважають, що інформація не може існувати без певного інформаційного носія, хоча окремими вченими доводиться протилежне, із чим слід погодитися. Зокрема, О. Кохановська вважає, що, крім документованої інформації, існують й інші організаційні форми її вира-

¹ Наприклад, під час передачі комунікаційними каналами зв'язку або шляхом усного повідомлення інформація об'єктивно існує у вигляді фізичного поля будь-якого роду електромагнітних, електричних, оптичних і акустичних сигналів.

ження, наприклад такі, як світло, біологічна енергія й т. ін.¹ Це може бути віднесене й до ноу-хау, адже за договором про передачу ноу-хау передаються певні навички по впровадженню того або іншого технічного рішення шляхом показу, оскільки вони зафіксовані володільцем прав на ноу-хау на підсвідомому рівні.

Якщо звернутися до Угоди «Про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності» (TRIPS) (далі — Угода TRIPS) від 15. 04. 94 р.², то можна зазначити, що такі ознаки, як «секретність» і «комерційна цінність» характеризують у ньому нерозкрити інформацію. Зазначена інформація може бути об'єктом охорони тільки у випадку, якщо вона відповідає таким ознакам: є *секретною*, тобто не є загальновідомою або загальнодоступною невизначеному колу осіб; на підставі своєї невідомості має *комерційну цінність*; її *секретність повинна забезпечуватися їх законним володільцем* (ст. 39).

Вважаємо, що поняттям «нерозкрита інформація» охоплюється й «ноу-хау». Звідси істотною ознакою останнього виступає ознака *підтримки інформації в режимі конфіденційності*³.

Уведення режиму конфіденційності — складова правової основи забезпечення інтересів володільця прав на ноу-хау, що не має юридичної сили поза зв'язком із розглянутими раніше конститутивними ознаками.

Сутність аналізованої ознаки виявляється, насамперед, у прийнятті володільцем права на ноу-хау належних заходів до охорони конфіденційності інформації, що становить ноу-хау, що мають бути адекватними цінності самої інформації. Володільць прав на ноу-хау повинен, по-перше, усвідомлювати ризик можливості втрати монополії стосовно такої інформації, а, по-друге, реально уявляти, які шляхи можуть бути використані третіми особами для отримання доступу до такої інформації.

Втім ця ознака характеризується й тим, що конфіденційність відомостей охороняється не тільки самим власником ноу-хау, але й іншими особами, яким ці відомості стали відомі через службове становище або

¹ *Кохановська О. В.* Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 2006. — С. 12.

² Agreement in Trade Related aspects of intellectual property // The Result of the Uruguay Round at Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts. — WTO. — 1995. 224 p.

³ Конфіденційна інформація — це відомості, які знаходяться у володінні, користуванні та розпорядженні окремих фізичних або юридичних осіб і розповсюджуються за їх бажанням згідно з передбаченими ними умовами (ч. 2 ст. 30 Закону України «Про інформацію»).

виконання професійних службових функцій. У ряді випадків і контрагенти за договором не мають права розголошувати отриману конфіденційну інформацію, а, отже, мають вживати заходів щодо її охорони.

*Ознака застосовності об'єкта ноу-хау на практиці*¹. У науковій літературі також виділяється така ознака, як *застосовність ноу-хау*, уведення якої дає можливість відмежувати ноу-хау від іншої інформації, що також може перебувати в режимі секретності та бути корисною для третіх осіб. Ноу-хау є застосовним, якщо інформація, що є складовою його змісту, є основою для виготовлення продукції, виконання робіт або надання послуг.

Отже, можна виділити такі ознаки, ноу-хау: 1) секретність інформації, що становить ноу-хау, забезпечення секретності законним власником прав на ноу-хау і підтримка режиму секретності третіми особами; 2) істотність (цінність) інформації, що становить ноу-хау; 3) ідентифікованість ноу-хау; 4) практична **застосовність** ноу-хау.

Зіставлення виділених нами істотних ознак ноу-хау з ознаками комерційної таємниці дає нам можливість дійти висновку, що ці поняття не є тотожними, адже відрізняються за цілим рядом моментів.

Ноу-хау відрізняється від комерційної таємниці, *по-перше*, тим, що його завжди становить інформація у сфері техніки і технологій. Тому це — єдиний вид комерційної таємниці, що по своїй суті є рішенням, оскільки будь-яка інша інформація, що становить комерційну таємницю, — це інформація про факти.

По-друге, вони розрізняються за *формою існування*. Так, системне тлумачення статей 200 і 505 ЦК, а також ст. 1 Закону України «Про інформації», дає підстави зробити висновок, що комерційна таємниця завжди є об'єктивованою інформацією, тоді як ноу-хау може бути й не задокументованою інформацією та існувати у вигляді досвіду й навичок.

По-третє, за змістом поняття «комерційна таємниця» є набагато ширшим, ніж поняття «ноу-хау», адже воно, крім відомостей, які належать до результатів інтелектуальної діяльності, може включати й відомості, що мають суто інформаційне і навіть пізнавальне значення.

По-четверте, потенційна цінність ноу-хау на відміну від комерційної таємниці, не завжди пов'язана з підприємницькою діяльністю володільця прав на ноу-хау.

¹ Див.: Чобот О. Ноу-хау та договір на його передачу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1994. – С. 14.

По-п'яте, ноу-хау, на відміну від комерційної таємниці, може складатися з відомостей, загальновідомих окремо, але таких, що мають виняткову цінність у певному поєднанні.

По-шосте, володільцем комерційної таємниці є спеціальний суб'єкт — особа, що здійснює підприємницьку діяльність. Стосовно ноу-хау таке обмеження не діє. Тому за межами комерційної таємниці виявляється інформація, що відповідає ознакам ноу-хау, права на яку належать несуб'єктам підприємницької діяльності.

Отже, ноу-хау по своїй правовій природі — частина комерційної таємниці, що являє собою рішення у сфері техніки й технологій, які є результатом інтелектуальної або творчої діяльності людини та має практичне застосування. Саме така інформація може позначатися і як інформація, що становить комерційну таємницю, і як ноу-хау її володільця.

О. Марченко, аспірантка кафедри адміністративного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Повноваження судів при винесенні рішень щодо контролю у сфері управлінської діяльності

Одним із важливих кроків щодо підвищення ролі і значення судового контролю у сфері управлінської діяльності є формування системи адміністративної юстиції та створення самостійної гілки судової влади — адміністративних судів. Після набуття 1 вересня 2005 р. чинності Кодексом адміністративного судочинства України (далі — КАСУ) ключову роль у реалізації судового захисту прав громадян від неправомірних дій суб'єктів владних повноважень повинні відігравати адміністративні суди.

В умовах запровадження адміністративної юстиції в Україні особливої актуальності набуває вирішення питання про межі та ступінь втручання суду в діяльність підконтрольних йому суб'єктів. Тому проблема визначення повноважень адміністративних судів при винесенні рішень щодо законності діяльності органів та посадових осіб, які здійснюють владні управлінські функції, останнім часом стала предметом значної кількості досліджень та публікацій¹.

У статті автор з'ясує, якими можливостями наділяються відповідно до законодавства адміністративні суди при розгляді й вирішенні підвідомчих їм справ для відновлення порушених незаконними діями органів виконавчої влади прав, свобод та інтересів громадян.

Ефективність захисту прав та інтересів як фізичних, так і юридичних осіб, який здійснюють адміністративні суди, пояснюється насамперед тим, що ці суди повинні не лише надавати оцінку управлінській діяльності з точки зору її відповідності вимогам закону, а й вказувати у своїх рішеннях,

¹ Див.: *Бородін І.* Правове регулювання судового рішення в адміністративному судочинстві // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — X., 2002. — Вип. 20. — С. 94–97; *Куйбіда Р.* Визначення меж адміністративної юрисдикції // Юридичний вісник України. — 2005. — № 51. — С. 8–9; *Пасенюк О.* Адміністративна юстиція: перші результати впровадження // Юридичний вісник України. — 2005. — № 52. — С. 1, 4; *Педько Ю. С.* Становлення адміністративної юстиції в Україні. — К., 2003. — 208 с.; *Селіванов А.* Адміністративне судочинство — новий інститут реалізації судової влади // Юридичний вісник України. — 2005. — № 10. — С. 2–5; *Стефанюк В.* Правозахисна діяльність судів в Україні // Право України. — 1999. — № 5. — С. 14 та ін.

яким саме шляхом має бути відновлено порушене право. Так, відповідно до ст. 163 КАСУ резолютивна частина постанови в адміністративній справі повинна містити висновок суду про задоволення адміністративного позову або про відмову в його задоволенні, висновок суду по суті вимог, а також висновок щодо правових наслідків ухваленого рішення¹.

Згідно зі ст. 158 КАСУ суд під час здійснення адміністративного судочинства може приймати два види рішень. Судове рішення, яким суд вирішує спір по суті, викладається у формі постанови; рішення ж, яким суд зупиняє чи закриває провадження, залишає позовну заяву без розгляду або приймає рішення щодо інших процесуальних дій, клопотань, викладається у формі ухвали.

КАСУ надає чітко визначений перелік питань, які вирішує суд при прийнятті постанови:

1) чи мали місце обставини, якими обґрунтовувались вимоги та заперечення, та якими доказами вони підтверджуються;

2) чи є інші фактичні дані (пропущення строку, звернення до суду тощо), які мають значення для вирішення справи, та докази на їх підтвердження;

3) яку правову норму належить застосувати до цих правовідносин;

4) чи належить задовольнити позовні вимоги або відмовити в їх задоволенні;

5) як розподілити між сторонами судові витрати;

6) чи є підстави допустити негайне виконання постанови;

7) чи є підстави для скасування заходів забезпечення адміністративного позову.

Окремо укладаються ухвали з питань: залишення позовної заяви без руху або її повернення; відкриття провадження в адміністративній справі; об'єднання та роз'єднання справ; передачі справи до іншого адміністративного суду; забезпечення позову; зупинення чи закриття провадження у справі; залишення позовної заяви без розгляду, а також з інших процесуальних питань, розв'язання яких є необхідним для розгляду і вирішення справи. Слід також зазначити, що суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним суб'єктам владних повноважень для вжиття заходів щодо усунення причин та умов, які сприяли порушенню закону. Про вжиті заходи суд повідомляють не пізніше одного місяця після надходження окремої ухвали. У разі необхідності суд може постановити

¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 06. 07. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, 37. – Ст. 446.

окрему ухвалу про наявність підстав для розгляду питання щодо притягнення до відповідальності осіб, рішення, дії чи бездіяльність яких визнаються протиправними.

Стаття 162 КАСУ визначає повноваження суду при вирішенні адміністративної справи по суті. Відповідно до положень цієї статті суд може задовольнити адміністративний позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю або частково. У разі задоволення позову суд може прийняти постанову про:

1) визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень, про поворот виконання цього рішення чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення;

2) зобов'язання відповідача вчинити певні дії;

3) зобов'язання відповідача утриматися від вчинення певних дій;

4) стягнення з відповідача коштів;

5) тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян;

6) примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян;

7) примусове видворення іноземця чи особи без громадянства за межі України;

8) визнання наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень.

Разом з тим суд може прийняти й іншу постанову, яка б гарантувала дотримання і захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина.

Слід також зазначити, що адміністративний суд згідно зі ст. 117 КАСУ може відповідною ухвалою зупинити дію оскаржуваного рішення чи його окремих положень ще до винесення судом рішення по суті справи. Але суд застосовуватиме ці заходи тільки у випадках, коли існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача, або захист цих справ, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Ухвалу про вжиття таких заходів постановляє суд першої інстанції, а якщо розпочато апеляційне провадження, то таку ухвалу може постановити й суд апеляційної інстанції. Після цього ухвала негайно надсилається до суб'єкта владних повноважень, що прийняв рішення, та є обов'язковою для виконання.

У зв'язку з вищевикладеним постає питання: чи не порушується таким чином принцип розподілу влади? Адже адміністративний суд, який, наприклад, приймає постанову про скасування рішення суб'єкта владних повноважень або про поворот виконання цього рішення чи окремих його положень, фактично втручається в управлінську сферу діяльності. Для того щоб відповісти на це питання, необхідно визначити, яке завдання покликане виконувати адміністративне судочинство в нашій країні.

Відповідно до положень ст. 2 КАСУ головним завданням адміністративного судочинства в Україні є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових чи службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Таким чином, адміністративні суди повинні забезпечувати права громадян шляхом перевірки законності діяльності органів публічної влади та посадових осіб, а не її доцільності. Контроль за доцільністю дій та рішень суб'єктів владних повноважень не входить до компетенції адміністративних судів та виходить за межі завдання адміністративного судочинства¹. Саме тому законодавство не передбачає можливості здійснення з боку адміністративних судів перевірки функціональної ефективності управлінської діяльності, інакше був би порушений принцип розподілу влади.

Особливу увагу необхідно приділити реалізації адміністративними судами принципу диспозитивності при винесенні рішення у справі. За загальним правилом, згідно зі ст. 11 КАСУ суд, вирішуючи адміністративну справу, не може виходити за межі позовних вимог. Щоправда, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять, положення КАСУ передбачають право суду вийти за межі позовних вимог. Так, наприклад, якщо у процесі розгляду справи щодо нормативно-правового акта виявлено незаконність або невідповідність правовому акту вищої юридичної сили інших правових актів чи їхніх окремих положень, крім тих, щодо яких відкрито провадження по адміністративній справі та які впливають на прийняття постанови у справі, суд визнає такі акти чи їхні окремі положення незаконними або такими, що не відповідають правовому акту вищої юридичної сили (ч. 9 ст. 171 КАСУ).

¹ Див.: *Шишкін В.* Завдання адміністративного судочинства // *Право України.* – 2005. – № 11. – С. 12.

Вирішуючи процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень в адміністративних справах, необхідно звернутися до положень розділу V КАСУ, згідно з якими ці питання вирішує суддя адміністративного суду одноособово, якщо інше не встановлено законом. Постанова або ухвала суду, що набрала законної сили, є обов'язковою для виконання для осіб, які беруть участь у справі, для їхніх правонаступників, а також для всіх органів, підприємств, установ та організацій, посадових чи службових осіб, інших фізичних осіб і підлягає виконанню на всій території України. У разі необхідності спосіб, строки і порядок виконання можуть бути визначені у самому судовому рішенні. Так, на відповідних суб'єктів владних повноважень можуть бути покладені обов'язки щодо забезпечення виконання рішення.

Треба звернути увагу на те, що ст. 267 КАСУ встановлює для суду, який ухвалив судові рішення в адміністративній справі, можливість здійснення контролю за його виконанням. Суд має право зобов'язати суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судові рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення. За наслідками розгляду звіту або у разі його ненадходження у встановлений строк суд може постановити окрему ухвалу. Судовий контроль за виконанням судових рішень в адміністративних справах здійснюється також у порядку, встановленому ст. 181 КАСУ. Згідно з положеннями цієї статті учасники виконавчого провадження (крім державного виконавця) та особи, які залучаються до проведення виконавчих дій, мають право звернутися до адміністративного суду із позовною заявою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби порушено їхні права, свободи чи інтереси, а також якщо законом не встановлено інший порядок судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності таких осіб.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про те, що процес формування спеціалізованих судів адміністративної юрисдикції, який відбувається сьогодні, надає нові реальні можливості для забезпечення доступу до правосуддя фізичним та юридичним особам, права та законні інтереси яких були порушені неправомірними діями органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, інших суб'єктів владних повноважень, а прийняття КАСУ стало запорукою втілення в життя пріоритету прав і свобод громадян як одного із принципів здійснення управлінської діяльності в Україні, незважаючи на те, що приписи цього акта не позбавлені певних вад.

XXIII Конгрес Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Право и правові культури у 21-му столітті: відмінності та єдність»

1–6 серпня 2007 р. у м. Краків (Польща) відбувся XXIII Всесвітній конгрес Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (IVR) «Право і правові культури у 21-му столітті: відмінності та єдність». Безпосередній організатор форуму — кафедра теорії та філософії права факультету права та управління заснованого ще у XIV ст. Ягеллонського університету. Офіційною мовою конгресу була англійська.

Головна тема Конгресу — показати відмінності та єдність між правовими культурами. Ця тема має неабияке теоретичне і практичне значення, адже в епоху глобалізації і тероризму дуже важливим є знаходження за різними розуміннями фундаментальних понять загальних для всіх правових культур інтуїцій, без виявлення яких дуже складно досягти плідної і справжньої комунікації між представниками різних правових культур.

У церемонії відкриття взяли участь: ректор Ягеллонського університету *Кароль Мусіоль*, віце-президент IVR *Марек Зірк-Садовський* (Університет Лодзі), співголови організаційного комітету Конгресу *Іржі Стельмах* і *Томаш Гізберт-Студницький* (Ягеллонській університет, м. Краків).

Зі спеціальною доповіддю «*Пам'яті Александра Печеника*» (підготовленою одним з найавторитетніших у сучасному світі філософів права Аулісом Аарніо) виступив **Крістофер Уеллман** (Вашингтонський університет, США). Александр Печеник — президент Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії — пішов із життя 19 вересня 2005 р. Він народився у Кракові в 1937 р., вчився і працював у Краківському університеті. У 1969 р. він переїздить до Швеції, де працює у Стокгольмському та Лундському університетах. Внесок А. Печеника

у розвиток як філософії, так і юриспруденції важко переоцінити. Він є автором десятка книг та великої кількості статей з філософії права. Визначальною працею А. Печеника є «Scientia juris: Правова доктрина як пізнання права і як джерело права», яка увійшла у «Трактат з філософії права та загальної юриспруденції» — грандіозний проект, здійснений Міжнародною асоціацією філософії права і соціальної філософії.

Наукова діяльність А. Печеника охоплює доволі широкий спектр знань: аналітична філософія і юридична логіка, правова епістемологія, аналіз концепції демократії і держави загального благоденства, проблема цінностей та їх ролі у праві, співвідношення права і моралі, порівняльне правознавство. У доповіді особливу увагу було приділено епістемологічним дослідженням ученого, в яких він намагався дати відповіді на питання про те, що таке знання, як їх можна здобути і чи можна їх отримати у сфері права. Він дійшов висновку, що визначити поняття істини у правовому міркуванні доволі складно, через те що теорія відповідності не може застосовуватися у правовому контексті. Тому когерентна теорія істини посіла важливе місце у свідомості А. Печеника. Разом із Робертом Алексі він розвинув теорію когерентності та її теоретичне і значення для права і правового міркування.

Заслуговує на увагу і міжнародна діяльність А. Печеника. Протягом тривалого часу він був членом Президії Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії, а згодом став її президентом, брав активну участь у зміцненні співпраці між Скандинавськими країнами та країнами Бенілюкс, а також залученні до такої співпраці країн Центральної та Східної Європи.

Пам'ять А. Печеника – провідного науковця, видатну особистість та чудову людину було вшановано хвилиною мовчання.

Наукова програма конгресу була відкрита доповіддю професора Гарвардського університету (США) **Фреда Шауера «Чи існує поняття права?»**, в якій було поставлено питання про можливість винайдення універсального визначення права. На переконання автора, сучасній теорії права потрібно відмовитися від дебатів із приводу того, що є право. Він виступає проти есенціалізму у формі як юснатуралізму, так і нормативізму, які вважають, що правова теорія має спиратися на заздалегідь сформульоване поняття права. Право як реальне соціальне явище існує незалежно від нашого наукового знання про нього. Це знання дає нам можливість провести уявну роботу по «збиранню» у соціальному житті різномірних елементів (різних психічних переживань, соціальних інсти-

тутів і процесів, ідеалів і цінностей), що ми ототожнюємо з поняттям права. Але результати цих інтелектуальних узагальнень завжди відносні і не дають змоги одержати загальнозначуще визначення права.

Учений вважає, що на рівні кожної системи права існує набір принципів і стандартів, що дозволяють їй самоконструюватися і самовідмежуватися від інших систем. Тому для кожної системи має бути своє поняття права, яке не може претендувати на теоретичну універсальність. На думку Шауера, це не означає, що взагалі не можна говорити про поняття права, а лише про те, що існує множинність рівнозначних понять права.

Теоретичне визначення права Шауер вбачає у постмодерністській перспективі як рухливе і мінливе, не доступне для вичерпного формулювання — це щось близьке до того, що він назвав «правом першого ступеня» — нормативно-правовим актам та іншим указівкам на правові тексти, що дають матеріал для регулювання соціальних ситуацій і щось концептуально й емпірично відмінне від етики, політики і всього іншого, щось таке, що відіграє важливу роль у правових інститутах, судових рішеннях і системах права. Тому завданням правознавця є не формулювання позачасового універсального визначення права, а «вибірка і збір того, що розуміють під правом, з недиференційованої маси соціальних фактів». Але, як зауважував проф. Н. Маккормік, ця теза повисає у повітрі, оскільки американський учений не пояснює, за якими критеріями можна бути б «збирати» право (диференціюючи його від інших регуляторів) у соціальній практиці: у межах однієї системи права, як правило, існують різні теоретичні уявлення про такі критерії. Тому наявність того чи іншого «загальнофілософського» критерію здається апіорно необхідною навіть для позитивістські орієнтованого дослідника, який неминує має обґрунтувати вибір критеріїв.

Професор Ягеллонського університету (м. Краків, Польща) **Ян Воленський** у доповіді «*Моделі правової аргументації*» виклав свою теорію логічної аргументації в праві. На переконання Воленського, за допомогою теорії правової аргументації можна запропонувати вирішення всіх питань філософії права і, навпаки, дослідження основних питань філософії права неминує приводить до проблематики правової аргументації. При цьому аргументацію він розуміє доволі широко, як «форму взаємодії, де дві чи більше особи затверджують позиції, які розуміються як такі, що не збігаються».

Стосовно права (яке Воленський вважає «паттерном логічності і раціональності») виникає питання: чи варто включати до сфери права

тільки дедуктивну логіку, чи також і неформальну? Учений відповідає, що поняття логіки має вживатися відповідно до «професійних стандартів» і обмежитися тільки «логікою першого порядку» (формальною дедуктивною логікою). Однак логіку першого порядку юрист може розширити за рахунок деонтичної логіки, що пропонує набір різних форм модальності. Це хоч і виводить (за рахунок позанелогічних предикатів і аксіом) юридичну логіку за межі логіки формальної, але дає їй можливість чітко витримувати свої межі і бути для юристів не просто міркуванням, але і доказом. Разом з тим ряд форм юридичної модальності допускає вживання оцінних категорій, що не є логічними і дають юристам змогу виводити свої оцінки виходячи з юридично значущих інтересів.

Воленський підкреслює, що якщо формальна логіка складає основу будь-якої науки, то стосовно сфер різних наукових дисциплін ми маємо розрізняти і різні види неформальної логіки. Деонтична логіка мислиться автором як специфічно юридична і є різновидом неформальної логіки, застосовуваної до права. Вона дозволяє увести в право поряд із формально-логічною адекватністю, також критерії матеріальної правильності.

На другий день роботи конгресу на спеціальному пленарному засіданні відбулася дискусія на тему «Майбутнє правового позитивізму» між професором Університету Буенос-Айреса (Аргентина) **Євгеном Булигіним** і професором Університету Аліканте (Іспанія) **Мануелем Атієнзою**.

Теоретична суперечка про перспективи позитивістської і природно-правової концепції двома відомими правознавцями була переведена у конкретну дискусію з питання співвідношення нормативного позитивізму і теорії правової аргументації. М. Атієнза розкритикував положення концепції правового позитивізму, яке захищає Є. Булигін. Він указав на такі слабкості позиції Булигіна: 1) неможливість раціональної дискусії з питань етики з позицій етичного скептицизму, що ним обстоюється; 2) свідоме спрощення правової дійсності; 3) зневага до питань практичного застосування права; 4) надмірна увага до формально-логічних аспектів права і тому зневага до реальних факторів, що впливають на правозастосовну (судову) практику.

Є. Булигін не погодився з основними положеннями критики М. Атієнзи. По-перше, етичний скептицизм не виключає можливості дискусії про значущість моральних цінностей. Але така дискусія не може претендувати на об'єктивність, оскільки має на увазі наявність згоди за

базовими критеріями оцінки і тим самим є завжди суб'єктивною. Погоджуючись з тим, що у його розумінні теорія права не пов'язана з реальною юридичною практикою, Булігін наполягає на тому, що це необхідна властивість будь-якої теорії, що являє собою концептуальні рамки для фіксації різноманітного фактичного матеріалу і з цим матеріалом не повинна ототожнюватися. Особливо докладно аргентинський правознавець зупиняється на розгляді четвертого аргументу критики. Є. Булігін говорить про те, що потрібно розмежовувати два типи аргументації: про логічну обґрунтованість того чи іншого положення і про психологічну переконливість цього положення. Цей останній тип аргументації (переконання) має бути виключений зі сфери права. Хоча психологічне переконання є істотною частиною будь-якої правозастосовної діяльності, це не повинно спричинити ні визнання цього переконання правовим, ні включення цінностей у зміст права.

У зв'язку з тим, що професор Йельського університету (США) **Сейла Бенхабіб** не змогла взяти участі у форумі, її доповідь *«Про філософську основу космополітичних норм»* було замінено на доповідь *«Геноцид, кримінальне судочинство і примирення»*, з якою виступив професор Вашингтонського університету (США) **Ларі Мей**.

Посилаючись на визначення геноциду, наведене в міжнародних документах, доповідач звернув увагу на те, що геноцид — це дуже серйозний і особливий міжнародний злочин. Найважливіша відмінність геноциду від інших злочинів полягає у тому, що він спрямований на навмисне руйнування соціальної групи. Усі інші міжнародні злочини визначаються в понятті нанесення шкоди окремій людині, і тільки геноцид визначений у понятті як завдання шкоди цілій групі. Судові розгляди, які відбулися останнім часом щодо актів геноциду, значною мірою прискорили просування людства до глобального визнання прав людини і норм міжнародного права. Водночас ці процеси показали, що вони не лише не завжди досягають своєї мети — примирення, але іноді і віддаляють від неї. Досягнення примирення припускає необхідність як соціальних заходів, так і правових. Перші означають не тільки ліквідацію наслідків геноциду, але і вирішення проблем, що спричинили геноцид. Другі — проведення розглядів з повагою до правових норм і прав підсудних, ретельну перевірку доказів про інших можливих учасників (і активних, і пасивних) і т. ін. При цьому слід розрізняти завдання показу правди про злочини, щоб запобігти їх повторення, і забезпечення покарання і стримування злочинців через з'ясування ролі, яку відіграє відповідач.

Третій день роботи конгресу був присвячений проблемам культурного і правового плюралізму. Професор Брюссельського католицького університету (Бельгія) **Марк Ван Хук** у доповіді «*Європейські правові культури в контексті глобалізації*» проаналізував тенденції правового розвитку в сучасній Європі через категорію правової культури.

Ця категорія є досить розпливчастою і містить різноманітні явища духовного життя суспільства (цінності, звичаї, ідеології, концепції і т. п.), але, на думку Ван Хука, вона більш придатна для правового аналізу, ніж категорія традиції. Мислитель виходить з розуміння культури як поєднання розходжень, як комунікації і взаємної інтеграції, спрямованих на формування культурної ідентичності. Сутність змін, що відбуваються в європейському праві, Ван Хук бачить у формуванні нової європейської правової культури.

Ознакою цієї нової культури є конвергенція сфер, що раніше протиставлялися одна одній. Ця конвергенція виявляє себе, у першу чергу, в уніфікації систем права європейських країн під впливом правової практики Євросоюзу і виражається в згладжуванні розходжень між приватним і публічним, матеріальним і процесуальним правом, між принципами ринкового регулювання і «соціального» права. Відзначається цікава діалектика взаємодії загального і континентального права: з одного боку, європейське законодавство викликає появу дедалі більшої кількості кодифікованих актів в англійському праві, з другого боку, практика континентальних і особливо загальноєвропейських судів (Суду з прав людини та ін.) підпадає під очевидний вплив принципів прецедентного права.

З цього погляду Ван Хук критикує етатистський позитивізм. Учений розглядає його як наслідок правового монізму, що дістав розвитку із середини XIX ст. у європейському правознавстві. Ситуація почала кардинально змінюватися із середини XX ст., коли намітилися тенденції до формування радикального правового плюралізму, що виявляється одночасно в поширенні нормативно-правового регулювання на всі нові сфери життя й у збільшенні таких форм права, що ніяк не регулюються публічною владою. Від цих процесів відстає юридична освіта, що дотепер багато в чому ґрунтується на ідеї правового монізму (етатизму). Бельгійський правознавець вважає за необхідне створення загальноєвропейської бакалаврської програми юридичної освіти, у рамках якої право викладалося б поза зв'язком із національною системою права, а особливості цієї останньої пропонує вивчати на більш високому, магістерському ступені освіти.

Професор Університету м. Маямі (США) **Сюзан Хаак**, спираючись на праці й ідеї видатного американського правознавця Олівера Венделла Холмса, у доповіді *«Плюралістична сфера права: до неокласичного правового прагматизму»* порушує питання про методологічне значення прагматизму в правознавстві. Нарікаючи на вульгаризацію прагматизму і на недоліки нових напрямків неопрагматизму, де «теорія права сприймається з побоюванням і навіть з ворожістю», Хаак виступає проти есенціалістських підходів до вивчення права. На її думку, предметом теорії права має стати «вивчення схожості і розходжень у тих явищах, що ми не вагаючись називаємо правовими», і в цьому розумінні теорія права повинна спиратися на принципи наукового і методологічного плюралізму. Американська дослідниця вважає неприпустимим розглядати науково-правові концепції, подібно до платоновських ідей, як щось застигле і таке, що виключає коректування в ході наукового дискурсу, — концепції для неї «є первісно тендітними і схематичними, за своєю суттю відкриті для тлумачення, уточнення, екстраполяції і подальшого дискурсу в межах конкуруючих між собою соціальних інтересів». Методологічною основою для такого підходу в правознавстві може бути ідея юридичного досвіду, озвучена в другій половині XIX ст. О. В. Холмсом, який підкреслював, що право по суті — не логіка, а досвід; і саме у розвитку цього напрямку наукових досліджень Хаак бачить майбутнє неокласичного правового прагматизму.

У доповіді професора Університету Палермо **Франческо Віолі** *«Верховенство права в умовах правового плюралізму»* піднімаються питання правового плюралізму в ракурсі теорії верховенства права. Цю теорію доповідач розглядає як суворо формальну і процедурну наукову концепцію, позбавлену сутнісного змісту — верховенство права не ставить своїм завданням створення справедливого права, а лише окреслює умови, за яких суспільство керується правом, а не свавіллям. Серед таких умов можна назвати не лише волю громадян, але і сприйняття права як форми кооперації соціальних інститутів і громадян, де кожному відведена особлива роль у встановленні, інтерпретації і здійсненні загальнозначущих практичних правил поведінки.

Подібна комунікація можлива тільки при запереченні необхідного зв'язку права і держави і лише в умовах правового плюралізму, до принципів якого автор відносить легітимність різнорівневих джерел права, конкуренцію між системами права та відсутність чіткої і консолідованої нормативної ієрархії. Автор свідомо обмежує своє дослідження рамками

«офіційного правового плюралізму», де джерела права тісно пов'язані з державою, хоча і не заперечує існування неофіційного, соціального права. У межах офіційного правового плюралізму він виокремлює три основних блоки права, що конкурують із правом держави: міжнародне право, наднаціональне право (що виходить за межі окремих держав: приміром, європейське право) і особливий вид політичного права, що веде до нового тлумачення правової системи держави. Переважною тенденцією сучасного права поступово стає перехід від взаємозалежності різних блоків права до взаємопроникнення цих блоків.

У сучасному суспільстві верховенство права характеризується рядом тенденцій: 1) розподілом політичної влади між різними соціальними інститутами, що приводить до виникнення багаторівневого конституціоналізму, а також розвитком «субсидіарності» – тобто появою для суб'єкта можливості вибору правозастосовного органу виходячи зі своїх інтересів та інтересів інших учасників регульованого правом спілкування; 2) необхідністю відкритого обговорення правозастосовної практики і створення можливості для публічного коректування цієї практики; 3) розгляд правотворчості не як диктату суверенної волі, а як формулювання норм, що споконвічно іманентні соціальним відносинам, і які є латентно присутніми в правових правилах, у практиці правової аргументації й інтерпретації; 4) набуття договором за сучасних умов дедалі більшою мірою публічних функцій і якості фактора, що багато в чому визначає розвиток публічного права.

У форматі паралельних пленарних засідань пройшла презентація двох видань: «**Право, права і дискурс. Правова філософія Роберта Алексі**» за редакцією Георга Павлакоса і «**Трактат з правової філософії і загальної юриспруденції**» за редакцією Енріко Паттаро, а також ново-го міжнародного журналу «**Легіспруденція**».

Четвертий день конгресу розпочав доповіддю **Кшиштоф Мотика** (Католицький університет Люблін, Польща) «**Значення філософії права Льва Петражицького**».

У своєму виступі професор К. Мотика підсумував результати багаторічних досліджень творчості Петражицького. По-перше, польський учений переконливо доводить, що такі методологічні посилки теорії Петражицького, як теорія адекватності, теорія емоцій, концепція імперативно-атрибутивної структури правової норми є важливим внеском у правову науку ХХ ст., і зберігають свою актуальність дотепер, так само як і його глибока критика етатистського позитивізму. По-друге, на його

думку, концепція Петражицького є плюралістичною і не може зводитися до якогось одного фактора, зокрема до психології. Ця концепція імпліцитно містить і важливі елементи соціологічного підходу: а саме, ідеї про мотиваційну і виховну роль права, про правову політику як про форму соціальної інженерії.

З цієї точки зору концепція Петражицького становить інтерес саме як виклик догматичному правознавству і як перше дослідження права в аспекті мікросоціальної взаємодії. Цей важливий напрямок теоретико-правових досліджень було розвинуто і видатними учнями Петражицького, серед яких польський учений виділяє П. О. Сорокіна, Г. Д. Гурвича, М. С. Тимашева, М. Я. Лазерсона, Г. І. Гінса. Підкреслюючи значення правової концепції Петражицького для сучасного теоретичного правознавства у світі, К. Мотика особливо виділяє значущість для польської правової науки його ідей, що мали глибокий вплив не тільки у сфері філософії і соціології права, але і скеровували польську правову науку в напрямі емпіричних досліджень і у бік подолання догматизму і формалізму.

Оскільки почесний професор Гельсінського університету, засновник і генеральний секретар Тамперівського клубу (Фінляндія) **Ауліс Аарніо** не зміг прибути на конгрес, його доповідь «*Хто ми? Про соціальну, культурну і правову ідентичність*» була зачитана **Нейлом Маккорміком** (Університет Единбурга, Велика Британія).

У доповіді, спираючись на ідеї, висловлені Г. Х. фон Вригтом і С. Хантінгтоном, були проаналізовані філософські основи і перспективи процесів глобалізації та модернізації крізь призму проблеми європейської ідентичності. Вихідною основою аналізу був обраний внутрішній світ людини, що у сучасній західній цивілізації виявляється фрагментованим, також як і традиція, культура, суспільство. Ця ситуація призводить до руйнування особистості західної людини і, з цього погляду, основною екзистенціальною проблемою стає реконструкція людиною своєї ідентичності. Слідом за фон Вригтом, у доповіді концепція особистості пов'язується із самопізнанням, а оскільки сила особистості є залежною від істинності концепцій, на яких ця особистість ґрунтується, то одна з основних причин руйнування особистості бачиться у фрагментації знання.

Іншим аспектом проблеми фрагментації особистості стає цивілізаційний. «Зіткнення цивілізацій», про яке говорить Хантінгтон, не є випадковим у сучасному світі, воно необхідно впливає із самих основ постмодерністської цивілізації на Заході. Постмодернізм розглядає фрагментацію світу як його необхідну властивість і відтворює це бачен-

ня в ідеологічному, економічному, культурному протистоянні з іншими цивілізаціями. У даному аспекті така позиція являє собою особливу форму фундаменталізму, що провокує аналогічну відповідь з боку інших цивілізацій, у тому числі й ісламської.

Загальнофілософські висновки автора приводять його до проблеми правової ідентичності. Джерела європейської ідентичності виходять з чотирьох принципових ідей, сформульованих ще у Середньовіччі. Мова йде про парламентаризм, ідеї прецедентного, цивільного і природного права. Ці начала в сучасному світі, з одного боку, ще не становлять одне ціле, але, з другого — дають підстави для формування загальноєвропейської правової ідентичності на основі єдиних уявлень про право та форми його реалізації.

Професор Університету Бамберга (Німеччина) **Ян Зікман** переконаний, що ідея правової автономії є однією з ключових для теоретичного правознавства. У своїй доповіді *«Концепція автономії»* він знаходить у цій ідеї два начала, що, на перший погляд, суперечать один одному. Традиційне розуміння автономії зводиться до припущення самозаконності індивіда, можливості вибору ним правових норм. Але за такого підходу зникає така сутнісна ознака норми, як її обов'язковість для учасників правового спілкування. Подолати це можна, як припускає німецький учений, за допомогою моделі автономної аргументації, де судження про норми мають свою передумову в нормативних аргументах. Автономія, на думку Зікмана, означає структуру нормативного прийняття рішень, тобто формальну процедуру обґрунтування значущості і реальності норм.

У цьому розумінні автономією є можливість надання правовим нормам дієвості через нормативні судження, ознакою яких є претензія на загальнозначущість. Набуття правом своєї дієвості (і, отже, перетворення права потенційного на право реальне) відбувається завдяки перебуванню «балансу заснованих на суб'єктивних інтересах аргументів». Цей баланс не виводиться із самих норм і перебуває в процесі аргументації. Інтереси, на думку Зікмана, зовсім не є основним критерієм — дієвість норм мислиться як похідна від «розумної прийнятності» норм і від їхньої здатності «бути універсальними». Автор указує на те, що в межах концепції автономії можна говорити тільки про суб'єктивну значущість. Для загальнозначущості потрібні або соціальний базис, або визнання колективної психологічної дійсності. Саме до останнього висновку схиляється німецький учений, говорячи про «колективну автономну аргументацію» і про «колективне прийняття норм». Зікман змушений припустити існування об'єктивної зобов'язуючої норми, що

дає підстави говорити про «об'єктивну обґрунтованість претензій на загальнообов'язковість», яка випливає з «правильної аргументації».

П'ятий, останній, день конгресу був присвячений питанням буття права в культурному і екзистенціальному аспектах. Доповідь професора Токійського університету (Японія) **Такао Кацурагі** «*Націоналізм, мультикультуралізм і концепція права*» була присвячена культурологічному аспекту проблеми формування правової теорії в умовах мультикультуралізму. У першу чергу, японський учений запитує себе, наскільки національні культури зберегли своє значення в умовах мультикультуралізму, і наскільки принцип національної організації права і держави відповідає тенденціям глобалізації, характерним для нашої епохи. Відповідь на це питання він шукає у межах концепції «ліберального реалізму».

Пошук національної ідентичності, на переконання доповідача, зовсім не повинен припускати прагнення до національного відокремлення в культурному аспекті і до протекціонізму в аспекті економічному, як це традиційно вважалося. Мультикультуралізм у сучасному західному суспільстві не перешкоджає існуванню держав, сформованих за національним принципом — національність формується сьогодні на культурі діалогу, що відображає властиві західній цивілізації плюралізм і толерантність. Японський мислитель підкреслює, що культурна взаємодія — це не механічне зіткнення одноманітних і закритих для інших світів, а являє собою нескінченний процес трансформації суспільних колективів, що взаємопроникають один в одного, змінюючи інші колективи і змінюючись самі.

Зауваження, які наводить Кацурагі про взаємну трансформацію культур, повинні допомогти розвінчати міф про необхідність формальної єдності права і побудувати інший образ права, заснований на ідеї «розумної гнучкості права». Такий образ права не вписується в парадигму «наказу суверена», і мислиться японським ученим скоріше як «владна рекомендація». Владна рекомендація пропонує моделі поведінки, між якими суб'єкт права вибирає найбільш придатну модель для конкретного випадку. Свою концепцію Кацурагі вважає найбільш придатною для зрілої ринкової економіки. У відносинах з державою вона уникає крайнощів як дирижизму, так і класичного лібералізму. У японській філософській традиції ця думка виражається за допомогою концепції «мічі», що являє сполучення типowo азіатського синкретизму і неоконфуціанської ідеї перебування належної міри в процесі самовдосконалення.

У доповіді «*Зовнішній аспект етичного життя правових інститутів*» професор Університету Единбурга (Велика Британія) **Зенон Баньков-**

ський ставить питання про роль позаправового змісту правових інститутів. Як прихильник екзистенціального напрямку в правознавстві, він виходить з тези про наявність глибокого зв'язку між етичним життям людей і діяльністю соціальних інститутів. Саме завдяки цьому зв'язку ми є відкритими для соціального спілкування, що Банківський конструє як відносини обміну.

Учений вважає основним фактором правового життя прагнення до ви-
найдення інституціональної згоди різних життєвих позицій індивідів. Основ-
ну проблему правового спілкування він бачить у психологічному страху зу-
стрічі з Іншим. Сучасний монологічний образ права виник переважно зав-
дяки цьому страхові. Учений пояснює це тим, що в умовах сучасної західної
цивілізації існує деяке «квазіпсихологічне» середовище, що відбирає в нас
волю вибору і примушує діяти в рамках заздалегідь визначеної правової
рутини. Страх невизначеності змушує сучасну людину дедалі частіше від-
мовлятися від участі в процесах створення спонтанного права і вибирати
монологічне право держави з апіорно заданими моделями поведінки.

Це стосується не тільки права, але й міжкультурного обміну в цілому.
Страх зустрічі з Іншим змушує навішувати ярлики на інші культури і циві-
лізації, що здаються небезпечними тільки через те, що вони — «Інші».
Вихід з такої ситуації Баньковський бачить у розвитку «етики межі», що
складається в необхідності постійного розширення рамок нашого досвіду
і готовності «зустрічі з Іншим». Право в цьому аспекті з'являється як «по-
стійний потік взаємодії... у формі плюралізму, де нормативні сфери взаємно
перетинаються, а межі виявляються крихкими».

Пленарні засідання завершилися доповіддю переможця конкурсу
IVR серед молодих вчених **Хелгі Варден «Різноманітність і єдність —
спроба зображення виправданої лінії»**.

Поряд із пленарними засіданнями, які відбувалися у першій поло-
вині дня, з 15. 00 до 19. 00 проходили засідання секцій (49 спеціальних
семінарів і 7 робочих груп).

У рамках Конгресу відбулася Генеральна Асамблея Міжнародної
асоціації філософії права і соціальної філософії, на якій був обраний новий
президент IVR — відомий шотландський філософ права і політичний діяч,
один із авторів тексту Конституції ЄС Нейл Маккормік і новий склад Ви-
конавчого Комітету IVR. Місцем проведення наступного XXIV Конгресу,
який відбудеться влітку 2009 р., було обрано м. Пекін (Китай).

Матеріал підготував

С. Максимов, доктор юридичних наук, професор

Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

«Круглий стіл»

«До 90-ї річниці проголошення III Універсалу Української Центральної Ради»

7 листопада 2007 р. на спільному засіданні кафедр історії держави і права України та зарубіжних країн, теорії держави і права, конституційного права України, міжнародного права і державного права зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, за участю членів відділення теорії та історії держави і права Академії правових наук України відбулося обговорення — «круглий стіл», присвячений питанню державно-правового будівництва в Україні у зв'язку з проголошенням Української Народної Республіки в III Універсалі Української Центральної Ради.

Засідання «круглого столу» відкрив член-кореспондент Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Гончаренко**. Він виступив зі вступним словом, у якому, зокрема, зазначив, що «круглий стіл» проводиться у руслі положень Указу Президента України «Про заходи з відзначення 90-річчя подій Української революції 1917–1921 років та вшанування пам'яті її учасників» від 12 квітня 2007 р.

З доповіддю «Державотворчі ідеї III Універсалу» виступив член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Рум'янець**. Доповідач наголосив, що III Універсал започаткував принципово новий етап у розбудові української державності, а саме — перехід від автономістської до самостійницької концепції бачення державного устрою України, виявом чого стало проголошення Української Народної Республіки.

Програма, намічена Третім Універсалом, була колосальною. Вона передбачала перебудову України на нових засадах, з новими законами та економікою. Універсал ліквідував приватну власність на поміщицькі, монастирські, казенні та церковні землі і проголосив їх власністю трудового народу, до якого вони мали перейти без викупу після Українських Установчих Зборів, тобто проголосив націоналізацію землі. Універсал установлював 8-годинний робочий день, скасував смертну кару і про-

голосив загальну амністію політичним в'язням і надавав усім національним меншинам в Україні повні права і свободи.

Значне місце в Універсалі посідала ідея федерації. Проголосивши Українську Народну Республіку, Центральна Рада одночасно заявила про прагнення «щоб уся Російська Республіка стала федерацією рівних і вільних народів».

Підтвердження курсу на федерацію з Росією, де вже владу захопили більшовики, від яких Центральна Рада не мала жодного запевнення, що вони шануватимуть її угоду з Тимчасовим урядом про автономію України, було, безумовно, актом суперечливим. Тимчасового уряду, з яким Центральна Рада уклала угоду про федерацію, не стало, до більшовиків Рада від самого початку поставилась негативно, але іншого уряду в Росії не було. Виникає запитання: так з ким же Українська Народна Республіка збиралася утворювати федерацію? Причина такого кроку полягає в тому, що провідники Центральної Ради були прихильниками ідеї федерації і палко бажали втілення її у життя. І це не випадково, адже ідея федерації була провідною в політико-правовій думці Наддніпрянської України протягом другої половини XIX — початку XX ст. Але при цьому, говорячи про федерацію, українські діячі 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 демократичні республіки, які були б об'єднані у федерацію.

З доповіддю «III Універсал Центральної Ради і утворення Української Народної Республіки» виступив доктор юридичних наук, професор кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Єрмолаєв**, який зазначив, що III Універсал проголосив утворення Української Народної Республіки (УНР), повновладдя Центральної Ради і Генерального Секретаріату. Універсал, таким чином, закладав самостійність верховної влади УНР, нічим не обмеженої у сфері внутрішнього державного життя, законодавства, управління і суду. Тільки у відносинах з іншими державами УНР була обмежена положенням щодо федеративного зв'язку з Росією. Поява нової держави, визначення її демократичних засад, ставши історичним явищем, відкривали широкі можливості для активного державо- і законотворення. Почалася активна підготовка законопроектів. З цією метою у Малій Раді було сформовано спеціальну комісію з розгляду законопроектів. Уже 25 листопада 1917 р. був прийнятий закон про ви-

ключне право УЦР видавати законодавчі акти УНР та закон про її утримання за державний рахунок. У першому із них йшлося про порядок видання законів, розмежування повноважень на видання нормативно-правових актів між УЦР і її урядом: Центральна Рада видає закони і постанови від імені УНР, за Генеральним Секретаріатом закріплювалося право «видавати розпорядження в обсягу урядування на основі законів». Таким чином, закон обумовлював і закріплював законодавчі повноваження виключно за Центральною Радою, розпорядчі повноваження — за Генеральним Секретаріатом.

З доповіддю «Гуманістичний характер III Універсалу Української Центральної Ради» виступив професор **В. Гончаренко**, який зазначив, що гуманізм у праві є однією з найсуттєвіших якостей, органічно властивих праву, а конкретний зміст кожної правової норми в ідеалі повинен визначатися такими притаманними гуманізму сутнісними цінностями, як свобода, рівність, справедливість. Аналіз змісту III Універсалу дає підстави стверджувати, що червоною ниткою через увесь документ проходить ідея свободи, рівності, справедливості. Так, оповістивши про те, що «Віднині Україна стає Українською Народною Республікою», III Універсал закладав підвалини для відродження української держави після кількавікового перебування українських земель у складі Російської імперії, з подальшим об'єднанням з Російською Республікою, яка б «стала федерацією рівних і вільних народів». Ідеями гуманізму пронизані положення III Універсалу про встановлення на підприємствах 8-годинного робочого дня, ініціювання розпочати мирні переговори про закінчення Першої світової війни, про скасування смертної кари в Україні, про визнання національно-персональної автономії всіх народностей, «на Україні суцях», а також про забезпечення громадянам в УНР «свободи слова, друку, віри, зібрань, союзів, страйків, недоторканності особи й помешкання, право й можливість уживання місцевих мов у зносинах з усіма установами». Гуманістичні програмні положення III Універсалу у подальшому були втілені у законодавчих актах Центральної Ради, у тому числі у Конституції УНР 1918 р.

З доповіддю «Механізм реалізації прав національних меншин за III Універсалом Центральної Ради» виступив доктор юридичних наук, професор конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **В. Колісник**. Він зазначив, що найважливішим документом національної політики УНР став III Універсал, в якому було однозначно визначено засадничі ідеї, покладені в основу національної політики УНР

та механізму реалізації прав національних меншин. По-перше, встановлена головна мета національної політики, яка полягала у забезпеченні вільного національного розвитку всіх національних меншин. Це означало перехід від політики пригноблення та штучного обмеження розвитку національних меншин, яка проводилася Російським самодержавством, до толерантної національної політики. По-друге, запроваджувалася оригінальна форма реалізації національно-культурних прав: національно-персональна автономія, яка мала б забезпечити меншинам свободу самоврядування у сфері національного життя, тобто самостійного вирішення питань національно-культурного розвитку. По-третє, в Універсалі виокремлено три найбільші національні меншини: російську, єврейську та польську, що є знаковою подією, хоча й за іншими меншинами визнавалося право на національно-персональну автономію. По-четверте, Універсал передбачав розробку відповідного законопроекту.

Невдовзі Центральна Рада ухвалила Закон «Про національно-персональну автономію», який для свого часу був досить виваженим, відрізнявся високим рівнем юридичної техніки і містив юридичне закріплення кількох прогресивних ідей щодо яких у багатьох країнах лише точилися дискусії. Заслуга Центральної Ради полягає в тому, що вона однією з перших здійснила спробу перевести досить привабливі ідеї та гасла щодо подолання наслідків національного пригноблення та дискримінації національних меншин у практичну площину. До того ж і в подальшому досвід Центральної Ради мав позитивний вплив на формування національної політики на теренах України та згодом був використаний, зокрема, Директорією.

Кандидат історичних наук, доцент кафедри конституційного права України НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Лукаш** у доповіді «III Універсал Української Центральної Ради й політичні партії (щодо положення про взаємини з Росією)» зазначив, що революція в Петрограді, падіння Тимчасового уряду поставило Українську Центральну Раду (УЦР), представників політичних партій, що входили до її складу, перед необхідністю визначити власну політичну позицію в принципово нових політичних умовах. Зміст положення Третього Універсалу щодо характеру взаємовідносин з Росією обумовлюється тим, що, по-перше, для українських політиків кардинальна зміна політичного вектору, як і в березні 1917 р., була неочікуваною; по-друге, УЦР під час існування Тимчасового уряду, незважаючи на протилежну точку зору деяких політичних партій, перебувала у фарватері його політики; по-третє, не було

єдності серед українських політичних партій щодо визначення політичної позиції УЦР, іноді доходило до ворожнечі між деякими з них; по-четверте, доволі вагомим був вплив неукраїнських політичних партій; по-п'яте, політичні партії, що входили до складу УЦР, унаслідок об'єктивних та суб'єктивних причин не проявили достатньої рішучості як у постановці найбільш актуальних завдань у швидкоплинному й суперечливому революційному процесі, так і в їх вирішенні. Сказане, як уявляється, значною мірою обумовлює те, що в основу положення про взаємини з Росією Третього Універсалу лягли програмні установки провідних українських політичних партій, прийнятих у зовсім інших політичних умовах.

Кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого **Л. Шипілов** у своїй доповіді підкреслив, що III Універсал Української Центральної Ради, ухвалений 7 листопада 1917 р., став першим актом конституційного характеру щойно проголошеної Української Народної Республіки. Його прийняття стало логічним завершенням двох попередніх універсалів і легальною передумовою наступного — IV, що ствердив державну незалежність України. Таким був тяжкий шлях еволюції політичних поглядів ідеологів Центральної Ради. Перехід на позиції самостійності в них мав вимушений характер, під тиском зовнішніх обставин, і відбувався тоді, коли сама державність уже втрачалася.

Водночас, саме питання суверенності України не було продуктом творчості УЦР, а постало ідеологічною доктриною на поч. XX ст., виразники якої намагалися активно впливати на політику українського предпарламенту. Фундатором цієї течії був харківський адвокат, активний учасник національно-визвольних змагань 1917–1921 рр., Микола Іванович Міхновський (1873–1924), автор твору «Самостійна Україна», в якому вперше набули свого юридичного обґрунтування підстави державної незалежності України.

З історико-правового боку, М. Міхновський, констатуючи статус України в Російській імперії як колоніальний, досліджує підстави інкорпорації України до складу Росії. За Переяславською угодою 1654 р. постала «спілка держав», об'єднання, за якого його суб'єкти зберігають ознаки державного суверенітету. Сама угода мала двосторонній та безстроковий характер, тому порушення її умов спричиняє або примус до виконання, або визнання договору недійсним. Враховуючи практику систематичних порушень Росією березневих статей, український народ,

за М. Міхновським, є вільним від будь-яких зобов'язань та має відновити свій статус незалежної держави. Разом з тим, посилаючись на засади міжнародного права, М. Міхновський обґрунтовує принципи національного суверенітету: кожна нація прагне до утворення незалежної держави; лише національна держава може дати своїм громадянам свободу духовного та матеріального розвитку; розквіт індивідуальності можливий лише в державі, для якої її плекання є метою, а відтак «державна самостійність — це головна умова існування нації, а державна незалежність — це національний ідеал у ділянці міжнаціональних відносин».

З доповіддю «Третій Універсал Центральної Ради про забезпечення прав національних меншин» виступила кандидат історичних наук, доцент кафедри теорії держави і права НЮА України імені Ярослава Мудрого **М. Окладна**. Вона зазначила, що Українська Центральна Рада стає провідником національно-визвольної боротьби всього українського народу, який виразно й однозначно демонстрував прагнення до створення суверенної держави. Центральна Рада враховувала поліетнічний фактор тогочасної України, адже значний відсоток її населення становили національні меншини, їхнє правове становище в Україні після Лютневої революції 1917 р. було неоднозначним. Суттєвим досягненням у забезпеченні прав національних меншин стало врегульоване використання їхніх мов. Третім Універсалом від 7 листопада 1917 р. Українська Центральна Рада гарантувала право національним меншинам використовувати їхню рідну мову у разі звертання до будь-яких установ. Таке ж право стосувалося й взаємовідносин в економічній галузі. Українська Центральна Рада 7 грудня 1917 р. ухвалила форму державних кредитових білетів, на яких були написи, крім української, російською, єврейською і польською мовами. Третій Універсал не лише підтвердив право національних меншин на автономний розвиток, а й зобов'язав Генеральний Секретаріат у найкоротший термін подати відповідний законопроект. Найвагомішим здобутком Центральної Ради по забезпеченню прав національних меншин став Закон «Про національно-персональну автономію». Питання про національно-персональну автономію розглядалося в контексті ухвалення Конституції УНР 29 квітня 1918 р. У її розділі VIII — «Національні союзи» — буквально повторено Закон «Про національно-персональну автономію». Ідея національно-персональної автономії, проголошена в Третньому Універсалі, знайшла своє відображення й в освітній політиці. Отже, Українська Центральна Рада розуміла значення правового регулювання етнопонаціональних відносин у по-

літнічній державі, провадила наполегливі теоретичні пошуки, які набули головного правового оформлення в Конституції УНР і Законі «Про національно-персональну автономію». У сучасній незалежній Україні Закон 1992 р. «Про національні меншини в Україні» розвинув основні положення III Універсалу Центральної Ради стосовно юридичних гарантій забезпечення прав національних меншин. Разом з іншими нормативними актами, міжнародно-правовими документами він загалом створив законодавчу базу, яка дає можливість у наш час забезпечувати їх права.

З доповіддю «III Універсал УЦР в контексті міжнародного права» виступив кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права і державного права зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **О. Тарасов**. Доповідач зазначив, що прийняття III Універсалу було безпосередньо пов'язано з подіями у Петрограді 7 листопада 1917 р. Проголошення УНР у рамках федеративної Росії значно посилювало політичний статус української делегації на можливих переговорах з новим російським урядом. Фактично починається розбудова національної держави та самостійної зовнішньої політики, однак, остаточного рішення про незалежність від Росії ще не було прийнято. Саме тому на переговорах у Брест-Литовську країни Четверного союзу ще не могли укласти з Україною мирного договору, хоча і визнали самостійний статус української делегації. Цьому також допомогла початкова невизначеність позиції більшовиків щодо УНР. Міжнародно-правовий статус УНР у цей період можна визначити терміном «протодержава», тобто суверенне національно-територіальне утворення, що ставить за мету досягнення статусу незалежної держави згідно з принципом рівноправності та самовизначення народів.

З доповіддю «Українська Центральна Рада і земське самоврядування» виступив кандидат юридичних наук, доцент Полтавського факультету НЮА України імені Ярослава Мудрого **А. Козаченко**. Він підкреслив, що навесні 1917 р. лідери УЦР вважали, що в результаті українізації, демократизації й модернізації земств вони повинні трансформуватися у справжні органи місцевого самоврядування, на які спиратиметься українська державність. III Універсал УЦР визнавав діяльність в УНР органів місцевого самоврядування. Але Універсал мав суперечливий характер — проголошував розширення повноважень органів самоврядування і одночасно підпорядковував їх Генеральному секретаріату Внутрішніх Справ, як це було до Лютневої революції 1917 р., коли земства контролювало Міністерство Внутрішніх Справ Російської імперії.

Такий контроль суперечить демократичним принципам діяльності місцевого самоврядування. Після прийняття III Універсалу УЦР робила спроби реформувати земства, намагалася підтримати їх фінансово та надавала їм додаткові повноваження. Але одночасно УЦР ухвалювала рішення, котрі обмежували повноваження земств. А навесні 1918 р. УЦР розпочала підготовку з метою ліквідації земств і запровадження принципово нової системи місцевого самоврядування. Отже, як юридично так і фактично, політика УЦР щодо земського самоврядування мала неспішний і суперечливий характер.

Кандидат історичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Черниченко** виступив з науковим повідомленням «Партійний склад Центральної Ради та його вплив на соціальну програму, проголошену в її III Універсалі». Як зазначив доповідач, до Центральної Ради в різні періоди входило 19 політичних партій: українські, російські, єврейські, польські, 17 з яких називали себе соціалістичними. Саме політичні партії визначали характер діяльності Ради, її фракції утворювалися за партійними принципами. Найчисленнішими серед них були фракції УСДРП і УПСР, лідером якої фактично був М. С. Грушевський. Протягом всього існування Центральної Ради ці дві фракції задавали тон її роботи, контролювали всі структури, починаючи від Генерального Секретаріату і закінчуючи окремими комісіями. Ефективно діяла Мала Рада, головою якої незмінно впродовж її існування був М. С. Грушевський. Мала Рада формувалася на основі пропорційності між фракціями, що складала Велику Раду. У серпні 1917 р. з 65 її членів до українських партій належали 35, єврейських — 15, російських — 10, польських — 4 особи. Найбільше місць у Малій Раді (по 14) мали УСДРП та УПСР, остання, не рахуючи М. Грушевського, який формально вважався безпартійним. Кількісний паритет між цими партіями зберігався до початку 1918 р.

Така розстановка політичних сил у Малій Раді стала вирішальною при поіменному голосуванні її членів 7 листопада за прийняття III Універсалу, і, зрозуміло, за його соціальну програму. Із присутніх 47 членів (відсутні 5–6 чоловік) проголосували «за» 42 особи (представники всіх українських і єврейських партій), «проти» — 0, утрималися 5 чоловік: 2 російських есери, 2 меншовики і 1 представник Польського демократичного центру. Такі пункти соціальної програми Універсалу, як скасування приватної власності на землю та проголошення її власністю всього трудового народу, встановлення 8-годинного робочого дня, запровадження

державного контролю над продукцією промисловості та інші були взяті авторами цього документа із політичних програм УСДРП і УПСР.

З науковим повідомленням «Правова природа III Універсалу Центральної Ради» виступила асистент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Г. Каратаєва**. Вона зазначила, що історія української правотворчості знає різні види правових актів. Відомо, що за часів Б. Хмельницького приймалися такі акти, як універсали, інструкції, накази, листи. Подібні назви використовувались у законодавчій діяльності і наступних українських гетьманів. Серед зазначених правових актів Універсали мали найвищу юридичну силу.

У новітній час цю традиційну назву українських правових актів взяла на озброєння і Українська Центральна Рада, яка прийняла чотири Універсали.

За своєю природою III Універсал відрізняється від перших двох. Він приймався під час проголошення УНР, що робило його цілком легітимним. Він є документом законодавчого органу — Української Центральної Ради, яка прийняла на себе повноваження «давати закони» до Установчих Зборів України. Аналіз змісту III Універсалу дає підстави стверджувати, що цей документ був правовим актом так званого змішаного типу, тобто в ньому вміщувались положення як директивно-програмного характеру, що мали бути деталізовані в наступному законодавстві, а також положення нормативного характеру. Ними були, зокрема, норми про встановлення 8-годинного робочого дня, скасування смертної кари, скасування права власності на поміщицькі, монархистські, кабінетські, церковні землі тощо. У сучасний період не позбавлена сенсу думка науковців про доцільність уведення в законодавчу практику такого акта, як універсал.

З науковим повідомленням «Стан української кооперації в період діяльності Центральної Ради» виступила кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **С. Пирогова**. Доповідачка зазначила, що після прийняття 7 листопада 1917 р. III Універсалу, який проголосив Україну республікою, перед владою України постали проблеми державного і соціально-економічного будівництва. Але діяльність Центральної Ради в економічній сфері, зокрема правове регулювання останньої, розвивалася неоднозначно. Прийняті законодавчі акти охоплювали далеко не всі галузі економіки. Не набула належного правового регулювання і кооперація, тоді як саме у 1917–1918 рр. у країні відбу-

валося формування самодіяльної національної кооперативної системи. Перемога Лютневої революції 1917 р. і ухвалені Тимчасовим урядом закони про кооперацію створили сприятливі умови для розвитку українського кооперативного руху окремим від російської кооперації шляхом. Вся діяльність фундаторів кооперації України у цей час була спрямована на будівництво національних кооперативних центрів, підготовку і проведення кооперативних з'їздів. Вироблялася політика щодо державної влади, обиралися керівні органи і визначалася організаційна структура кооперативного будівництва. До праці на високих урядових посадах були залучені відомі українські кооператори: Б. Мартос — секретар земельних справ Генерального Секретаріату Центральної Ради, Х. Барановський — секретар фінансів, М. Стасюк — секретар продовольчих справ Генерального Секретаріату. Але незважаючи на значні успіхи кооперативного руху, українська кооперація не дістала в цей час завершеної системи. Необхідною умовою кооперативного будівництва мали стати розробка та прийняття законів, які б регламентували роботу кооперації і формували належне правове поле її діяльності. На жаль, це важливе завдання залишилося невиконаним.

З науковим повідомленням на тему «Питання правового становища національних меншин у III Універсалі Центральної Ради» виступила кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **К. Лісогорова**. Доповідачка зазначила, що проголошення Центральною Радою III Універсалу було підсумком державотворчого процесу, який тривав упродовж майже восьми місяців. Центральна Рада ще на початку свого функціонування приділяла значну увагу проблемі правового статусу національних меншин в Україні. III Універсалом Центральна Рада надавала права національним меншинам на використання рідної мови у взаємовідносинах з будь-якими установами. Також III Універсал зобов'язав Генеральний Секретаріат у найкоротший термін подати законопроект про національно-персональну автономію, який і було ухвалено у січні 1918 р. Однак на вирішення питання щодо національних меншин вплинула складна політична ситуація, яка склалася не на користь Центральної Ради.

З науковим повідомленням «Питання кордонів України за часів УНР» виступила кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **І. Скуратович**. У своїй доповіді вона акцентувала увагу на ролі III Універсалу у вирішенні питання території Української Народної Республіки. Центральна Рада вважала беззаперечним входження

до УНР земель Харківщини, Поділля, Волині, Чернігівщини, Полтавщини, Київщини, Катеринославщини, Херсонщини, Таврії (без Криму). Але проблему кордонів Універсал відкладав до визначення «зорованої волі народів» щодо приєднання до УНР частини території Холмщини, Курської, Воронежчини та суміжних губерній і областей, де більшість становило українське населення. Ця позиція Центральної Ради стала визначальною в незалежній УНР, проголошеній IV Універсалом, у переговорах з Німеччиною, Австро-Угорщиною, Болгарією й Туреччиною у Бресті. Мирним договором з цими державами було визначено кордони між УНР та Австро-Угорщиною.

Аспірантка кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Г. Пономарьова** виступила з науковим повідомленням на тему: «Вибори до Українських Установчих Зборів». Доповідачка зазначила, що сьогодні для становлення інституту виборів практичний інтерес має виборче законодавство та практика проведення виборів, зокрема в Українській Народній Республіці. Перші демократичні вибори в Україні відбулися саме за часів УНР. Про це свідчить правовий аналіз «Закону про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки» та «Інструкції для користування розділом I Закону про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки» від 11–16 листопада 1917 р.

Із проголошенням I Універсалу УЦР гостро постало питання про скликання Українських Установчих Зборів. У серпні VI сесія УЦР доручає спеціальній комісії їх підготовку: розробку закону про вибори, визначення компетенції майбутніх Установчих Зборів. Відповідно до Закону Установчі Збори мали складатися з членів, обраних людиною на основі загального, рівного, прямого виборчого права і таємного голосування з дотриманням принципу пропорційного представництва. III Універсал УЦР призначив вибори на 27 грудня 1917 р. За результатами проведення виборів за тогочасних несприятливих умов Головною комісією було визнано дійсним обрання лише 172 депутатів. Активність населення на виборах до Українських Установчих Зборів була низькою. Відомо, що не виявлено жодної волості та повіту по всій Україні, де б вибори відбулися на всіх дільницях.

З науковим повідомленням «III Універсал УЦР і проблеми реформування судової системи в Україні» виступила здобувач кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Н. Стеценко**. У своїй доповіді вона, зокрема, зазначила, що III Універсалом була окреслена програма соціальних, економічних

та політичних перетворень в Україні. На цей час суд виявився одним з найбільш занедбаних інституцій. Ще в Декларації Генерального Секретаріату від 27 червня 1917 р. робилися спроби формування національного судового органу.

У III Універсалі зазначено новий етап врегулювання діяльності судових органів: «Суд на Україні повинен бути справедливий, відповідний духові народу...» Справедливість розуміється як кінцевий результат судового розгляду справ — своєчасне виконання судових рішень. Це завдання було покладено на Генеральне Секретарство судових справ. Необхідно наголосити, що формування органів юстиції відбувалося в досить складних умовах, але керівництво Генерального Секретарства знаходило кошти, упорядковувало приміщення для плідної праці суддів та виконавців судових рішень. Треба зазначити, що в цей час надавалися умови для фахової підготовки працівників судових установ.

III Універсал мав установчий характер. Тому цей історичний документ не оминув увагою питання судоустрою як важливого атрибуту незалежної України.

На актуальних питаннях українського державотворення в контексті положень III Універсалу УЦР зосередили увагу інші учасники «круглого столу», які виступили з науковими повідомленнями, а саме: кандидати юридичних наук, доценти кафедри історії держави і права України та зарубіжних країн НЮА України імені Ярослава Мудрого **Т. Матвєєва** (тема «Кримінальне право за часів УНР»), **В. Лизогуб** (тема «III Універсал про права людини»), **О. Криворучко** (тема «III Універсал Центральної Ради та заходи у промисловій політиці»), асистент цієї ж кафедри **Н. Харасик** (тема «Щодо положень III Універсалу про скасування приватної власності на землю»), здобувачі цієї ж кафедри **І. Золочевський** (тема «Свобода слова та друку у III Універсалі Центральної Ради»), **В. Білик** (тема «Про деякі питання особистих немайнових прав людини у III Універсалі Центральної Ради»).

Із заключним словом виступив професор В. Гончаренко, який визначив, що робота «круглого столу» пройшла у конструктивному руслі, а результати, отримані у процесі обговорення, можуть бути використані у подільшій науковій роботі, а також у процесі викладання такої навчальної дисципліни, як історія держави і права України.

Матеріали підготував

В. Гончаренко, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПРН України

Огляд «круглого столу», присвяченого 100-річчю з дня народження М. Й. Бару

11 грудня 2007 р. у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого з приводу 100-річчя з дня народження професора Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, доктора юридичних наук, Заслуженого працівника вищої освіти, Лауреата Державної премії УРСР Мирона Йосиповича Бару було проведено «круглий стіл», у роботі якого взяли участь фахівці з трудового та цивільного права.

Відкрив засідання завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого кандидат юридичних наук, доцент **В. Жернаков**, який розповів про життєвий та науковий шлях славетного вченого. Трудову діяльність М. Й. Бару розпочав у 14 років секретарем Губернського суду м. Житомира, де працював з 1921 до 1925 р. У 1925 р. здійснилась юнацька мрія М. Й. Бару — він став студентом правового факультету Харківського інституту народного господарства, який закінчив з відзнакою у 1929 р. і отримав спеціальність юриста. Закінчивши інститут з відзнакою, М. Й. Бару мав можливість залишитися в ньому на викладацькій роботі, але він пішов на практичну роботу і почав працювати консультантом Наркомторгу УРСР, де пропрацював з 1929 до 1931 р. Набувши практичного досвіду, М. Й. Бару приймає рішення повернутися до інституту і розпочати в ньому науково-педагогічну діяльність. З 1931 р. М. Й. Бару працює викладачем у Харківському юридичному інституті (тепер Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого) і одночасно займається науковою діяльністю. Враховуючи те, що в 30–40 рр. минулого століття в СРСР у сільському господарстві широко впроваджувалося колгоспно-кооперативне будівництво, М. Й. Бару підготував кандидатську дисертацію на тему «Відшкодування шкоди в колгоспі», яку захистив у 1939 р. у Київському Державному університеті імені Т. Г. Шевченка.

У період Великої Вітчизняної війни М. Й. Бару перебуває на фронті на посадах військового слідчого та помічника військового прокурора Волховського та Ленінградського фронтів, але з 1 червня 1943 р. його відкликають з лав діючої Армії та направляють на викладацьку роботу до Саратовського юридичного інституту. Після визволення м. Харкова від фашистських загарбників М. Й. Бару повертається до Харківського

юридичного інституту і починає працювати на кафедрі цивільного права і цивільного процесу інституту.

У 1954 р. на базі викладацького складу кафедри цивільного права і цивільного процесу було утворено нову кафедру інституту — трудового, земельного і колгоспного права, яку очолив М. Й. Бару. З притаманною йому енергією він почав займатись проблемами трудового, колгоспного та земельного права та підготовкою фахівців для цієї кафедри. Під його науковим керівництвом на кафедрі підготували і захистили свої дисертації професори О. Т. Барабаш, О. І. Процевський, П. І. Жигалкін, доцент Г. С. Гончарова та інші науковці.

Сам М. Й. Бару в цей час підготував докторську дисертацію на тему «Відплатність та безоплатність у радянському цивільному праві», яку захистив у Всесоюзному інституті юридичних наук у 1958 році. У 1959 р. М. Й. Бару отримав науковий ступінь доктора юридичних наук, а у 1960 р. — вчене звання професора.

М. Й. Бару був талановитим педагогом та відомим ученим у галузях цивільного та трудового права і однаково поглиблено досліджував як проблеми цивільного, так і проблеми трудового права. Головними напрямками його наукових досліджень, зокрема, були проблеми авторських прав і відшкодування шкоди за нормами цивільного законодавства, проблеми трудової честі та гідності працівників, взаємні права і обов'язки сторін трудових правовідносин та ін. Наукова школа під керівництвом професора М. Й. Бару досліджувала проблеми, пов'язані із реалізацією немайнових інтересів у трудовому праві, а також з підвищенням юридичних гарантій працівників у трудових правовідносинах. Мирон Йосипович опублікував понад 200 наукових праць. Важливіші з них: «Регресні зобов'язання у трудовому праві» (1962 р.), «Охорона трудової честі за радянським законодавством» (1966 р.), «Основи радянського трудового законодавства» (1974 р.), підручник за його редакцією «Радянське трудове право» (1975 р.).

Маючи величезний науковий потенціал як фахівець у галузі цивільного права, М. Й. Бару привніс до трудового права новий погляд на його предмет та зміст трудових правовідносин. Так, регресні зобов'язання у трудовому праві він вбачав і у відшкодуванні шкоди, заподіяної підприємству діями керівника, який незаконно звільнив або перевів на нижчеоплачувану роботу працівника, і у відшкодуванні шкоди, заподіяної здоров'ю працівника на виробництві, і у відносинах із матеріальною відповідальності працівника перед підприємством. Моральну оцінку праці,

що виражає немайновий елемент у трудовому правовідношенні, він справедливо пов'язував з трьома різновидами прав: правом на трудову честь, правом на заохочення, правом на просування. Ці та багато інших його наукових позицій відкрили нові напрями наукових досліджень та знайшли належну реалізацію у законодавстві про працю.

В. І. Борисова, завідувач кафедри цивільного права №1, кандидат юридичних наук, доцент, привітавши учасників з початком роботи «круглого столу», зазначила, що, незважаючи на те що левову частку свого життя видатний вчений М. Й. Бару присвятив проблемам трудового права, він завжди залишався вірним своїй «першій любові» — цивілістиці. Про це свідчить хоча б те, що вже працюючи завідувачем кафедри трудового права, він захистив докторську дисертацію на тему «Відплатність та безоплатність у радянському цивільному праві» (1958 р.), основні положення якої і в умовах сьогодення не втратили своєї цінності. Будь-яке дослідження в галузі цивілістики, пов'язане з проблемами договірного права, зокрема, з дослідженням таких договорів, як дарування, рента, довічне утримання (догляд) та інші, як правило, ґрунтуються на фундаментальних положеннях цієї праці. Причому це стосується не тільки наукових досліджень українських правників, а й досліджень вчених РФ, Казахстану та інших країн. Про те, що М. Й. Бару залишався цивілістом, свідчить і той факт, що в широкому колі його наукових інтересів впродовж всієї наукової діяльності особливе місце займали дослідження з проблем житлового права (монографія «Жилищное право граждан в СССР», 1956 р.), авторського і патентного права (монографія «Охрана прав авторов, изобретателей и рационализаторов», 1984 р.).

У виступі В. І. Борисової також зазначалося, що цивільно-правові дослідження М. Й. Бару мали чітко виражену практичну спрямованість — удосконалення чинного законодавства і базувалися на ґрунтовному аналізі судової практики.

Доцент кафедри трудового права, доктор юридичних наук **О. Ярошенко** свій виступ присвятив науковим дослідженням М. Й. Бару проблем єдності і диференціації правового регулювання праці та оціночних понять у трудовому праві. Цей видатний учений вважав, що деталізація й конкретизація єдиних основоположних принципів трудового права досягається шляхом диференціації, що виражається у врахуванні особливостей тих чи інших відносин у цілому чи особливостей окремих сторін і ризиків відносин. Досліджуючи проблеми диференціації, М. Й. Бару відмічав її нерозривний зв'язок з уніфікацією. На його думку, «якщо процес ди-

ференціації виражається в поглибленні пізнання об'єкта дослідження й у всебічному проникненні в суть явищ, що, безсумнівно, позначається на результатах наукових пошуків, то інтеграція призводить до синтезу, до об'єднання наук і чинить свій вплив на об'єкти досліджень також у позитивному сенсі з погляду досягнення нового, більш високого ефекту в науці. Позитивні сторони уніфікації законодавства значні: вона зменшує обсяг нормативного матеріалу, виключає елементи нормативного дублювання, полегшує вивчення й застосування правових норм, усуває невинуваті випадки диференціації».

Усім галузям вітчизняного права, у тому числі й трудовому, властиво поділяти юридичні норми з урахуванням їх функціональної ролі у правовому регулюванні на загальні і спеціальні, що вирізняються за обсягом упорядкування суспільних відносин. Конкретизація загальних положень трудового законодавства до окремих категорій працівників полягає у використанні на практиці загальних норм (закріплюють принципові положення для всіх працівників без винятку, забезпечують єдність у правовій регламентації відносин у цій сфері) та спеціальних (передбачають визначені законом винятки із загального правила для особливих випадків). М. Й. Бару наполягав — спеціальна норма може не скасовувати загальної, а діяти разом і поряд з останньою.

Думка М. Й. Бару, що диференціація трудового законодавства досягається і за допомогою норм-альтернатив, коли законодавець установлює можливість правозастосовчим органом використання різних варіантів рішення, дістає підтвердження в чинному трудовому законодавстві. Зокрема, статтею 83 КЗпП України встановлено: у разі звільнення працівника йому виплачується грошова компенсація за всі невикористані ним дні щорічної відпустки, а також додаткової відпустки тим працівникам, які мають дітей. При переведенні працівника на роботу на інше підприємство грошова компенсація за невикористані ним дні щорічних відпусток за його бажанням повинна бути перерахована на рахунок підприємства, куди перейшов працівник. Законодавець фактично дає право працівникові при переведенні на інше підприємство визначати частку своєї грошової компенсації.

М. Й. Бару справедливо зазначав, що загальна уява про диференціацію була б неповною без суб'єктної диференціації. Він підтримав порушене в юридичній науковій літературі того часу питання про диференціацію правового регулювання праці молоді й жінок (в силу виконуваної ними особливої функції материнства). Обстоюючи свою

позицію, вчений вказав на те, що «диференціація корениться не тільки в об'єктивних умовах процесу праці, вона у ряді випадків визначається суб'єктивним складом учасників трудових відносин».

Доцент кафедри трудового права, доктор юридичних наук **С. Прилипко** у своєму виступі відмітив наукову розробку М. Й. Бару проблеми місця та ролі оціночних понять у трудовому праві. Застосування норм з оціночними поняттями він розглядав як своєрідний прийом, відмінний і від усунення прогалин у праві, і від трактування чинних правових норм. Сутність оціночного поняття полягає в тому, що нормотворчі органи свідомо надають правозастосувачу можливість вільної оцінки ситуації з огляду на конкретні обставини справи. Передаючи вирішення певного питання на розсуд органу, що застосовує нормативно-правовий акт, нормотворець у такий спосіб виражає також свою волю. Присутність у текстах нормативних правових актів про працю оціночних понять є неминучою, але це не свідчить про наявність прогалин у трудовому праві, оскільки не завжди можна дати належне юридичне визначення того чи іншого явища, що вимагає правового регулювання.

Оскільки оціночні поняття конкретизуються й уточнюються правозастосувачем, то неминучим є суб'єктивний підхід до оцінки конкретних обставин справи. Ці поняття відкривають простір для псевдотворчого розсуду суб'єктів, які застосовують приписи трудового законодавства. Слід погодитися з М. Й. Бару в тому, що наявність вичерпного чи хоча б взірцевого переліку може нейтралізувати небажані наслідки суб'єктивного підходу до оцінки фактів. Якщо є можливість викласти правові норми в тексті нормативного акта в узагальненому вигляді, тобто у формі так званого абстрактного визначення, або привести вичерпний перелік фактів та обставин, нормотворчі органи, без сумніву, зобов'язані це зробити. Норма права з оціночними поняттями має використовуватися, коли немає можливості викласти її в інший спосіб, оскільки це не будь-яка норма права, а лише та, що не конкретизована нормотворчими органами з об'єктивної причини — через неможливість вжиття іншої юридичної конструкції.

Професор кафедри цивільного права, доктор юридичних наук **І. Спасибо-Фатєєва** зазначила, що цивільне право, будучи базовою інституцією в праві, тісно пов'язане з іншими його інституціями, зокрема трудовим правом. Урахування цього зв'язку є необхідним як із теоретичної точки зору, так і обумовлюється практикою. Іноді ситуацію, що складається з приводу цілого комплексу правовідносин, неможливо розцінити однобічно без досвіду, який надається науковцями та фахів-

цями цивільного та трудового права. Саме такий підхід демонструють праці великого вченого професора М. Й. Бару, якого ми шануємо не тільки як цивіліста або трудовика, а правника, який зумів поєднати у своїх наукових працях досвід та напрацювання цивілістики й науки трудового права. Це є прикладом гармонійного комплексного вирішення тієї чи іншої наукової або практичної проблеми і єдиним шляхом розвитку сучасної науки, потреба в чому демонструється нам повсякденно. І навпаки, неможливо надати повну відповідь з якоїсь однієї позиції, не враховуючи сутнісні положення суміжних правових наук. Такий підхід є задалегідь хибним.

Часто виникають такі ситуації, які вимушують до поєднання зусиль представників різних наук, блискучий приклад з якого нам і надав М. Й. Бару. З розвитком суспільних відносин ці ситуації трапляються не тільки частіше, а існують постійно, що зумовлює потребу у використанні досвіду великого вченого.

Для демонстрації важливості зазначеного підходу можна навести таку сучасну проблему, як вирішення корпоративних спорів, під якими розуміють спори між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням господарського товариства, крім трудових спорів (п. 4 ст. 12 ГПК України).

Вищий господарський суд України (ВГСУ) для розмежування трудових та корпоративних спорів пропонує виходити з того, що сторонами трудового спору є працівник та роботодавець, а сторонами корпоративного спору — господарське товариство та його учасник або учасники господарського товариства між собою. Унаслідок цього ВГСУ вважає, що спір між керівником, якого звільнили рішенням загальних зборів учасників (акціонерів), та господарським товариством є трудовим. Отже, він має розглядатися загальними судами.

Разом із тим очевидним є тісний зв'язок звільнення керівника господарського товариства, тобто припинення з ним трудових правовідносин, та рішення загальних зборів учасників, яке оспорується, як правило, виходячи з суто корпоративних підстав — порушення порядку скликання, надання необхідної інформації тощо.

Наведений приклад демонструє те, що вирішення питань співвідношення цивільно-правового та трудового регулювання впливає на захист

прав певних осіб та на юрисдикцію. І чимало проблем можна розв'язувати лише поєднаними зусиллями науковців різних юридичних наук.

В. Новікова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного права №2, виступила з доповіддю на тему: «Проблема оплатності і безоплатності в дослідженні М. Й. Бару». Вона зазначила, що в теоретичній розробці оплатних і безоплатних цивільно-правових відносин професор М. Й. Бару посідає досить значне місце, бо за глибиною розробки проблеми, за завершеністю теоретичних висновків, силою аргументації його здобутки залишаються актуальними й сьогодні.

М. Й. Бару акцентував основну увагу на ознаці оплатності, виходячи з того, що оплатність обміну заснована на взаємності, тобто внутрішньому зв'язку між змінами в майновій сфері обох контрагентів і зустрічності їх майнового надання. У процесі свого дослідження вчений дійшов висновку, що оплатність і безоплатність має значення не лише в зобов'язальних відносинах, але й у відносинах власності. Сьогодні це підтверджується тим, що елементи безоплатності мають місце у відносинах між громадянами України та державою при приватизації державного житлового фонду і земельних ділянок. Дуже цікавими були і залишаються думки вченого про односторонні правочини в аспекті їх оплатності або безоплатності, з погляду на панівну у науці думку, що всі ці правочини є безоплатними внаслідок самої їхньої природи. Вчений підкреслював, що обов'язок надання зустрічного задоволення в односторонніх правочинах дійсно відсутній, однак, ця відсутність не є тождечною тій, що існує в безоплатних договорах. В односторонніх правочинах, на відміну від останніх, в яких присутня друга сторона, яка в силу природи відносин не зобов'язана нічого надавати замість одержаного, другої сторони немає, а тому питання про те, чи повинна вона здійснити зустрічне надання, взагалі виникнути не може. Виходячи з вищезазначеного, учений дійшов висновку, що не всім цивільно-правовим відносинам властиві еквівалентність або оплатність.

Наприкінці свого виступу доповідачка зазначила, що її дисертаційна робота «Безоплатні правочини в цивільному праві» (2007 р.) теж базувалася на результатах дослідження М. Й. Бару.

С. Н. Приступа, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права №1, **М. В. Домашенко**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 2, поділилися своїми спогадами стосовно професора М. Й. Бару як вченого-педагога, зазначивши, що останній

чимало зусиль віддавав викладацькій справі. Його яскравим лекціям, виступам на практичних заняттях та на засіданнях студентського наукового гуртка завжди були притаманні теоретична глибина, зразкова логічність методики викладання матеріалу. Його виступи були емоційно насиченими, висвітлювали питання, що пов'язувалися з практикою. Мова вченого була доступною для сприйняття її змісту, що значною мірою сприяло засвоєнню складної правової матерії. Видатний учений був напрочуд чуйною і доброзичливою людиною з щедрою душею. Своїми знаннями він радо ділився з усіма бажаючими, чим заслужив любов і пошану.

Доцент кафедри трудового права **Г. Гончарова** свою доповідь присвятила аналізу фундаментальних проблем, які були основним напрямком творчих пошуків М. Й. Бару, зокрема праву на працю. Над цим питанням він працював усе своє життя, визнаючи, що право на працю посідає за своїм значенням особливе місце серед усіх прав громадян. Проблема юридичної природи цього права тривалий час була дискусійною, і тільки талант такого вченого, як М. Й. Бару, дозволив зробити цінні висновки і фактично покласти край з'ясуванню питань про співвідношення права на працю з обов'язком працювати та про те, є це право суб'єктивним для кожного громадянина, або воно є елементом загальної правоздатності. Проаналізувавши значну кількість нормативно-правових актів, присвячених працевлаштуванню осіб з різним правовим статусом, та практику, він зробив висновок, що це право в одних випадках є елементом загальної правоздатності, а в деяких — суб'єктивним правом.

У 1962 р. М. Й. Бару опублікував у журналі «Радянське право» (№ 5) статтю «Право на працю», у якій він наголосив, що у випадку, коли право на працю засновано не тільки на загальній нормі, а й на спеціальній, яка гарантує саме даній категорії трудящих обов'язковий прийом на роботу, а отже, і право вимагати надання роботи, примушувати роботодавця укласти трудовий договір, то право на працю перетворюється у суб'єктивне. Ця ідея була повністю реалізована у законодавстві. Свого часу М. Й. Бару зробив висновок, що у разі відмови у прийнятті на роботу можна пред'явити позов до суду. У ті часи він висловлював цю думку обережно, але вона виявилася вірною. Його мудра і виважена позиція була спрямована у майбутнє. У КЗпП України тепер є стаття 232, яка відтворила цю концепцію. Вона закріпила право певних

категорій осіб оскаржувати до суду відмову у прийнятті на роботу, визнаючи їх право на працю суб'єктивним.

Досліджуючи гарантії права на працю, М. Й. Бару прагнув до викорінення фактів зловживання у трудових відносинах, і деякі праці він присвятив саме цій проблемі. Такі явища, як зловживання правом, трапляються, вважав вчений, не лише у цивільному, а й у трудовому праві. І все ж таки не всі правознавці визнавали існування зловживання правом. На їх думку (В. Кудрявцев, М. Малєїн), це поняття є суперечливим і позбавленим змісту. Таке словосполучення виключає один одного. Вони писали про безпредметність цього поняття. Але М. Й. Бару довів, що це явище існує, і завдання теорії та практики полягає не у запереченні поняття «зловживання правом», а у встановленні всіх випадків та у боротьбі з ними. М. Й. Бару сформулював визначення зловживання правом. Це не є дисциплінарний проступок, це неправомірне користування своїм правом. Ці дії юридично не заборонені, але вони не схвалюються ні в моральному, ні в будь-якому плані. Це шкідливе явище, яке суперечить інтересам суспільства. Випадки зловживання правом нерідко завуальовані, але вони інколи призводять до суспільної дестабілізації.

Останніми роками він досліджував проблеми законності, моралі та справедливості у трудових правовідносинах. У 1988 р. він написав свою останню працю «Правове регулювання трудових відносин: закон, мораль, справедливість». Вчений звернувся до нового покоління з порадами, як будувати соціальну, правову державу, як писати закони, якими вони мають бути. І якщо виявиться колізія між правовою нормою і справедливістю, то ситуацію, наголосив М. Й. Бару, слід вирішувати на користь останньої. Це свого роду його «заповіт».

Матеріал підготували:

В. Жернаков, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри трудового права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,

В. Борисова, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри цивільного права №1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Юридична громадськість України щиро вітає відомого вченого нашої країни в галузі цивільного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України **Ярославу Миколаївну Шевченко** з ювілейною датою в її житті.

Я. М. Шевченко народилася у м. Києві в сім'ї службовців.

У 1950–1955 рр. навчалася на юридичному факультеті Київського університету ім. Тараса Шевченка, з вересня 1959 р. по квітень 1962 р. — в аспірантурі на кафедрі цивільного права цього навчального закладу.

Із січня 1963 р. Я. М. Шевченко працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, де пройшла шлях від молодшого наукового співробітника до завідувачки відділом цивільного і трудового права (з 1989 р.).

У 1964 р. Я. М. Шевченко захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Майнова відповідальність за шкоду, заподіяну дітьми», а у 1982 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні проблеми цивільної відповідальності неповнолітніх за правопорушення».

У 1995 р. Я. М. Шевченко присвоєно вчене звання професора.

У 1996 р. обрана членом-кореспондентом Академії правових наук України, а у 2000 р. — академіком цієї установи.

У 1994 р. Я. М. Шевченко присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України».

Нагороджена двома медалями.

Основні напрями наукової діяльності Я. М. Шевченко на сучасному етапі — цивільне право, сімейне право, міжнародне приватне право.

Я. М. Шевченко є автором 150 наукових праць, з яких 4 індивідуальні монографії, 11 колективних. Серед них: «Правовое положение несовершеннолетних» (у співавт., на цю роботу є рецензія у французькому науковому журналі), «Ответственность несовершеннолетних за правонарушения», «Законодавство про сім'ю (теоретичні проблеми співвідношення цивільного і сімейного законодавства)», «Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов гражд-

дан и организаций» (у співавт.), «Имущественная охрана прав личности» (у співавт.), «Власник і право власності» (у співавт.), «Право собственности в Украине» (у співавт.). Брала участь у розробці майже 80 законопроектів, у тому числі проекту Цивільного кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію прав на об'єкти нерухомого майна».

Підготувала більше 10 кандидатів наук.

У 1983 р. від імені України Я. М. Шевченко в Комітеті по ліквідації дискримінації жінок ООН виступила з доповіддю про становище жінок в Україні.

Я. М. Шевченко — член Наукової консультативної ради Верховного Суду України, член ВАК України.

Активна життєва позиція, талант науковця, глибока порядність, почуття відповідальності за доручену справу — це лише деякі риси, що характеризують Я. М. Шевченко.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ярославу Миколаївну Шевченко** з ювілеєм і бажають їй міцного здоров'я, творчої наснаги і подальших успіхів у багатогранній творчій діяльності, усіляких гарездів.



Виповнилося 80 років від дня народження відомого правознавця, провідного фахівця в галузі цивільного і сімейного права, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Юрія Семеновича Червоного**.

Ю. С. Червоний народився 28 грудня 1927 р. у м. Харкові. У 1949 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). До 1952 р. навчався в аспірантурі цього вузу. З 1952 р. — на викладацькій роботі в Одеському державному університеті ім. І. І. Мечнікова на посадах старшого викладача, виконуючого обов'язки завідувача кафедри цивільного права і процесу. З 1954 р. Ю. С. Червоний працював старшим викладачем, доцентом кафедри цивільного права у філіалі Всесоюзного заочного юридичного інституту, а з 1959 р. — доцентом у філіалі Київського державного університету ім. Тараса Шевченка. З 1960 р. працював на юридичному факультеті Одеського державного університету ім. І. І. Мечнікова, а в

1965–1996 рр. — завідувач кафедри цивільного права і процесу цього університету. З 1998 р. Ю. С. Червоний очолює кафедру цивільного процесу Одеської національної юридичної академії.

У 1952 р. Ю. С. Червоний захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Спільне майно подружжя за радянським правом». Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1954 р. Учене звання професора присвоєно у 1986 р.

Ю. С. Червоний — фахівець у галузі цивільного і сімейного права, досліджує поняття права власності, правового статусу громадян як суб'єктів цивільного права, проблеми правового регулювання майнових відносин подружжя, права спільної власності громадян. Опублікував понад 80 наукових праць, серед яких «Советское гражданское право. Ч. 1» (1970, 1976, 1986), «Правовое регулирование жилищных отношений в СССР» (1984), «Основы государства и права» (у співавт., 1997), «Гражданский кодекс Украины» (у співавт., 1999), «Основы правопедения» (у співавт., 2001), «Кодекс о браке и семье. Научно-практический комментарий» (у співавт., 2001).

Ю. С. Червоний — учасник Великої Вітчизняної війни. Нагороджений багатьма медалями.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули Ю. С. Червоному авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Юрія Семеновича Червоного** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги та подальших успіхів у роботі.



Виповнилося 70 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця у галузі загальної теорії держави і права, академіка Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Миколи Івановича Козюбри**.

М. І. Козюбра народився 28 листопада 1937 р. у с. Тетерівка Жашківського району Черкаської області. У 1961 р. він закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. З 1961 р. до 1965 р. працював в органах МВС України, обіймав посади оперуповноваженого, слідчого, старшого слідчого. З 1965 р. до 1967 р. навчався в аспірантурі Сектору

держави і права АН УРСР. З 1967 р. до 1990 р. працював в Інституті держави і права ім. М. В. Корецького АН УРСР на посадах молодшого наукового співробітника, старшого наукового співробітника, завідувача відділом історії держави і права. З 1990 р. — завідувач кафедри теорії та історії держави і права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. У 1996 р. Указом Президента України призначений суддею Конституційного Суду України. Після виходу у відставку з 2003 р. працює завідувачем кафедри державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія».

У 1968 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Переконання і примус в радянському праві» (спеціальність 12. 00. 01). У 1980 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Взаємодія соціалістичного права і суспільної свідомості» (спеціальність 12. 00. 01). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1981 році. Вчене звання професора присвоєно у 1989 р. Підготував майже 25 кандидатів і докторів наук.

Є автором майже 200 наукових праць, у тому числі 17 монографій (індивідуальних і колективних), 4 підручників і навчальних посібників. Широко відомі, зокрема, монографії «Соціалістичне право і суспільна свідомість», «Правове виховання і соціальна активність населення», «Правове виховання молоді», «Демократія і перебудова», «Методологічні проблеми юридичної науки» та ін.

У працях М. І. Козюбри були розроблені та набули розвитку такі важливі проблеми, що мають методологічне значення для юридичної науки, як взаємозв'язок права з категоріями справедливості, гуманізму, загальнолюдською і національною культурою, соціальним прогресом.

Значну увагу в своїх дослідженнях М. І. Козюбра приділяв і продовжує приділяти проблемам філософії права — особливостям правового освоєння дійсності та його співвідношенню з науковим пізнанням, співвідношенню теоретичного й емпіричного, абстрактного і конкретного в праві, прогностичній функції правознавства та її особливостям тощо. Фактично М. І. Козюбра був першим серед українських правознавців другої половини ХХ ст., який започаткував відновлення наукового інтересу до філософських аспектів права у вітчизняній юридичній науці.

У роки становлення і розбудови незалежної України коло наукових інтересів М. І. Козюбри розширилося за рахунок розробки проблем теорії держави та конституційного права. Його перу належить ряд праць,

присвячених, зокрема, вибору Україною форми державного правління та форми державного устрою, аналізу меж державної влади в громадянському суспільстві, сутності Конституції України та механізмів її реалізації, становленню в Україні конституційної юрисдикції та ін.

Наукову роботу М. І. Козюбра плідно поєднує із законодавчою та правозастосовчою. Він брав безпосередню участь у розробці Декларації про державний суверенітет України, концепції Договору про співдружність незалежних держав. Як член Конституційної комісії та її робочої групи активно працював над концепцією нової Конституції України, а потім над її проектами.

Протягом 30-ти років він плідно займається педагогічною діяльністю. Читає курс лекцій з теорії держави і права та спецкурси з актуальних проблем теорії держави і права і філософії права на юридичному факультеті Київського національного університету ім. Тараса Шевченка та факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», читав також курси лекцій з названих та інших дисциплін у Міжнародному Соломоновому університеті, у Чернівецькому університеті, у Вищій адміністративній школі при Раді Міністрів Соціалістичної Республіки В'єтнам та інших навчальних закладах.

М. І. Козюбри присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України». За видатні заслуги перед Україною він нагороджений орденами «За заслуги» третього та другого ступеня, Почесною Грамотою Верховної Ради України, двома медалями.

Вітаючи видатного вченого, Президія Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» бажають **Миколі Івановичу Козюбрі** міцного здоров'я, благополуччя, успіхів у багатогранній творчій діяльності.



Виповнилося 70 років від дня народження відомого українського правознавця, провідного фахівця в галузі міжнародного права, члена-кореспондента Академії правових наук України, доктора юридичних наук, професора **Володимира Наумовича Денисова**.

В. Н. Денисов народився у 1937 р. У 1961 р. закінчив юридичний факультет Київського університету. З 1964 р. працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, обіймаючи посади наукового співробітника, вченого секретаря,

з 1994 р. — завідувача відділом міжнародного права. У 1982 р. він успішно захистив докторську дисертацію, присвячену правовим системам країн, що розвиваються. Монографію, на підставі якої підготовлена дисертація, було перекладено німецькою мовою і у 1984 р. видано у Німеччині. Вона внесла багато нового у методологію вивчення сучасних правових систем світу.

Уся подальша наукова і науково-організаційна діяльність В. Н. Денисова була спрямована на розвиток науки міжнародного права України і обґрунтування її практичної діяльності, а також порівняльного правознавства.

Учень засновника української школи міжнародного права і порівняльного правознавства академіка В. М. Корецького професор В. Н. Денисов розпочав свій шлях у науці з глибоких розробок у галузі порівняльного правознавства, показав блискучі знання класичних західних систем права, їхню трансформацію в ряді африканських держав, що здобули незалежність, на основі глибокого порівняльного аналізу. У сфері міжнародно-правової науки професор В. Н. Денисов виявив себе як видатний дослідник національних правових систем, що вигідно відрізняє його як різнобічного вченого, який розуміє глибоку закономірність взаємодії внутрішньодержавного і міжнародного правопорядку, що є характерною рисою сучасного міжнародного співтовариства.

Науковій творчості професора В. Н. Денисова притаманна увага до ключових питань сучасного міжнародного права. Крізь призму творчості Гуго Гроція — батька сучасного міжнародного права — професор В. Н. Денисов робить філософські узагальнення того важкого шляху, який пройшло людство від XVII ст. до сучасності у своєму міжнародно-правовому розвитку.

Накопичений багаж знань і різносторонність досліджень, не обмежених ідеологічними шорами, дає можливість професору В. Н. Денисову з перших днів незалежності включитися в розробку нагальних проблем міжнародно-правової розбудови України. Він пише ряд робіт, які відіграли значну роль у формуванні міжнародно-правової позиції України, допомогли їй знайти своє місце в міжнародному співтоваристві держав. Практичні матеріали, що підготовлені вченим на основі результатів наукових досліджень, блискуче служать цій меті.

Слід сказати, що професор В. Н. Денисов прийняв з рук академіка В. М. Корецького справу розвитку науки міжнародного права в Україні, зумів організувати творчий колектив відділу міжнародного права Інсти-

туту держави і права НАН України в центр міжнародно-правових досліджень у країні, об'єднав навколо себе дослідників із Харкова, Львова, Одеси, інших регіонів, сприяючи тим самим врятуванню міжнародно-правової науки в умовах жорсткої соціально-економічної кризи.

Професор В. Н. Денисов має понад 100 опублікованих праць з питань міжнародного права та порівняльного правознавства. Останніми роками ним опубліковано ряд наукових праць, які стосуються розбудови Української держави в умовах незалежності, зокрема: «Про зовнішньополітичні аспекти нової Конституції України» (1992), «Проблеми створення механізму правового регулювання зовнішньополітичної діяльності України» (1993), «Про проект Конституції України і міжнародне право» (1993), «Актуальні питання застосування норм міжнародного права у внутрішньому праві України» (1995), «Проблеми створення публічного порядку в зовнішньополітичній діяльності України» (1995) та ін. Під його керівництвом підготовлено і видано у 1995 р. велику наукову працю «Суверенітет України і міжнародне право», що є першим в Україні такого роду дослідженням.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Наумовича Денисова** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів у багатогранній творчій діяльності в ім'я процвітання демократичної правової держави — України.



Юридична громадськість вітає з ювілеєм доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Василя Івановича Шакуна**, який народився 1 грудня 1947 р.

В. І. Шакун розпочав службу в органах внутрішніх справ у серпні 1971 р. у Південно-західному управлінні транспортної міліції, спочатку інспектором, а потім старшим інспектором. З червня 1976 р. по червень 1984 р. працював інструктором, завідувачем відділу Залізничного райкому Компартії України м. Києва. З червня 1984 р. і до цього часу — у Національній академії внутрішніх справ України. Обіймав посади: помічника начальника, заступника начальника Київської вищої школи МВС СРСР, заступника начальника Української академії внутрішніх справ по кадрах. У червні 1994 р. призначений на посаду першого проректора Української академії

внутрішніх справ, на якій, з невеликою перервою, працює дотепер. У зв'язку з організаційно-штатними заходами з травня 2000 р. по грудень 2001 р. обіймав посаду головного наукового співробітника лабораторії кримінологічних досліджень Науково-дослідного інституту проблем боротьби зі злочинністю Національної академії внутрішніх справ України.

В. І. Шакун у 1976 р. без відриву від проходження служби з відзнакою закінчив Київську вищу школу МВС СРСР. У 1990 р. рішенням Ради у Московській вищій школі міліції МВС СРСР йому присуджено науковий ступінь кандидата юридичних наук, а у 1996 р. рішенням Спеціалізованої вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого — науковий ступінь доктора юридичних наук. У тому ж році В. І. Шакуну присвоєно вчене звання доцента, а у 1997 р. — професора по кафедрі кримінального права.

В. І. Шакун бере участь у роботі Спеціалізованої вченої ради Національної академії внутрішніх справ, яку очолював з 1997 по 1999 рік. Його призначено заступником Голови редакційної колегії «Наукового вісника Національної академії внутрішніх справ України» та членом редакційних рад «Вісника Верховного Суду України» і журналу «Економіка. Фінанси. Право». В. І. Шакун — член Науково-консультативної ради при Верховному Суді України та Експертної ради з права Міністерства освіти і науки України. З 1994 р. він є науковим консультантом Комітету Верховної Ради України по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю. Обраний до складу Ради з юридичної освіти і науки Міністерства освіти і науки України. З 2001 по 2003 р. працював у складі Комісії з реформування правоохоронних органів при Президентові України. Бере участь у роботі Координаційного бюро з проблем кримінології Академії правових наук України заступником голови Бюро, а також у атестації науково-педагогічних кадрів як офіційний опонент з докторських та кандидатських дисертацій у галузі правознавства. Очолює тимчасові наукові колективи з розробки проектів законодавчих та нормативних актів з актуальних питань діяльності Міністерства внутрішніх справ. Є співавтором Закону України «Про боротьбу з корупцією». Його пропозиції щодо реформування правоохоронних органів та системи відомчої освіти використані у відповідних нормативних документах з цих питань. Працює професором кафедри кримінології та юридичної соціології, а також кафедри проблем управління Національної академії внутрішніх справ України.

Автор 63 наукових та навчально-методичних робіт, серед яких три монографії: «Урбанізація і злочинність» (1996), «Влада і злочинність» (1997), «Суспільство і злочинність» (2003). Наукові дослідження В. І. Шакуна у галузі кримінології орієнтують курсантів, слухачів, ад'юнктів, докторантів, наукових і практичних працівників на пошук нових творчих здобутків у науці. Ним започатковані нові наукові напрями у вітчизняній кримінології, серед яких комплексне вивчення впливу урбанізації, наслідків діяльності владних інститутів держави на злочинність, а також сучасних кримінологічних і правових реалій на розвиток українського суспільства.

Лауреат Всеукраїнського творчого конкурсу Спілки журналістів України за книжку «Влада і злочинність» за 1999 рік. У січні 2004 р. Президія Академії наук вищої школи України присудила йому першу премію за видання «Суспільство і злочинність».

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Шакуна Василя Івановича** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 60 років **Олександрову Дмитровичу Крупчану** — відомому українському правознавцю, члену-кореспонденту Академії правових наук України.

О. Д. Крупчан народився 15 листопада 1947 р. у м. Києві. У 1974 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. З 1970 р. до 1976 р. працював юрисконсультантом в райвиконкомі, міськвиконкомі м. Києва. З 1977 р. до 1983 р. — на партійній роботі. З 1983 р. до 1994 р. працював у Національній академії наук України заступником директора науково-технічного комплексу «Інститут надтвердих матеріалів ім. В. М. Бакуля», старшим науковим співробітником Центру досліджень потенціалу та історії науки імені Г. М. Доброва. З 1994 р. працює в Академії правових наук України.

У 1989 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Соціалістична державна організація (питання теорії)» (спеціальність 12. 00. 01). Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1989 р. Вчене звання доцента присвоєно у 1989 р. Почесне звання «Заслужений юрист України» надано у 1995 р.

Є співавтором понад десяти законопроектів, у тому числі нової редакції Закону України «Про науку і науково-технічну діяльність» та понад 30 підзаконних нормативних актів.

Напрями наукової діяльності — теорія держави і права, конституційне право, адміністративне право, порівняльне законодавство, міжнародне комерційне право. Оpubлікував понад 40 робіт, серед яких найвизначнішими є «Основні напрямки становлення та розвитку правової держави» (1990), «Виконавча влада: конституційні засади і шляхи реформування» (у співавт., 1998), «Державне управління: теорія і практика» (у співавт., 1998), «Державна служба: організаційно-правові основи і шляхи розвитку» (у співавт., 1999), «Наукові засади вирішення організаційно-правових проблем адміністративної реформи в Україні. Наукова доповідь» (у співавт., 1999), «Практикум з державного управління» (у співавт., 2000).

Президія Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олександра Дмитровича Крупчана** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я та добробуту на довгі роки, подальших творчих звершень.

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

Петришин О. Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми.....	3
Рабінович П., Сивий Р. Права людини: критерії «цивілістичності» (за матеріалами практики Страсбурзького суду)	19
Скрипнюк О., Прокопов Д. «Реалістична модель» законотворчості: проблеми побудови альтернативних теорій	30
Погребняк С. Основні вимоги, що впливають з принципу верховенства права	41
Шевчук С. Судова правотворчість у контексті застосування принципів права.....	54
Пилипчук В. Модель забезпечення державної безпеки: теоретико-правові проблеми.....	71

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Мартинюк Р. Інститут парламентської відповідальності уряду в Україні за змістом Конституції України в редакції від 8 грудня 2004 р.	84
---	----

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Рум'янець В. Третій Універсал Центральної Ради — курс на побудову української держави.....	92
Гончаренко В. Організація та діяльність Верховної Ради УРСР за Конституцією Української РСР 1937 р.	101

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Яроцький В. Самоорганізаційні засади функціонування сфери цивільно-правового регулювання як різновиду соціальних управлінських систем.....	115
Спасибо-Фатєєва І. Методологічні підходи до формування національних інноваційних систем.....	124
Борисова В., Казанцев С. До проблеми корпоративних прав учасників підприємницьких товариств	133
Пучковська І. Щодо правової природи обов'язку поручителя.....	141
Глібо С. Деякі теоретичні питання механізму господарсько-правового регулювання банківських операцій.....	150
Виноградова Н. Корпоративне управління та контроль у системі захисту корпоративних прав та інтересів акціонерів	158
Мищенко А. Транспортний коридор як організаційно-правова форма спеціального правового режиму.....	167

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Бойко І. Проблеми забезпечення прав громадян в інформаційній сфері.....	176
--	-----

<i>Перепелиця М.</i> Теоретичні основи правового статусу владних суб'єктів фінансового права	182
--	-----

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

<i>Жернаков В.</i> До питання про правове розуміння праці та трудових відносин	191
--	-----

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Щокін Ю.</i> Роль національних судів у формуванні міжнародно-правових звичаїв	199
--	-----

ПРОБЛЕМИ БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Гізмчук С.</i> Теоретичні та практичні питання формалізації принципів кримінального права	209
<i>Хряпінський П.</i> Заохочувальні та компромісні норми кримінального законодавства: проблема співіснування	220
<i>Єгорова В.</i> Обставини, що виключають злочинність діяння при проведенні дослідів над людиною	231
<i>Михайлов В.</i> Ситуації правомірної шкоди (обставини, що виключають злочинність діяння) за кримінальним законодавством держав СНД	241

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

<i>Змійська С.</i> Щодо правової природи судової практики	249
<i>Бегова Т.</i> До питання про співвідношення понять ноу-хау і «комерційна таємниця»	256
<i>Марченко О.</i> Повноваження судів при винесенні рішень щодо контролю у сфері управлінської діяльності	266

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

XXIII Конгрес Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії «Право і правові культури у 21-му столітті: відмінності та єдність»	271
«Круглий стіл» «До 90-ї річниці проголошення III Універсалу Української Центральної Ради»	283
Огляд «круглого столу», присвяченого 100-річчю з дня народження М. Й. Бару	295

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Ярославна Миколаївна Шевченко	304
Юрій Семенович Червоний	305
Микола Іванович Козюбра	306
Володимир Наумович Денисов	308
Василь Іванович Шакун	310
Олександр Дмитрович Крупчан	312

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (51)

Відповідальний за випуск
В. Прудников

Редактор *С. Пашинська*
Коректор *Т. Зуб*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 24.12.07.
Формат 60×84^{1/16}. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 18,5. Обл.-вид. арк. 18,5. Вид. № 330.
Тираж 500 прим.

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