

2004



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ
НАУК
УКРАЇНИ

3

(38)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (38)

Заснований у 1993 році



Харків
2004

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

Засновник — Президія Академії правових наук України
Видавець — Академія правових наук України

Редакційна колегія: *В. Я. Тацій* (головний редактор), *М. В. Цвік* (заступник головного редактора), *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевой*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *О. А. Підпригора*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *Ю. С. Шемшученко*.

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

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України

Приватне й публічне у природному праві та законодавстві

З давніх-давен терміно-поняття «*приватне*» й «*публічне*» вживаються (найчастіше, мабуть, у правознавстві) як протилежні за своїм змістом.

У сучасній вітчизняній юриспруденції, як теоретичній, так і практичній, з огляду на причини, що за нинішніх конкретно-історичних умов є очевидними, відчутно посилилась увага до дослідження цих «*протилежностей*» і насамперед до з'ясування *критеріїв* розмежування тих двох частин об'єктивного юридичного права, котрі відповідно відображаються зазначеними терміно-поняттями¹.

¹ Див., напр.: *Методологія приватного права*. – К., 2003. – С. 480; *Крупчан О.* *Методологія приватного та публічного законодавства* // *Урядовий кур'єр*. – 2003. 10 черв. – С. 16; *Юлдашев О.* *До проблеми методологічного забезпечення приватного права* // *Юридична Україна*. – 2003. – № 10. – С. 39–44; *Лихолат І.* *Актуальні проблеми методології приватного права* // *Там само*. – 2003. – № 9. – С. 12–13; *Бірюков І.* *Предмет і метод приватного права* // *Право України*. – 2002. – № 4. – С. 34–37; *Войтович С.* *О делении международного права на публичное и частное* // *Український часопис міжнародного права*. – 2002. – № 3. – С. 67–69; *Азімов Ч.* *Поняття і зміст приватного права* // *Вісник Академії правових наук України*. – 1998. – № 3. – С. 50–58; *Харитонов Є. О., Харитонова О. І.* *Категорії «приватного», «публічного» та «соціального права» у загальній системі права* // *Приватне право і підприємництво*. – 2002. – Вип. № 2. – С. 35–39; *Мамутов В.* *До питання про поняття приватного права* // *Вісник Академії правових наук України*. – 1999. – № 2. – С. 58–61; *Мадіссон В. В.* *Питання філософії приватного права*. – К., 2003. – С. 135; *Селіванов В., Діденко Н.* *Діалектика приватного та публічного у правовому регулюванні* // *Право України*. – 2001. – № 11. – С. 15–22; *Примак В.* *До питання про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права* // *Юридична Україна*. – 2004. – № 2. – С. 43–49.

Неоднаковість існуючих у нашому правознавстві відповідей на це питання позначилась, як відомо, й на законодавчій діяльності Верховної Ради України. Численні розбіжності у регулюванні Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України (які, як відомо, набрали чинності одночасно) суспільних відносин, нерідко однакових за їхньою соціально-економічною природою, є настільки «кричущими», що — за ініціативою Міністерства юстиції України — Кабінетом Міністрів України було підготовлено й 27 листопада 2003 р. — тобто ще до набрання чинності цими кодексами! — подано до Верховної Ради України законопроект про внесення певних змін до другого з них, аби ті розбіжності якщо не усунути цілком, то принаймні зменшити.

Однією з істотних причин неоднаковості підходів до розв'язання, можна сказати, вічнозеленої проблеми «приватне-публічне» є, на мій погляд, те, що зазвичай не береться до уваги нетотожність таких феноменів, як право *природне* (насамперед природні, загально-соціальні права людини), з одного боку, і право *легістське* (за іншими висловами — державно-вольове, чи об'єктивно-юридичне, чи «позитивне», чи спеціально-соціальне), — з другого. Ототоження ж означених феноменів спричиняється, зокрема, тим, що в українській мові (як і в більшості інших слов'янських мов) відповідні поняття про *кожне* з цих якісно специфічних за своєю онтологічною сутністю явищ позначаються одним словом — «право». Внаслідок цього й посилюється можливість неоднозначного розуміння й застосування терміно-понять «приватне право» й «публічне право»¹. Тобто не враховується плуралістичність праворозуміння взагалі, основними типами якого є, як відомо, *позитивістичне* (легістське, соціологічне, психологічне) та *юснатуралістичне* (зокрема антропологічне, трансцендентальне, «раціоналістичне»)¹.

Якщо ж виходити з того, що юридичне право — як об'єктивне («позитивне»), так і суб'єктивне, — має якомога повніше й точніше відповідати праву природному, бути інструментом його реалізації, то, мабуть, необхідним першим кроком у дослідженні означеної проблеми має стати з'ясування діалектики приватного й публічного саме у природному праві.

¹ На ототоження двох різних явищ права і закону як методологічну помилку при дослідженні проблематики «приватне-публічне» цілком слушно вказує, зокрема, й Є. Харитонов (див.: Цивільне та сімейне право України: Навчально-практичний посібник. — Вид. 2-е. — Х., 2003. — С. 5).

І. Перш ніж обмірковувати цю проблему, видається доречним звернути увагу на такий її аспект: якщо право приватне і право публічне справді становлять явища, котрі, у певному сенсі, є протилежними, то вони — як і будь-які «протилежності» — у своєму співіснуванні не можуть не утворювати й певну цілісність, не можуть не мати якихось однакових, «наскрізних» властивостей. Мабуть, тільки остання обставина й може виправдати позначення обох цих феноменів одним і тим самим терміно-поняттям «право». У чому ж полягають такі спільні властивості?

Передусім констатуємо таке. Попри загальновідому «поліваріантність», «плюралістичність» типів праворозуміння, у переважній більшості з них за допомогою цього терміно-поняття відображається те чи інше *соціальне* явище.

Визнання цієї обставини стосовно як приватного права, так і права публічного якраз і дає підстави стверджувати, що в основі їх взаємної «системності» лежить така спільна фундаментальна властивість, як, власне, їх *соціальність*. Саме вона й дозволяє піддавати їх закріпленню, регулюванню й контролю за допомогою певних соціальних важелів, інструментів. Саме вона й слугує об'єктивною передумовою діалектичної єдності засад «приватності» й «публічності» у державно-юридичному, тобто позитивному, праві.

Крім того, зазначена обставина визначає й об'єктивні межі розрізнення, а тим більше — протиставлення, двох названих підрозділів об'єктивного юридичного права.

Таке право (тобто право як явище «легістське») має обумовлюватися правом *природним* (інакше кажучи, загальносоціальним), бути засобом його реалізації. Тому якщо використовувати в юриспруденції терміно-поняття «приватне» й «публічне» (право) не довільно, слід з'ясувати сутність і співвідношення означених засад саме у *природних правах людини*.

Сприяти розв'язанню означеної проблеми в аспекті природного права може, як на мене, застосування методологічного дослідницького підходу, який названо *потребовим*. Він полягає у виявленні соціальної сутності (природи) будь-яких суспільних феноменів через з'ясування їх ролі, їх значення у задоволенні різноманітних реальних потреб тих або інших суб'єктів соціально неоднорідного суспільства (окремих індивідів, їхніх спільнот і об'єднань, а зрештою, й усього соціуму)¹.

¹ Див.: Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность. — Львов, 1985. — С. 14–37.

Цей підхід, до речі, враховано й у тій, запропонованій мною, дефініції поняття «загальносоціального» (неюридичного) права, згідно з якою таке поняття визначається як певні можливості учасників суспільного життя, необхідні для задоволення їхніх потреб існування й розвитку за конкретно-історичних умов, що об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх його одновидових суб'єктів¹.

Якщо зважати на ситуацію у нинішньому суспільствознавстві, зокрема й правознавстві, то як би широко й інтенсивно не реалізовувалась така його сучасна тенденція, як *антропологізація*, не можна не брати до уваги низку таких положень антропологічного характеру, котрі, як видається, підтверджені усією історією існування й розвитку людини — *Homo Sapiens*, а тому можуть вважатися науковими **соціально-антропологічними аксіомами**.

1. Кожна — особливо доросла — людина є учасником (суб'єктом) суспільного життя, «частинкою» соціуму. Тому вона являє собою істоту *біосоціальну*. Це свого часу було рельєфно відображено відомою тезою К. Маркса про те, що сутність людини є не абстракт, властивий окремому індивідові, а сукупність усіх суспільних відносин (додамо лише: саме тих відносин, в яких людина бере пряму або опосередковану участь).

Аби не тільки вижити фізично як біологічний вид, а й розвинути до рівня *особистості* — стати свідомим і активним учасником суспільного життя, кожна людина має *соціалізуватись*, тобто вона повинна набути певних знань, умінь, навичок щодо стосунків з іншими суб'єктами й практично використовувати їх у своїй повсякденній життєдіяльності. Іншого шляху забезпечити задоволення індивідуальних — «приватних» — потреб для людини й не існує взагалі.

Адже практично усе, що є необхідним для задоволення таких потреб, кожна людина отримує саме від суспільства, з його «рук» (а кажучи точніше — з «рук» його офіційно уповноважених осіб, агентів). *Що і як* зможе одержати людина задля реалізації цієї мети, вирішальною мірою зумовлюватиметься досягнутим рівнем розвитку суспільства і способом (порядком організації) розподілу тих можливостей — можливостей отримання й споживання різноманітних матеріальних, соціальних, духовно-культурних та інших благ, — які нагромадились у суспільстві. У людини як родової істо-

¹ Див.: Рабінович П. М. Права людини та їх юридичне забезпечення: основи загальної теорії. — Львів, 1991. — С. 5.

ти не може виникнути таких можливостей (благ), що їх не мав би весь людський родовий колектив. Лише у цьому колективі (суспільстві), як відзначали К. Маркс і Ф. Енгельс, — «індивід одержує засоби, які дозволяють йому всебічно розвивати свої задатки», а його розвиток обумовлений розвитком інших індивідів, з якими він перебуває у прямому чи непрямому спілкуванні¹.

Тому для людини найвищу соціальну цінність становить суспільство. (До речі, цю засаду, вважаю, варто було б теж зафіксувати у Конституції України — поряд із закріпленим у її ст. 3 положенням про те, що людина є найвищою соціальною цінністю. Тоді наведена засада дещо сприяла б попередженню чи послабленню протиставлення людини і суспільства, визначенню рівня соціальної забезпеченості прав людини, орієнтувала б на встановлення справедливого балансу між інтересами індивідуальними та суспільними, реальності прав людини, конкретно-історичної «пропорційності» між державно-юридичним обмежуванням і метою (характером) згаданих прав).

2. Цілком зрозуміло, що суто фізичне існування, фізичний розвиток і життєдіяльність людини забезпечуються задоволенням її біологічних — фізіологічних, біохімічних, біофізичних, біоенергетичних і таких інших потреб, які глибинно обумовлюються об'єктивними законами *природи* (а не суспільства). Проте самі ці потреби (а тим більше засоби їх задоволення) є значною мірою *результатом* попереднього розвитку суспільства, тобто розвитку численних поколінь індивідів. Адже кожна людина, народжуючись у суспільстві й згодом стаючи його свідомим «актором», вже застає готовими певні потребові параметри, які сформувалися до неї й *незалежно* від неї — тобто об'єктивно (щодо неї). І саме ці параметри слугують вагомим фактором формування її *певних* потреб та соціальним орієнтиром їх задоволення.

Разом з тим зазначені потреби є, з другого боку, могутнім стимулятором, «рушієм» розвитку суспільного виробництва матеріальних, соціальних і духовно-культурних благ, накопичення яких, знову ж таки, впливає на динаміку індивідуальних («приватних») потреб. Одне слово, та чи інша «організація матеріального життя залежить, зрозуміло ... від потреб, які перебувають у розвинутому стані, а породження цих потреб, так само, як і їх задоволення, само є історичним процесом»².

¹ Див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Німецька ідеологія // Твори. — Вид. 2-е. — К., 1959. — Т. 3. — С. 70.

² Там само. — С. 66.

3. Наведені міркування видаються слушними й стосовно усвідомлених індивідуальних інтересів людини (щоправда, якщо останні правильно, *адекватно* відображають її потреби).

Відтак, більшість цих інтересів, які, здавалось би, є суто індивідуальними («приватними»), є водночас і соціальними як за історичними передумовами їхнього формування, так і за засобами, інструментарієм їх задоволення. Сам процес реалізації (та й, до речі, захисту) «приватних» інтересів зачіпає, так чи інакше, й інтереси, потреби інших учасників суспільного життя, а отже, є зазвичай процесом *соціальним* — «публічним».

4. Індивідуальні (приватні) інтереси — це інтереси людини, яка, з огляду на конкретно-історичну структуру соціально неоднорідного суспільства, завжди належить до якоїсь спільноти, групи (зазвичай — навіть до декількох різних груп). Тому вагома частина *індивідуальних* інтересів людини зазвичай змістовно збігається з аналогічними *індивідуальними* інтересами інших членів «її» соціальної групи. І цей збіг *об'єктивно* зумовлюється однаковістю чи подібністю певних умов, обставин індивідуальної життєдіяльності членів відповідної групи. (Прикметними у цьому аспекті видаються назви й положення низки актів ООН, спрямованих на забезпечення прав, на перший погляд, певних соціальних утворень, а насправді ж — індивідуальних (приватних) прав тих людей, котрі до цих утворень належать. Згадаємо, наприклад, назви таких актів ООН, як «Декларація про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин» 1992 р. або, скажімо, норму ст. 27 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, згідно з якою у тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншості, особам, які належать до таких меншостей, не може бути відмовлено в реалізації права разом з іншими членами тієї ж групи користуватись своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою. У цих формулюваннях, вважаю, теж отримує своєрідний прояв соціальна — «публічна» — природа «приватних» прав людини.)

5. У різноманітних індивідуальних потребах та й відповідних інтересах ступінь, так би мовити, публічності є, ясна річ, неоднаковим. А тому — залежно від цього ступеня — зазначені інтереси можна, з деякою умовністю, розподілити на такі види:

— інтереси **приватні**. Це, по-перше, ті, які задовольняються власними *інтелектуальними* (нефізичними) діями, операціями; і доки *такі* дії не проявляються назовні, вони не набувають суспільного («публічного») характеру, а тому й не можуть бути піддані державно-юридичному регулюванню (наприклад, виключно внутрішнє, духовне, необ'єктивно-

вуване сповідання певної віри). По-друге, до інтересів такого виду можна віднести й такі, які задовольняються хоча й *фізичними* діями їх суб'єкта, але теж не оприлюднюваними (скажімо, ведення інтимного щоденника, написання художнього твору лише для задоволення особистих потреб — як то кажуть, «у стіл»). Такі дії теж неможливо піддати зовнішньому регулюванню й контролю соціальними засобами. Якісна особливість означених інтересів вбачається у тому, що процес їх задоволення не зачіпає *безпосередньо* інтересів інших суб'єктів. І також з цієї причини держава не фіксує, не узаконює діяльнісні засоби задоволення саме таких — суто приватних — інтересів.

Однак і ця, здавалося б, суто приватна сфера не цілком позбавлена публічного характеру — хоча б у тому сенсі, що всі інші суб'єкти повинні не втручатись у неї, не «доторкатись» до неї. Тому у держави все ж таки виникає «публічний» обов'язок забезпечити цю недоторканність (крім того, й *засоби* задоволення цих інтересів є зазвичай продуктами *суспільного* виробництва (скажімо, засоби ведення щоденника чи написання художнього твору);

– інтереси **приватно-публічні**. Це ті, які *безпосередньо* задовольняються фізичними діями *інших* суб'єктів, у тому числі державних органів і організацій (наприклад, усвідомлені потреби в отриманні заробітної плати, медичної допомоги);

– нарешті, інтереси **публічні**. Це усвідомлені інтереси усього суспільства (що адекватно відображають його загальні потреби) як системної єдності, цілісності. У зв'язку із проблемою, яка тут аналізується, слід звернути увагу на такі їх особливості:

– по-перше, існують вони так само реально й об'єктивно (щодо інших суб'єктів), як і інтереси індивідуальні — «приватні» та «приватно-публічні»;

– по-друге, можливість їх задоволення становить власне *природне* право суспільства в цілому¹. Відтак, будь-яке публічне право не можна ототожнювати з правом державно-юридичним (внутрішнім чи міжнародним): існує природно-публічне право й існує державно-публічне право;

¹ Тому навряд чи виправдано розрізняти приватні відносини і відносини публічні за таким критерієм, як — відповідно — стихійність (спонтанність, природність) чи, навпаки, нестихійність (усвідомлюваність, цілеспрямованість) їх виникнення (див., напр.: Харитонов Є., Харитонова О. Структура правового відношення з погляду дихотомії: приватне право — публічне право // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Одеса, 2003. — Т. 2. — С. 65–66). Аджедругий різновид відносин формується так само «завдяки потребам самого життя» (причому життя не тільки усього суспільства, а й кожного індивіда!), як і перший.

— по-третє, реалізація публічних інтересів за допомогою державних заходів загального характеру призводить — нехай і *опосередковано* — до задоволення й відповідних, однакових чи схожих, індивідуальних інтересів членів суспільства (наприклад, забезпечення державою обороноздатності країни, охорони довкілля, оголошення нею карантину у разі виникнення епідемії). Тому даний вид інтересів, можливо, буде більш коректним відображати терміно-поняттям «публічно-приватні».

Зважаючи на запропоновану щойно класифікацію інтересів, якраз і «загострюється» питання про те, які ж саме різновиди інтересів індивіда, для відображення котрих використовується, так чи інакше, терміно-поняття «приватні», спроможні бути критерієм чіткого відмежування державних норм об'єктивного юридичного публічного права від норм об'єктивного юридичного права приватного. І чи достатньо спиратись — задля такого розмежування — тільки на особливості певних інтересів? Адже за логікою — діалектичною! — застосовуваного тут потребового підходу навряд чи можна констатувати у суспільстві наявність як індивідуальних («приватних») інтересів, цілком позбавлених, так би мовити, соціумності («публічності»), так й інтересів виключно публічних, які знаходяться начебто повністю за межами інтересів індивідуальних. Приватне й публічне у природному праві — це ніби дві сторони однієї «медалі» — соціальних можливостей учасників суспільного життя, суспільних відносин.

Переконливе обґрунтування тієї чи іншої відповіді на ці питання має бути здійснене, вочевидь, у подальших різноманітних дослідженнях — на основі як узагальнення численних праць науковців різних часів, різних народів, різних «шкіл», так і вивчення сучасних тенденцій природного права і світової практики державно-юридичного регулювання суспільних відносин.

II. Одним із важливих напрямків вивчення такої практики в означеному аспекті є контент-аналіз застосування двох розглядуваних терміно-понять у законодавстві та інших юридичних актах. Спроба такого, можна сказати, емпіричного, аналізу була здійснена мною стосовно Конституції України та п'ятнадцяти кодексів України¹.

¹Предметом контент-аналізу були такі кодекси: Цивільний (далі — ЦК), Сімейний (далі — СК), Господарській (далі — ГК), Житловий (далі — ЖК), Кодекс законів України про працю (далі — КЗпП), Земельний (далі — ЗК), Цивільно-процесуальний (далі — ЦПК), Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі — КУпАП), Кримінальний (далі — КК), Кримінально-процесуальний (далі — КПК), Митний (далі — МК), Бюджетний (далі — БК), Лісовий (далі — ЛК), Про надра (далі — КН), Водний (далі — ВК).

У результаті дослідження виявилась насамперед явна полісемічність, неоднозначність смисловживання слів «приватне» й «публічне» відповідними нормотворчими органами. Зокрема, прикметник «приватне» (-а, -ий, -і) застосовується здебільшого для характеристики таких явищ, як-от: життя (ст. 27 ЦК; ст. 182 КК); власність (ст. 4 Конституції; ст.ст. 168, 169, 325 ЦК; ст.ст. 57, 58, 64 СК; ст.ст. 31, 45, 49, 52, 54, 55, 59, 66, 67, 76, 78, 80, 81, 83, 84 ГК; ст.ст. 4, 150, 151, 153, 155, 158–162, 164, 171, 175 ЖК); право (ст.ст. 81, 167 ЦК); підприємство (ст. 37 ЗК; ст. ст. 63, 113, 128 ГК); заклади (ст. 46 Конституції); нотаріус (ст. 285 ЦПК); документи (ст. 357 КК).

В інших же вітчизняних нормативно-правових актах означене слово вживається для характеристики: а) певних груп суб'єктів права (підприємців, нотаріусів, адвокатів, інвесторів, шкіл, закладів охорони здоров'я, закладів для догляду за немічними тощо); б) якоїсь діяльності (робіт, справ); в) деяких матеріальних об'єктів, предметів (видань, зокрема газет, будинків, рахунків, дорожніх перевізних засобів тощо).

Відтак, в об'єктивному юридичному — «позитивному» — праві України за допомогою терміно-поняття «приватне» (-а, -ий, -і) відображаються принаймні три групи якісно специфічних феноменів:

- 1) ті, котрі становлять невід'ємну властивість, органічну приналежність тільки фізичних осіб (чи їхніх об'єднань);
- 2) ті, які безпосередньо зачіпають індивідуальні інтереси таких осіб, зокрема споживаються ними для задоволення особистих потреб;
- 3) ті, що не належать до власне суспільних (загальносуспільних), громадських чи до офіційно державних явищ.

Принагідно не можна не зауважити, що у вітчизняному законодавстві досить часто вживається у таких самих смислах (тобто як синонім терміна «приватне») і слово «особисте» (-а, -ий, ті). Так, у першому значенні воно використовується для характеристики таких феноменів, як життя (ст. 32 Конституції; ст.ст. 3, 307 ЦК), свобода (ст. 121 Конституції; ст.ст. 56 СК), право (розд. V КК), інтереси (ст. 79 КЗпП; ст. 319, 357, 364, 423 КК; ст. 373 МК), цілі (ст. 308 МК).

У другому значенні — у «зв'язці» з такими явищами, як майно (ст. 73 СК), речі (ст.ст. 1, 206 МК), багаж (ст. 287 МК), рахунок (ст.ст. 61, 193 СК), селянське (фермерське) господарство (ст.ст. 22, 27, 33, 118, 121, 186 ЗК).

Нарешті, у третьому значенні — для кваліфікування природи, характеру певних відносин (ст. 93 СК), діяльності, наприклад,

участі (ст. 367 МК), користування (ст. ст. 250–252, 287, 292, 299 МК), огляду (ст. 41, 57 МК).

Аналогічну відображувальну місію виконує у нашому законодавстві — хоча й значно рідше — терміно-поняття «*індивідуальне*» (-а, -ий, -і). Зокрема, його вжито для характеристики таких суб'єктів, як підприємці (ст. 59 ГК), або ж певних видів діяльності: користування (ст. 60 СК); трудової (ст. 165 КУпАП), садівництва, дачного будівництва (ст.ст. 118, 121 ЗК), житлового будівництва (ст. 1 ЖК; ст. 429 МК), звернення (ст. 40 Конституції); зрештою, й деяких видів матеріальних предметів, наприклад, гаражів (ст.ст. 118, 121 ЗК).

Чим же пояснити, що з синонімічного «гнізда» наведених трьох слів термін «приватне» не став не тільки єдиним, але й найчастіше використовуваним у сучасному вітчизняному законодавстві? Скоріше за все далася взнаки, якщо можна так висловитись, історично-мовна інерція, оскільки протягом досить тривалого попереднього (радянського) періоду термін «приватне» був — з огляду на тогочасні концептуально-ідеологічні засади — майже вилучений з юридичного обігу; він був ніби «затабуований». Це по-перше.

По-друге, могла мати вплив і неоднозначність цього слова, а ще більше — неочевидність тих критеріїв, за якими належить вирізняти саме «приватні» правові норми, відносини чи інші правові явища.

Нарешті, по-третє, доводилося зважати на прагнення уникати слів іншомовного походження у випадках, коли у державній (національній) мові існують адекватні лінгвістичні засоби, терміни, конструкції, якими можна скористатись для позначення поняття про «приватні» явища.

Що ж стосується другого із основних терміно-понять, які нас цікавлять, — слова «*публічне*» (-а, -ий, -і), то у чинному кодифікованому законодавстві України воно вживається для позначення понять про такі феномени, як право (ст.ст. 2, 81, 82, 167–169, 329 ЦК) та деякі пов'язані з ним явища — зобов'язання (ст. 178 ЦК), гарантії (ст. 201 ГК); а крім цього, й понять про певні види діяльності, зокрема торги (ст.ст. 656, 787, 865, 915, 936, 957, 977, 1058 ЦК; ст.ст. 185, 279, 281 ГК); реєстрацію (ст. 182 ЦК); покази (ст.ст. 307, 308, 442 ЦК); представлення (ст. 28 БК); заклики (ст.ст. 109, 110, 436, 442 КК); і, нарешті, про окремі різновиди документів: договори (ст.ст. 695 ЦК), звітність (ст. 146 ЦК), оголошення (ст. 210 ЦК), пропозиції (ст. 869 ЦК).

Відтак, як бачимо, і терміно-поняття «публічне» використано у нашому законодавстві теж у різних смислах. По-перше, для відо-

браження суспільного (загальносуспільного) «статусу» тих або інших феноменів (на противагу статусу приватному). По-друге, — для відображення такої їх властивості, як *оприлюдненість* (прилюдність), тобто їх об'єктивованість, зовнішня проявленість у такий спосіб, аби вони могли бути сприйняті — й насправді сприймалися — сторонніми суб'єктами, так би мовити, публікою¹.

Проте, як виявилось у результаті проведеного мною контент-аналізу відповідних статей низки кодексів України, перше зі щойно зазначених явищ, для відображення котрих використовується терміно-поняття «публічне» (-а, -е, -ні), позначається у законодавстві значно частіше іншими словами — «суспільне» та «громадське».

Так, прикметник «суспільний» вживається для означення таких феноменів, як життя (ст.ст. 10, 15 Конституції; ст. 3 ГК), відносини (ст.ст. 2, 181 ЗК), потреби, необхідність (ст.ст. 41, 43, 95 Конституції; ст.ст. 9, 12, 13, 16, 17, 149 ЗК), інтерес (ст. 89 Конституції; ст. 36 КК), певні види діяльності, наприклад, виробництво (ст.ст. 724, 44, 54 КН; ст. 3 ГК; ст. 200 ЗК), а також їхні наслідки — корисні (ст. 35 ЖК) або ж, навпаки, небезпечні (ст. 147 КПК; ст.ст. 19, 24, 25, 19, 48, 74, 92, 93, 94, 353 КК).

З таким же (або вельми схожим) смисловим навантаженням вживається й слово «громадський», зокрема для означення явищ, пов'язаних з правом, — безпеки (ст. 138 Конституції; ст. 258 КК), порядку (ст.ст. 34, 35 Конституції; ст.ст. 13, 442 ЦК; ст.ст. 39, 116, 148³, 185 КУПАП; ст. 282 МК; ст.ст. 1, 22, 47, 293, 296, 342, 348, 350, 390 КК), обов'язку (ст.ст. 67, 115, 350 КК), потреб (ст.ст. 111, 140 ЖК, ст. 48 ВК), інтересів (ст.ст. 356, 359, 364, 365, 267 КК), а також діяльності (ст.ст. 346, 350, 352 КК) або ж певних її видів — роботи (ст. 137 Конституції; ст.ст. 51–53, 56, 72, 98, 389 КК), експертизи (ст.ст. 11, 22 ВК), впливу (ст.ст. 116, 147 ЖК), контролю (ст. 247 КЗпП; ст.ст. 11, 20 ВК; ст. 27 ЛК), харчування (ст. 155¹ КУПАП; ст. 226 МК); далі — окремих груп суб'єктів — діячів (ст. 112 КК), організацій (ст.ст. 35, 51, 57, 111, 112, 121, 128, 175 ЖК; ст.ст. 170 КК; ст. 87 БК), формувань (ст. 22 КК; ст. 11 ВК), органів, підприємств, установ (ст. 175 ЖК; ст. 25 ЛК), інспекторів (ст.ст. 26, 22, 44 ВК; ст. 27 ЛК), комітетів (ст. 17 ЛК), комісій (ст. 35 ЖК); іноді певних

¹ Зауважимо, до речі, що й у мовно-довідковій вітчизняній літературі йдеться загалом про саме такі (або ж подібні) значення слів «приватне» та «публічне», які довелося зафіксувати у даному дослідженні кодексів України (див., напр.: Великий тлумачний словник сучасної української мови. — К., 2002. — С. 926, 1003).

місцевостей, територій, скажімо, місць (ст. 181 КУпАП), сіножатей і пасовищ (ст. 33 ЗК); нарешті, деяких видів предметів, наприклад, забудов (ст.ст. 18, 38 ЗК), будівель, споруд (ст. 341 КК) або ж взагалі житлового фонду (ст.ст. 1, 9, 53, 58, 61, 63, 65, 68, 101, 108, 117, 134, 136, 143, 144, 179, 181, 185, 188 ЖК).

Чим же пояснити, що й з-поміж другої групи розглянутих трьох синонімів термін «публічне» застосовується у позитивному праві принаймні не частіше, аніж два інші слова? Відповідь і на це питання, вважаю, може бути такою ж, яку було запропоновано стосовно непоширеності вживання терміна «приватне».

Загалом же — якщо відволіктись від проявів синонімії у законодавчому використанні поняття про приватне і поняття про публічне — можна зробити такі висновки.

1. Обидва ці поняття застосовуються в усіх галузях вітчизняного «позитивного» права (хоча, ясна річ, різною мірою, у неоднакових «дозах»).

2. Відтак, у такому праві навряд чи можливо констатувати існування абсолютно, виключно приватних чи виключно публічних частин, сфер, ділянок, підрозділів, галузей. А отже, у законодавстві розглядувана «дихотомія» має дещо умовний характер¹.

3. Проте вона є виправданою практично — з огляду на істотно переважаючий за кількісними показниками й, як наслідок, на якісно

¹ Така думка знаходить підтвердження й у висновках деяких фахівців з галузевих юридичних наук. Так, щодо навіть тих земельних ділянок, які перебувають у приватній власності, констатувалось, що режим їх юридичного регулювання має й публічний характер (див.: *Титова Н.* Співвідношення Земельного та Цивільного кодексів України: деякі проблеми // *Право України.* — 2004. — № 3. — С. 75). Щодо судового захисту приватних прав констатувалось, що він відзначається «взаємопроникненням» приватноправового і публічно-правового регулювання (див.: *Штефан О.* Співвідношення приватноправового та публічно-правового регулювання при порушенні в суді цивільної справи на захист приватних прав // *Юридична Україна.* — 2004. — № 3. — С. 68). Певну відносність розмежування у позитивному праві приватних і публічних характеристик фіксує Є. Харитонов, зауважуючи, що конструкція згаданої дихотомії «є спрощеною» і що кінцевою метою публічного права має бути захист прав людини (див.: *Цивільне та сімейне право України.* — С. 5).

Про наявність «змішаних» приватно-публічних юридичних інститутів йдеться й у деяких загальнотеоретичних працях (див., напр.: *Загальна теорія держави і права.* — Х., 2002. — С. 263; *Крупчан О.* Деякі аспекти розробки теорії приватного і підприємницького права // *Юридична Україна.* — 2004. — № 1. — С. 41).

домінуючий режим, метод державно-юридичного регулювання та зумовлений цим режимом порядок захисту тих або інших природних та «легістських» прав і свобод.

4. Означене «переважання» визначається, головним чином, двома факторами. По-перше, соціально-антропологічною видовою належністю потреб та інтересів, про котрі йшлося у першій частині даної статті (інтереси приватні, приватно-публічні й публічні, публічно-приватні). По-друге, їх *конкретно-історичною* збалансованістю («пропорційністю», співвимірністю), яку якраз і має забезпечувати таке регулювання.

Щодо останньої обставини видається принципово важливим звернути увагу на її глибинну, органічну суперечливість: вона полягає у тому, що загальнозначуще (офіційне, владне) балансування, «узгодження» існуючих різноманітних інтересів здійснюється державою, її органами, а вони — з огляду на їх соціальну сутність, природу — ніколи не були й не будуть незаінтересованими, цілком безсторонніми, абсолютно нейтральними арбітрами у цьому процесі¹.

5. Можна висловити припущення, що в українській юриспруденції терміно-поняття «приватне» та «публічне» й надалі становитимуть надбання не стільки практики — законотворчої, а відповідно й правозастосовної, — скільки теорії, яка активно користуватиметься ними як методологічними інструментами доктринального тлумачення та пізнання різноманітних правових явищ.

Надійшла до редколегії 09.04.04

В. Селіванов, член-кореспондент
АПРН України

Співвідношення права і закону

Нові суспільні відносини, насамперед відносини приватної власності, підприємницькі відносини, відносини, що виникають у сфері функціонування трьох гілок державної влади тощо, потребують не просто адміністративно-політичного скасування колишнього радянського права, удосконалення, модернізації «успадкованої» від СРСР правової системи, а їх поступової, послідовної заміни,

¹ Це положення, до речі, стосується й міжнародних органів із захисту прав людини та прав інших суб'єктів.

трансформації. Не випадково при всій важливості терміна «модернізація» в сучасній юридичній літературі висловлюється думка щодо аморфності розуміння змісту зазначеного поняття¹.

Тобто, в Україні має йтися не про модернізацію, а трансформацію суспільних відносин на базі чинної Конституції України, якісне перетворення, зокрема, всіх складових правової системи, їх взаємозв'язків: правової культури і свідомості, ідеології, системи права, юридичної науки, правової політики, юридичної практики в цілому тощо. Доречно з цього приводу нагадати слова професора права, академіка Української академії наук Б. Кістяковського, який ще у 1909 р., аналізуючи сутність процесу державного законотворення, наголошував на тому, що старе чинне право не може бути просто скасоване, «бо його скасування має чинність тільки тоді, коли воно замінюється новим правом. Навпаки, просте скасування старого права призводить лише до того, що тимчасово воно — начебто не діє, але зате потім відновлюється з новою силою»².

Формування сучасної правової системи України зумовлює необхідність вирішення низки завдань як методологічного, так і теоретичного характеру. Насамперед це подолання традиційного для радянського правознавства підходу до права лише як до сукупності норм відповідних юридичних актів. І друге завдання — розмежування розуміння джерел та сутності правотворення як явищ — з одного боку, передусім соціальних, а з другого — суто формальних — державно політичних. «Успадкований» від колишнього СРСР методологічний підхід ототожнення сутності та змісту права і закону заважає нині з наукової позиції державній і правовій реформам, зокрема створенню вітчизняної правової системи. Виступаючи на загальних зборах Академії правових наук України з нагоди 10-річчя утворення Академії, її президент, академік НАН України В. Тацій зазначив, що «залишки суто позитивістського підходу до розуміння права, за якого воно розглядалося як суб'єктивне явище, в результаті чого заперечувалась його незалежність від держави», не мають сьогодні перспективи³.

Сучасна вітчизняна практика державо- і правотворення в Україні висуває все нові й нові актуальні життєві проблеми, що вима-

¹ Див.: Малько А. В., Саломатин А. Ю. О некоторых чертах модернизационных процессов в современных условиях // Государство и право. — 2004. — № 3. — С. 23.

² Кістяковський Б. А. В защиту права (Задачи нашей интеллигенции) // Философия и социология права. — СПб., 1999. — С. 369.

³ Тацій В. Правова наука в Україні: стан та перспективи розвитку // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2(33) — 3(34) — С. 8–9.

гають свого наукового пророблення. «Тому, — як відмічає академік В. Тацій, — одне з головних завдань, які стоять перед Академією, полягає в необхідності постійно визначати головні напрямки здійснення фундаментальних і прикладних наукових досліджень як на найближчі роки, так і на віддалену перспективу»¹. Однією з методологічних основ усіх вітчизняних юридичних досліджень має бути сучасне праворозуміння, яке не повинне призводити як до заперечення нормативного характеру права, так і до розгляду його лише як юридичного аспекту права. Воно вимагає визначення закону в правовому вимірі², усвідомлення закономірностей співвідношення права і юридичного закону, міри саморозвитку права як явища — з одного боку, недержавного походження, а з другого — міри його походження від держави, зокрема у формі юридичного закону³.

Як відомо, радянське правознавство фактично сповідувало головним чином нормативістський підхід до права, розглядало його лише у невід'ємній єдності з державою як продукт останньої, як основу і знаряддя здійснення класового панування в державних формах.

Марксистсько-ленінське вчення⁴ тлумачило державу як апарат класового панування і придушення, а право — як волю панівного класу, яка знаходила своє втілення в юридичній формі і була спрямована на вираз і застосування політичного насильства⁵. На жаль,

¹ Тацій В. Академія правових наук України: становлення та наукові здобутки (назустріч виборам нових членів Академії) // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 1(36) — С. 15.

² «Право, — зазначає академік АПРН України М. Цвік, — є об'єктивним виявом характеру суспільних відносин, а закон та інші його форми є суто суб'єктивними, що їх державні органи формують заради їх юридичного оформлення. Право і форми його вияву є юридичними категоріями, їх слід розглядати в єдності» (Загальна теорія держави і права: Підручник / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Л. Ткаченка, О. В. Петришина. — Х., 2002. — С. 189.

³ Див. також: Тихомиров Ю. А. Государство на рубеже столетий // Государство и право. — 1997. — № 2. — С. 32.

⁴ В радянські часи марксизм-ленінізм вважався світоглядною основою будь-якої методології, в тому числі юридичної науки. Наприклад, С. Алексєєв, Д. Керімов і П. Недбайло писали в 60-ті роки ХХ ст., що «він не тільки пояснює сутність держави і права, а й озброює нас своєю перспективною перетворення державноправової дійсності з метою успішного будівництва комунізму» (Алексєєв С. С., Керімов Д. А., Недбайло П. Е. Методологические проблемы правоведения // Правоведение — 1964. — № 4. — С. 16).

⁵ І хоча Маркс і Енгельс у «Маніфесті Комуністичної партії» застосували дане розуміння права для характеристики буржуазного права, воно було оцінене і сприйняте як основне марксистсько-ленінське положення і багато десятиріч слугувало методологічним підґрунтям радянської юридичної науки.

ще й досі до кінця не подолана науково-юридична спадщина радянського періоду, зокрема щодо розуміння співвідношення права і закону.

Різницю ж між правом (*jus*) і законом (*lex*) зауважували ще в Стародавньому Римі, юристи якого вважали, що в разі розходження між цими явищами *lex* необхідно узгоджувати з *jus*. Цікаві роздуми з приводу розмежування понять «право» і «закон» можна знайти у Т. Гоббса. «Необхідно розрізняти *jus* і *lex* — право і закон, — наголошував філософ, — хоча той, хто пише на цю тему, звичайно змішує ці поняття, бо право полягає у свободі чинити або не чинити щось, тим часом як закон визначає і зобов'язує до того чи іншого члена даної альтернативи, отже, закон і право розрізняються між собою так само, як обов'язок і свобода, що несумісні щодо однієї і тієї ж речі... Поміж *jus* і *lex* існує така ж відмінність, як між обов'язком і свободою»¹.

Слід відмітити, що кожний історичний владно-політичний режим по-своєму вирішував зазначену проблему, спираючись на пануючі в суспільстві соціальні цінності, зумовлені головним чином загальними інтересами владарюючих у конкретний час соціальних сил. Так, у колишньому СРСР юридична доктрина і практика отожднювали право і закон. Більш того, вони подавалися і сприймалися не тільки як тотожні, а й лише з публічно-владної позиції, тобто, позиції інтересів владних структур, ігноруючи при цьому реальні потреби та інтереси інших соціальних сил, у першу чергу пересічних людей. Але проблема ефективності права як певного соціального регулятора суспільного життя вимагала для свого вирішення пошуку іншого праворозуміння. Воно мало включати у себе не тільки розуміння необхідності відмежування права від закону, до якого право (хоча і соціалістичне, радянське) не могло бути зведене, а й розуміння необхідності його всебічного дослідження, зокрема, його взаємозв'язку з правами людини, значення яких у житті суспільства нині все більше зростає і державне забезпечення яких все більше зумовлює соціальний прогрес. Сутність же інституту прав людини в суспільстві не може бути розкрита без всебічного вивчення природи права і закону як реальних явищ, так і понять, котрі застосовуються в юридичній науці, а також закономірностей їх співвідношення.

¹ Гоббс Т. Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Сочинения: В 2 т. — М., 1991. — Т. 2. — С. 98–99, 225.

В процесі дослідження закономірностей права повинно мати місце розрізнення права і закону. М. Козюбра робить слушний висновок про те, що «їх (права людини. — В. С.) існування поза правом і без права неможливе, як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності»¹.

Відомо, що в історії людства право тривалий час діяло виключно у формах звичаю, договору, і тільки в державно-політичний період — у законодавчій формі. Тобто, зміст права як об'єктивного багатоаспектного соціального явища набагато складніший і динамічніший від будь-яких його форм, у тому числі юридичних. Первісно не право залежало від закону, а навпаки — закон залежав від права. «Закон, — писав Л. Фейєрбах, — закріплює тільки те, що є правом і відповідно до права, тільки перетворює право на обов'язок для інших»².

Проблема розмежування понять права і закону була предметом гострих наукових дискусій за всіх часів державно впорядкованого суспільства, в тому числі часів радянського політичного режиму³. Але, незалежно від того, що ці дискусії відбувалися, зокрема в СРСР, виключно на методологічному ґрунті марксизму-ленінізму, деякі їх учасники наводили чимало аргументів на користь того, що право зумовлюється об'єктивними потребами суспільного розвитку, розвивається як соціальне явище еволюційно, причини і джерела правотворення необхідно шукати у закономірностях організації і функціонування суспільства в цілому, а не тільки держави як різновиду соціальних органів управління суспільством тощо⁴. Проте слід визнати, як наголошує проф. М. Козюбра, що впливу на суспільну практику зазначених дискусій і висловлюваних на них ідей в той час

¹ Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2(33) — 3(34) — № 3. — С. 92. Див. також: Нерсесянц В. С. Права человека в истории политической и правовой мысли (от древности до Декларации 1789 г.) // Права человека в истории человечества и в современном мире. — М., 1989. — С. 22.

² Фейєрбах Л. Право и государство // Сочинения: В 2 т. — М., 1995. — Т. 1 — С. 476.

³ Вірогідно, і поява природно-правової доктрини була зумовлена, зокрема, метою обмежити зазіхання держави, як зазначає О. Лукашова, «на свій розсуд визначити обсяг прав і свобод людини, не рахуючись з необхідним для нормальної життєдіяльності індивіда набором прав, які об'єктивно притаманні йому від народження, і тому є невід'ємними, невідчужуваними, незалежними від волі держави» (Общая теория прав человека / Рук. авт. кол. и отв. ред. д-р юрид. наук Е. А. Лукашева. — М., 1996. — С. 13).

⁴ Див.: Мушкин А. Е. Государство и право — исторические разновидности органов и норм управления обществом. — Л., 1969.

майже не відчувалося¹. Суспільне життя, з погляду сучасників, залишалося мало не таким же, так само керованим КПРС.

З розбудовою незалежної України, переходом від ідеологічного монізму до ідеологічного плюралізму, до формування українського демократичного, громадянського суспільства, побудови правової, соціальної держави і відповідних національних систем права і законодавства проблема співвідношення права і закону набула практичної спрямованості щодо її вирішення. Вона перейшла у площину об'єктивної потреби реалізації чинної Конституції України, зокрема ст. 8, в ч. 1 якої закріплено принцип верховенства права. Розуміння ж сутності цього принципу є в свою чергу визначальним для усвідомлення категорій «правова держава», «правова політика», «правовий закон», «легітимація юридичних актів» тощо. Щодо останньої, то слушно видається думка проф. І. Пахомова, за якою легітимація державного юридичного акта передбачає, крім іншого, його обов'язкове вживання в культуру народу. Нелегітимований юридичний акт не матиме етичного характеру, впроваджуватиметься у життя тільки за допомогою державного примусу і більшістю населення не сприйматиметься як об'єктивно необхідна обов'язкова сила, що, безумовно, породжуватиме в суспільстві проблеми законності². А, як відомо, багато сучасних проблем законності в країні були породжені не тільки кількісним нагромадженням чинного нормативного матеріалу, а й некритичним копіюванням «найкращих зразків» західного юридичного досвіду, без прив'язування їх до національних особливостей.

Що ж до сучасного розуміння сутності і змісту конституційного принципу верховенства права, його кореляції з принципами «верховенство конституції» та «верховенство закону», то воно передбачає, насамперед, поглиблене право- і законорозуміння, усвідомлення їх співвідношення між собою³.

¹ Див.: Козюбра М. Вказ. праця. — С. 84.

² Див.: Пахомов І. Адміністративна реформа: предмет реформування // Право України. — 2004. — № 3. — С. 23.

³ Див., зокрема: Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. — М., 1999; Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 3–13; Загальна теорія держави і права: (Розділ XII); Самигуллин В. К. О понятии права // Правовая политика и правовая жизнь. — 2002. — № 1. — С. 25–29; Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. — 2002. — № 2 — С. 4–16; Макаренко В. П. Аналитическая философия права: концепции и проблемы // Там само. — 2002. — № 6. — С. 10–33; Ющик О. Право: у пошуках дефініції // Право України. — 2003. — № 6. — С. 109; Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — Т. 5: П-С. — К., 2003. — С. 48–49.

Це вимагає усвідомлення того, що зазначені принципи можуть слугувати ґрунтовними засадами у процесі як правотворення і законотворення, так і застосування закону в конкретній правовій дійсності, але лише у своєму взаємозв'язку, взаємоузгодженості, діалектичній взаємодії. Будь-яка абсолютизація значення чи принципу верховенства права, чи принципу верховенства закону призводить до неефективності в процесі законотворення і застосування.

Об'єктивне джерело розмежування сутності права і закону необхідно шукати в суперечностях між формою і змістом суспільного життя, пов'язаних з історичним суспільним рухом. Удосконалення натури як окремої людини, так і певної форми соціальної взаємодії своїм джерелом мають певну зумовлену культуру людства, де людина (історична) завжди відіграє свою свідому, творчу роль. Йдеться про людину як суперечливу соціально-біологічну істоту, яка, з одного боку, ратує за впорядкованість соціального буття, а з другого — в реальній соціальній дійсності схильна діяти всупереч вимогам порядку. Саме людина є тим «каналом», через який діалектично взаємодіють між собою, перетікають одна в одну нормативність і анормативність (відхилення від нормативності) як об'єктивні властивості соціального буття. Вони не тільки взаємно не виключають, а й взаємодоповнюють одна одну. «Безліч пульсуючих суперечностей між нормативністю і анормативністю, — зазначає В. Бачинін, — складають загальну соціодинаміку розвитку правової дійсності»¹.

Однією з основних складових правової дійсності є право. Як багатоаспектна соціальна функція право своїм корінням сягає об'єктивного буття. Безпосередня ж державна діяльність є лише частковим, конкретно-історичним моментом. У Давньому Римі поширеною була ідея, згідно з якою «право є найвищим розумом, який вкладено у нас природою, і, з одного боку, вимагає те, що має бути зроблено, а з другого — забороняє супротивне» (лат. — «*Yus est summa ratio insita a natura quae jubet ea, quae facienda sunt prqhibetque contraria*»).

Право передусім зумовлене потребами впорядкування певних суспільних відносин, забезпечення їх цілості. Воно через усі свої сторони, аспекти завжди спрямоване на підтримання певної форми соціальної взаємодії, врешті-решт конкретної цивілізації, в упорядкованому стані. Сутність права полягає в узгодженні існуючих

¹ Бачинин В. А. Природа правовой реальности // Право и политика. — 2004. — № 2. — С. 5.

суперечливих, передусім приватних, інтересів, об'єктивному примусі конфліктуючих сторін до пошуку компромісів і т. ін.¹

Як відомо, поширеною формою примусу є юридичний примус. Саме законодавець шляхом законодавчої діяльності, в тому числі визначення і встановлення окремих юридичних норм, зокрема у формі законів, які він все ж повинен виводити з реально існуючих суспільних відносин, життєво необхідних потреб, надає праву «в собі», як зазначав Гегель, форму загальності та істинної визначеності². По суті це має відображати думку законодавця про об'єктивну необхідність³.

На відміну від права юридичний закон — це завжди суб'єктивний вираз конкретно-історичного розуміння значення певної об'єктивної необхідності. «Закон, — говорили давні римляни, — це вираз розуму, що вимагає тих речей, які є корисними і необхідними, і забороняє протилежні» (лат. — «Lex est ratio summa quae sunt utilia et necessaria et contraria prohibet»). Попри обумовленість суспільних відносин об'єктивними закономірностями, вони, не будучи матеріалізованими у формі вольової суб'єктивної діяльності людей, в тому числі законодавчої, існувати в реальності не можуть. Проте, це не означає, що воля законодавця сама по собі є правом. Вона є лише засобом певної об'єктивізації, конкретизації і реального застосування права, яке так чи так втілюється у форму закону (правового чи ні). Бо дозволи чи заборони — справа рук законодавця, але справа суб'єктивна. Саме тому дія закону на відміну від права поширюється від законодавця так би мовити згори донизу, до всіх рівнів і суб'єктів громадянського суспільства. «Право, — зазначає американський дослідник Г. Дж. Берман, — водночас росте знизу догори, із структури і звичаїв усього суспільства і рухається зверху донизу під впливом політики і цінностей людей, що перебувають при владі. Право допомагає інтегрувати і те й інше»⁴.

¹ Див.: Бачинин В. А. Природа правовой реальности // Право и политика. — 2004. — № 2. — С. 5.

² Див.: Гегель Г. В. Ф. Философия права. — М., 1990. — С. 247.

³ Не слід забувати думку І. Канта, згідно з якою «розум бачить лише те, що сам створює за власним планом» (Кант И. Критика чистого разума // Сочинения: В 8 т. — М., 1994. — Т. 3 — С. 21).

⁴ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1994. — С. 552.

Сучасне національне правознавство у своєму визначенні і дослідженні права, з позиції багатоаспектного, багатомірного¹ підходу, повинно врахувати взаємодію духовних і матеріальних засад формування цього суспільного явища, впливу його ціннісних моделей на соціальне середовище, а також досвіду їх практичної реалізації. Як об'єктивна соціальна реальність право — це єдність об'єктивного і суб'єктивного, завжди протилежна сваволі².

Право і закон як соціальні явища мають як загальні, так і особливі характеристики. Загальне зумовлене об'єктивними потребами впорядкування соціальної взаємодії як форми виживання людини, а особливе — специфікою суспільних відносин, їх організації.

Як не можна змішувати, ототожнювати поняття права і закону, так не можна одноаспектно тлумачити право лише як міру свободи волі, встановлювати штучні межі між правом і законом, не усвідомлювати діалектики їхнього взаємозв'язку. Це може привести до розуміння того, що «право — це щось «добре», а закон може бути будь-яким — і «добрим», і «поганим», тому закон начебто можна ігнорувати, вирішивши лише питання, чи є той або інший юридичний акт дійсно гуманним, демократичним і справедливим³. Такий підхід, безумовно, недостатній для галузевої юриспруденції і тим більше для застосовної практики, котрі вимагають розуміння права насамперед як конкретної соціальної реальності, сукупності норм юридичного характеру. Вони, крім загальнообов'язкової нормативності, повинні мати такі властивості, як визначеність змісту і державна гарантованість застосування, що надають конкретно-історичному чинному праву (законодавству) якості стабілізуючого поведінку чинника механізму відтворення даного суспільного ладу⁴. Щодо цього необхідно прислухатися до слів російського правника О. Лейста, котрий зазначає, зокрема, що «на основі абстрактних міркувань, які протиставляють завжди добре право нерідко погано-

¹ Багатомірний підхід, — слушно зазначає В. Бабкін, — дозволяє розглядати індивідуально-особисті, публічно-правові засади як такі, що належать до різних вимірів суспільства і людини, а не виключають одна одну» (Бабкін В. Д. Взаємозв'язки філософії права та загальної теорії держави і права // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 1. — С. 59).

² Як зазначає С. Алексеев, «передумови права — як і влади (в тому числі передчуття права), закладені в самій природі людини...» (Алексеев С. С. Избранное. — М., 2003. — С. 400).

³ Див.: Кудрявцев В. Н. О правопонимании и законности // Государство и право. — 1994. — № 3. — С. 5–6.

⁴ Див.: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 49–50.

му законів, важко сформулювати будь-які конкретні рекомендації сучасному законодавцю, який принципово визнає ідеї свободи, рівності і справедливості, але не завжди вміє втілити їх у законі»¹.

Суспільно усвідомленим стає нині факт, що однією з основних умов формування вітчизняного громадянського суспільства, надання процесу руху української державності стабільного правового і соціального характеру є організація державного правління на основі і за допомогою правових законів, тобто законів, які мають правовий вимір. В. Стефанюк слушно зазначає, що «доки право і закон не збігаються, доки діють несправедливі закони — правової держави немає»². Безумовно, це вимагає не просто жорсткого протиставлення права юридичному законів, а більш глибокого пізнання багатоаспектної природи права як основи новітніх юридичних знань, без яких і мови не може бути про ефективність сучасних вітчизняних законотворення і застосування. Нині необхідно усвідомлювати, що успадкований від колишнього радянського правознавства юридичний вимір права — це лише один із взаємопов'язаних підходів до дослідження багатоаспектної структури права як складного соціального явища, котре існує у сфері впливу багатьох як внутрішніх, так і зовнішніх чинників, що так чи інакше впливають на механізм поведінки людини.

Надійшла до редколегії 02.09.04

О. Петришин, головний учений секретар АПрН України, академік АПрН України

Конфлікт та співробітництво як соціальне середовище права

Процес формування правової, демократичної, соціальної державності, конкретизований стратегією європейського вибору та

¹ *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. — М., 2002. — С. 259. Див. також: *Байтин М. И.* О современном нормативном понимании права // Ежегодник российского права. — М., 2000. — С. 215; *Його ж.* Сущность права. — Саратов, 2001. — С. 5.

² *Стефанюк В.* Верховенство права чи верховенство закону? Політико-правовий принцип поділу державної влади працює лише за умови взаємодії владних структур, а не їх конфронтації // Віче. — 2004. — № 2. — С. 20.

програмою адаптації законодавства України до загальновизнаних європейських стандартів¹, зумовлює нагальну потребу осмислення ролі права як актуальної реальності, що покликана стати атрибутом життєдіяльності суспільства та держави, сприяти становленню та ефективному функціонуванню інституцій громадянського суспільства, належному забезпеченню та захисту прав і основних свобод людини і громадянина.

Засади конституційного ладу щодо визнання людини, її інтересів та прав найвищою соціальною цінністю, відповідальності держави перед суспільством, спрямування державної діяльності на утвердження та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, верховенства права, політичної багатоманітності, поділу влади не залишають сумнівів стосовно світоглядної орієнтації незалежної Української держави та національної правової системи. Втім, усі ці програмні настанови вимагають реалізації на рівні певних концепцій, що пов'язано з необхідністю подолання вітчизняним правознавством звичних уявлень про зміст та особливості правового регулювання у суспільстві, яке передбачає зміну акцентів у визначенні його чинників, засобів, механізмів та критеріїв ефективності.

Сьогодні процеси переосмислення правової дійсності активно стимулюються розробленням та ухваленням низки нових основоположних галузевих законодавчих актів, зокрема Цивільного, Сімейного, Кримінального та інших кодексів, які вже не можуть вписатися в традиційні канони вітчизняної теорії держави і права, оскільки значною мірою адаптували до свого змісту нові підходи, сучасне бачення ролі права в регулюванні відповідних сфер суспільних відносин, що сприяє наближенню нормативної основи правової системи до задекларованих Конституцією України гуманітарних цінностей.

Все більш впливовим чинником становлення національної правової системи України, орієнтації процесу правового регулювання на соціальні критерії ефективності стає сьогодні судочинство, зокрема активна діяльність Конституційного Суду України по здійсненню завдань конституційної юрисдикції, показові зміни в напрямках судової практики, спрямовані на підвищення ролі правосуддя у забез-

¹ Див: Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» // Голос України. – 2004. – 4 черв.

печенні реалізації норм Конституції України, утвердженні та захисті прав і свобод людини і громадянина¹.

Водночас процес правового регулювання суспільних відносин значною мірою продовжує відтворюватися правовою теорією та сприйматися суспільною свідомістю як однобічний, а тому й спрощений вплив державної влади на суспільство, право — лише як наказ держави, примусове знаряддя для силового забезпечення проведення певної політики, виключно засіб здійснення управлінських завдань. За цих умов функціонування правової системи *практично* зводиться до механізмів державно-правової регламентації суспільних відносин, не залишаючи простору для автономного регулювання, ініціативної діяльності індивідів та їх об'єднань за для реалізації своїх прав і основних свобод.

Як результат ухвалення того чи іншого закону розглядається у вигляді своєрідного підсумку права, по суті усього процесу правового регулювання. Згідно з цією логікою кількість законів може зростати, а їх ефективність — знижуватись. У свій час висловлювалась навіть пропозиція прийняти Закон про реалізацію законів. Що стосується практичного здійснення приписів правових норм, то воно знаходиться нібито за межами власне змісту права, а тому й безпосереднього інтересу правознавців, у всякому разі розглядається як таке, що має для юриспруденції похідний, вторинний характер. Відповідно й предмет теорії права за таких умов самообмежується сферою мислення, лише належного, яке може і не мати переходу в дійсність, практичне життя.

При дослідженні переважно проблем позитивного права (законодавства) практично йдеться лише про ментальні механізми розроблення і аналізу тексту законів та інших нормативно-правових актів, тому й правознавство — наука про місце та роль права у життєдіяльності людей, суспільства та держави практично зводиться до законодавства, що не є одним і тим же², адже закон є лише одним, хоча й звичним для правових систем романогерманської сім'ї, джерелом права. У цьому сенсі видатний російський філософ

¹ Див.: Чаюн М. Г., Кириченко Ю. М., Кидисюк Р. А. та ін. Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997–2003 роки). — К., 2003; Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. — Сімферополь, 1998.

² Див.: Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. члена-кор. РАН В. С. Нерсесянца. — М., 1999. — С. 147.

та юрист І. Ільїн цілком обґрунтовано констатує несамостійний статус законодавства, оскільки воно за таких умов само не досліджує предмет, натомість підбиває стислі підсумки іншим самостійним наукам про право¹.

Через те не є випадковою оцінка поняття права у такому обмеженому розумінні недостатнім для побудови сучасної теорії права, пошук інших, більш адекватних інтегративній функції загальнотеоретичної науки основних правових категорій, серед яких пропонуються «дія права», «правове життя» чи «правотворчість»². Аргументи на їх користь зводяться до нагальної потреби подолання надмірної абстрактності вітчизняної юриспруденції та її наближення до практичних завдань шляхом урахування елементів творчої активності у праві, суб'єктом яких є людина, акцентуючи таким чином на антропологічній природі правової реальності. Проте, наприклад, щодо останньої категорії даний чинник пропонується брати до уваги обмежено, лише у процесі розробки законодавства.

Звичайно, будь-яке наукове пізнання можна характеризувати як самодостатнє у певному сенсі, але з другого боку не слід забувати й про те, що свою повноцінність теорія набуває тільки тоді, коли вона застосовується до актуальних питань практичного життя. Аксиоматичним ще з часів виникнення права є положення про те, що юриспруденція — це передусім сфера практичного освоєння реальності, а тому будь-які теоретичні розробки цієї тематики, хоча і різною мірою відповідно до місця в системі юридичної науки, мають орієнтуватися на певні соціальні очікування та знаходити практичне застосування.

Ігнорування багатofакторності чинників соціального розвитку, ролі соціальних суб'єктів, які наділені власними інтересами та свідомістю, їх активності, самоврядного потенціалу громадянського суспільства призводить до штучного звуження сфери правового регулювання. Результатом цього є відрив права від свого носія — активного суб'єкта, а тому й покладення на владу неадекватних її соціальному призначенню завдань, надмірна концентрація силового впливу в руках органів державної влади, що живить тенденції до авторитарних та бюрократичних методів вирішення будь-яких

¹ Див.: *Ільїн І. А.* Теория права и государства. — М., 2003. — С. 64.

² Див.: *Брызгалов А. И.* О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе // Государство и право. — 2004. — № 4.

питань життєдіяльності суспільства, котрі розглядаються за цих обставин як єдино можливі та найкращі.

Таке уточнення предмета юриспруденції має спиратись на істотне оновлення методологічного арсеналу наукових досліджень у галузі держави і права¹. Найбільш адекватним щодо цього постає наукознавчий аспект, згідно з яким переосмисленню підлягають самі підходи до розуміння особливостей дослідницької діяльності у сфері соціальної реальності². Завданням цього напрямку, специфіка якого полягає в розгляді правової реальності під феноменологічним кутом зору³, є дослідження права як соціального явища, що виникає за умов правового способу соціальної регуляції⁴, застосування до юридичної сфери наукового інструментарію суміжних дисциплін — антропології як науки про людину, психології та соціології⁵. Як результат пізнавальні можливості сформованої на такій основі інтегративної правової концепції переважають усі інші, оскільки вона дає змогу на основі одного головного принципу пояснити найбільшу кількість правових явищ⁶, долаючи при цьому односторонність та полярність традиційних концептуальних підходів *та сформованих на їх основі наукових шкіл* — природного і позитивного права, історичної, соціологічної та психологічної тощо.

Проте цей підхід передбачає відмову від стереотипу сприйняття суспільства як такої форми суспільних відносин, принципів особливості якої зазвичай вбачались в її незалежності від свідомості та волі конкретних людей, а тому й практично — у відчуженості від них самих, їх безпосередніх життєвих інтересів. Звідси виникала досить парадоксальна ситуація — коли суспільство, яке складається з людей та відносин між ними, функціонує нібито абсолютно незалежно від цих самих людей та їх відносин, яким у такому випадку не залишається нічого іншого, крім «дійсно ізольованого існування».

¹ Див.: Методологічні проблеми правової науки: Матеріали міжнародної наукової конференції. Харків, 13–14 грудня 2003 р. — Х., 2003.

² Див.: *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна. — СПб., 2002. — С. 6–8.

³ Див.: *Поляков В. А.* Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. — СПб., 2003.

⁴ Див.: *Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. — М., 2003. — С. 144.

⁵ Див.: *Мартышин О. В.* Общетеоретические юридические науки и их соотношение // Государство и право. — 2004. — № 7. — С. 7.

⁶ Див.: Коммуникативная концепция права: вопросы теории. — СПб., 2003. — С. 38 та ін.

Звичайно, кожний історичний період характеризується усталеними стереотипами сприйняття навколишнього світу, в тому числі у сфері пізнавальної діяльності, а тому й вказувати з позицій сьогоднішнього рівня розвитку науки на недосконалість певних світоглядних настанов минулого можна лише умовно. Однак більш результативним має стати ставлення до процесу формування методології пізнання як до певного розвитку пізнавальних здібностей людини та суспільства, що знаходяться у постійному русі, стані пошуку, який не може зупинитися.

Право за своєю природою є породженням суспільних відносин як певних взаємин між соціалізованими індивідами¹, не існує поза межами суспільства, критерієм його життєздатності може бути лише соціальна ефективність. Тому й одним із актуальних напрямків пристосування вітчизняного правознавства до потреб сьогодення має стати соціалізація юридичних знань², яка передбачає розгляд правової проблематики у більш широкому контексті — суспільства в цілому, а не лише системи державно-владних стосунків з приводу формування та реалізації державної влади. Держава з цієї точки зору виступає інститутом публічної влади в масштабах усього суспільства, своєрідною надінституціональною організацією³, особливість якої полягає в забезпеченні його цілісності шляхом централізації владно-примусового потенціалу всього соціуму. Однак не слід забувати й про те, що джерелом владно-примусової сили держави виступають інтереси і прагнення людей та їх об'єднань, на підставі яких вони вступають між собою у суспільні, зокрема правові, відносини.

Такий підхід дає змогу розставити акценти у проблематиці співвідношення держави та громадянського суспільства, які разом складають цілісний соціум, але виконують у ньому різні *ролі* — суспільство є основою державності, а державна влада — його

¹ Той факт, що людина живе серед інших людей, не є її примхою чи висновком, до якого вона дійшла з мотивів спільної користі. Людина за своєю природою — як фізичною, так і духовною — призначена для життя у суспільстві і стає людиною лише у результаті життя у суспільстві (див.: *Егоров С. Н.* Аксиоматические основы теории права. — СПб., 2001. — С. 52).

² Одним з перших у вітчизняній теорії права на соціальній природі права акцентував увагу М. Козюбра (див.: *Козюбра Н. И.* Социалистическое право и общественное сознание. — К., 1979).

³ Див.: *Гомеров И. А.* Государство и государственная власть: предпосылки, особенности, структура. — М., 2002. — С. 468—477.

функцією¹, важелем управління, який повинен йому служити, забезпечувати загальносоціальні потреби, насамперед стабільність та сталий розвиток. Лише на такому соціальному фундаменті народ може розглядатися реальним джерелом державної влади, який, будучи носієм суверенітету, прагне до утворення держави задля самозбереження та забезпечення свого ефективного розвитку.

Підсумком цього має стати розірвання замкнутого кола формальних юридичних понять та конструкцій, коли теорія права розуміється як така, що розвивається «із самої себе», виключно за рахунок узагальнення висновків галузевих юридичних дисциплін. Такий висновок ставив би під серйозний сумнів загальнотеоретичний статус цієї дисципліни саме як науки, насамперед її пізнавальні можливості та методологічну функцію відносно галузей правознавства.

Водночас це не повинно призводити до нехтування логічними способами конструювання моделей правової реальності, які знаходять свій зовнішній вираз у нормах права. Йдеться лише про подолання їх самодостатності з позиції пріоритету практичних проблем розвитку суспільства, оскільки право за цих умов розглядається як належне у процесі становлення, як таке, що стає частиною реальності. Тому право як соціальне явище є таким, що діє, поза цим норма залишається нереалізованим текстом, заявленим наміром, хоча й сформульованим у модальній формі. Разом з тим юриспруденція, як будь-яка інша соціальна наука, не може бути пасивним відображенням дійсності, має досліджувати її з точки зору як суцього, так і належного, того, якою вона (правова дійсність) є та може й повинна бути.

З урахуванням цього суспільство розглядається як сукупність активних індивідів, що мають суперечливі, але водночас й однотипні з іншими інтереси, які вони не можуть самостійно реалізувати, і тому єдиною можливим способом їх існування виступає соціальне спілкування (конфлікт та співробітництво) у формі стосунків одного з іншим та всіма іншими², тобто саме у публічній площині на підставі взаємного визнання певних прав і обов'язків, що робить індивідів соціальними та правовими суб'єктами³. Як ре-

¹ Див.: *Мамут Л. С.* Народ в правовому государстве. — М., 2000.

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

³ Див.: *Максимов С. И.* Правовая реальность как предмет философско-правового исследования. — Х., 2000.

зультат у просторі такого роду відносин (на відміну від приватної сфери) складається соціальність — за своїм джерелом суб'єктивна та за формою існування об'єктивна реальність. У середовищі цих відносин формуються й певні правила поведінки людей як засновані на еквівалентності обміну діяльності, покликані в подальшому виконувати роль відповідних її стандартів, норм, які за посередництвом інститутів отримують публічну значущість та гарантію. Соціальна реальність у цьому сенсі постає сферою взаємодії суб'єктів, опосередкованою певними нормами поведінки та інститутами.

Отже, змістовним чинником права виступають соціальні взаємини, засновані на суперечливих соціальних інтересах індивідів, які породжують конфлікт та співробітництво між учасниками суспільних відносин. Цей соціальний конфлікт мав в історії політичної та правової думки різноманітні інтерпретації: «війна всіх проти всіх» з акцентом на антагонізмі індивідів, «класова боротьба» з наголосом на суперечностях групових економічних інтересів, «повстання людини проти держави» тощо. Звідси робились різні висновки: про необхідність абсолютизації державної влади, відмирання держави, шкідливість та непотрібність держави, розподілу сфер впливу держави та приватних інтересів.

Таким чином соціальна обґрунтованість норми права полягає у взаємозалежному існуванні та взаємодії індивідів, які є учасниками соціальних взаємин, реалізуючи належну їм свободу в межах виправданої з позиції соціальної еквівалентності норми (міри)¹, проявом чого виступає повторюваність цих відносин². Однак еквівалентність як запорука відповідності соціальній реальності змісту того чи іншого правила поведінки (соціальна складова) для набуття статусу правової норми має бути раціоналізованою за посередництвом культурних цінностей — отримати обґрунтування доцільністю (правова політика), виправдання з позиції справедливості (етика права), загальний вираз за посередництвом тексту (логіка права), офіційне визнання та судову гарантію від можливих порушень за допомогою авторитету державної влади (позитивація права).

Наразі текстуальний вираз правила поведінки виступає не стільки власне джерелом права, скільки його формою, результатом

¹ Див.: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. проф. В. С. Нерсесянца. — С. 162–178.

² На цій ознаці наголошує М. Цвік (див.: *Цвік М.* Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4. — С. 10–11).

завершального аналітичного етапу формування його змісту, а тому й основним інформаційним ключем до його пізнання та реалізації. Правові тексти — підсумок об'єктивної та артикуляції усїєї системи соціальної взаємодії, внаслідок чого людина як соціальна істота отримує змогу існувати, спілкуючись з іншими, в межах правової культури, яка є частиною культури суспільства¹.

Тому права система як конкретний вимір соціальної реальності завжди має в собі, так би мовити, природжені риси тієї чи іншої ментальності — стереотипів світосприйняття, звичаїв, традицій, системи цінностей та способів інтелектуальної діяльності, формується та здатна функціонувати лише як певна національна права система. Відповідно й процеси глобалізації правової сфери не слід ототожнювати з механічним перенесенням певних політичних та юридичних конструкцій однієї країни на іншу без урахування особливостей національно-історичного розвитку тієї чи іншої спільноти та державності².

Безперечно, не слід применшувати й значущість публічно-владних атрибутів права. Спираючись на офіційне визнання, загальнообов'язковість, можливість примусової підтримки, право стає здатним до повноцінної реалізації свого соціального призначення як найбільш універсального та ефективного соціального регулятора, основного засобу вирішення суспільних конфліктів, примирення різноманітних соціальних інтересів, досягнення соціальної злагоди та компромісу. Зокрема, імовірність того, що в разі потреби право буде реалізовано за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, означає, що поряд з нормами, які безпосередньо регулюють поведінку людей, з'являються й інші норми, які зобов'язують правоохоронні органи вжити заходів для забезпечення дотримання цих «первинних» норм³. З цього погляду право кваліфікується не просто як справедливість або лише як примусовий засіб задля забезпечення силового впливу на суспільство, а як своєрідна примусова справедливість⁴, що спирається на органічне поєднання обох цих засад — етичної та владно-примусової.

¹ Див.: Коммуникативная концепция права: вопросы теории. — СПб., 2003.

² Див.: *Тацій В. Я.* Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави / Методологічні проблеми правової науки: Матеріали міжнародної наукової конференції. Харків, 13–14 грудня 2002 р. — Х., 2003. — С. 5.

³ Див.: *Ципелліус Райнгольд.* Юридична методологія. — К., 2004. — С. 18.

⁴ Див.: *Хеффе О.* Політика. Право. Справедливість. — М., 1994. — С. 269–285.

Кожен з цих аспектів існування права є предметом окремого наукового дослідження, складає певний їх напрям — філософсько-правових, політико-правових, етико-правових, логіко-правових, позитивно-правових. Питання в іншому — актуальності того чи іншого напрямку дослідження правової реальності, яка зумовлена конкретною соціально-історичною та пізнавальною ситуацією. Саме сьогодні для юриспруденції настав період, коли вона повинна бути готовою «глянути на себе» нібито збоку, перевірити весь свій методологічний інструментарій для переходу на якісно новий щабель сприйняття правової дійсності¹.

Суспільні відносини є й тим реальним середовищем, у якому здійснюються правові норми — за посередництвом пізнання та оцінки їх змісту свідомістю конкретних суб'єктів, вольових актів їх поведінки, спрямованих на дотримання юридичних заборон, виконання юридичних обов'язків та використання прав, опертя на певні соціальні, зокрема державно-владні, інституції та механізми. Важливою тут стає теза про те, що для досягнення соціально значущого результату здійснення приписів правової норми не може бути відірваним від неї самої, її змісту², спрямованого на впорядкування соціальних відносин, організацію соціального спілкування індивідів на засадах унормування їх свободи та відповідальності, рівності та справедливості.

Таким чином, сутність права у запропонованому соціальному контексті має розглядатись у безпосередньому зв'язку з процесами соціалізації індивідів, демократизації політичного життя, активною участю громадян у процесі нормотворчості, зокрема з виявленням необхідності регулювання певних суспільних відносин, формуванням соціальних очікувань щодо спрямованості та змісту їх регламентації, обговоренням проектів законів та інших нормативно-правових актів і внесенням до них пропозицій, залученням громадськості до процесу реалізації та оцінки ефективності законодавства.

Рух у цьому напрямі має не тільки забезпечити розуміння юридичної проблематики як необхідної складової вирішення соціальних проблем, а й наблизити її до соціально-антропологічних кри-

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

² Вперше у вітчизняній теорії права питання про право у технологічному вимірі поставив В. Горшеньов (див.: *Юридический процесс / Под ред. В. М. Горшенева.* — Х., 1985).

теріїв шляхом покладення в основу політичної та правової системи прав людини¹, яка поєднує у своїй активності власну суб'єктивність та об'єктивність навколишнього соціального світу, виразником якої є передусім норми поведінки. Саме у цьому полягає один із найвагоміших аргументів на користь пріоритетного розгляду проблем теорії права як більш наближеної до дослідження природи соціуму перед викладенням власне питань теорії держави, яка за таких умов набуває вигляду правової теорії держави.

Надійшла до редколегії 20.09.04

В. Смородинський, кандидат
юридичних наук (НЮА України)

Проблема систематизації функцій судової влади

Система функцій судової влади згідно зі змістом та напрямками судової діяльності містить у собі три групи функцій. Перша група (захист прав і свобод людини і громадянина, охорона конституційного ладу України) визначає спрямованість судового впливу, призначення судової діяльності. Друга група (правосуддя, судовий контроль, тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України тощо) з урахуванням її самостійної значущості розглядається нами як похідна від першої, оскільки визначає легальну процедуру здійснення функцій першої групи. Третю групу складають функції, пов'язані із судовим управлінням.

Захист прав і свобод людини і громадянина в демократичній державі є, на нашу думку, провідною функцією судової влади, оскільки інші функції (правосуддя, судовий контроль, у тому числі конституційний) мають сенс передусім у розрізі здійснення саме цієї функції. У ст. 3 Конституції України проголошено, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Порівняльний аналіз положень ст.ст. 3 та 55 Конституції України (про захист прав і свобод людини і громадянина судом) дає можливість зробити низку висновків.

¹ На соціальній природі прав людини обґрунтовано наполягає П. М. Рабінювич (див.: *Рабінювич П.* Права людини: діалектика універсалізації та урізноманітнення змісту й меж // *Вісник Академії правових наук України.* – 2002. – № 3. – С. 5).

По-перше, саме захист прав і свобод людини і громадянина, членів соціуму є змістом і основним напрямком діяльності судових органів, а відтак, стрижневою, провідною функцією судової влади в Україні.

По-друге, ця функція дозволяє обґрунтовано вважати характер впливу судової системи на суспільні відносини владним. Саме в ній на конституційному (вищому легальному) рівні виявляється одна з найважливіших властивостей судової влади — системність¹. Формальна системність проявляється тут у легалізації Конституцією єдності державної і судової діяльності, державної влади в цілому і судової влади як складового цього цілого. Аксиологічна (ціннісна) системність визначається єдиним для всіх гілок влади об'єктом захисту, легалізованим Конституцією України як «найвища соціальна цінність», з чого природно випливає безумовна цінність для суспільства і самого владного суб'єкта захисту — судової системи.

Крім того, з суб'єктивної сторони функція захисту прав і свобод людини і громадянина є за своїм змістом абсолютно *легітимною*, приймається суспільством повністю і беззастережно, оскільки має потенційну інструментальну цінність для кожної людини. Результатом цього суспільного схвалення, підтримання є *легітимація* і самої судової влади, яка безпосередньо здійснює цю функцію.

Таким чином, вищий (конституційний) рівень легальності судового захисту прав і свобод людини і громадянина збігається з його високою легітимністю. Виходить, що і сама судова влада в цьому разі є легальною і легітимною водночас (природно, за умови одночасної легальності і легітимності методів і способів здійснення). Але збіг легальності і легітимності судової влади є необхідною умовою її правового характеру, а правовий характер влади в умовах правової держави, задекларованої ст. 1 Конституції України, є необхідною умовою її існування. Отже, функція захисту прав і свобод людини і громадянина для самої судової влади в правовій державі є владоформуючою (органічною) функцією. На перший погляд, має місце деяка суперечність — влада здійснює функцію, яка її формує. Але саме в цьому і полягають органічна єдність, неподільність у правовій державі судової влади та її провідної функції — захисту прав і свобод людини і громадянина — як засобу і мети, форми та змісту.

¹ Див.: Смородинський В. С. Судова влада з об'єктивної сторони // Держава і право. — К., 2003. — Вип. 20. — С. 17.

Не менш важливе те, що висока легітимність зазначеної функції частково компенсує неоднозначне, у низці випадків негативне, найчастіше байдуже ставлення суспільства або його окремих частин до діяльності судової системи щодо здійснення другої основної функції — захисту конституційного ладу (розв'язання конфліктів переважно в публічно-правовій сфері). Невисокий рівень легітимності другої функції компенсується високою легітимністю першої, в результаті чого загальний рівень легітимності судової влади зберігається на досить високому рівні. Таким чином, функція захисту прав і свобод людини і громадянина виступає для судової влади як компенсаційна, владозакріплююча функція і знову ж органічна.

Для визначення складного змісту провідної функції судової влади необхідно розкрити саме поняття «прав і свобод людини і громадянина» як об'єкта захисту. П. Рабінович тлумачить права і свободи людини як «її певні можливості, необхідні для існування та розвитку у конкретно-історичних умовах»¹. Вони «об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними і рівними для всіх людей»². У цьому полягає спільність цих понять. Але при цьому вони не є тотожними. Відмінність понять «права» і «свободи» можна визначити за критерієм автономності здійснення та формами забезпечення. Права людини здійснюються, як правило, за наявності певних юридичних засобів, механізмів, реалізуються через визначену державною владою юридичну процедуру (наприклад, право на працю, на освіту, на соціальне забезпечення). Свободи людини можуть здійснюватися без встановлення спеціальної юридичної процедури (наприклад, свобода слова, вибору місця проживання)³. Свободи — це «права, що захищають волю людини формувати власні переконання, привселюдно виражати їх, вести приватне і сімейне життя без примусу і зазіхань з боку держави і діяти згідно з власним рішенням»⁴.

Гарантії прав і свобод людини П. Рабінович визначає як «такі явища, які сприяють здійсненню прав і свобод людини, забезпечу-

¹ Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). — Х., 1997. — С. 7.

² Там само.

³ Див.: Там само.

⁴ Лейбо Ю. И., Толстопятенко Г. П., Экштайн К. А. Научно-практический комментарий к главе 2 Конституции Российской Федерации «Права и свободы человека и гражданина» / Под ред. К. А. Экштайна. — М., 2000. — С. 24.

ють їх охорону й захист¹». Із зазначеного можна зробити висновок щодо відмінності понять «охорона» та «захист». І тут ми виходимо на необхідність вирішення одного із найзапекліших спорів між дослідниками судової влади: *чи є суд правоохоронним органом?*

Так, на думку І. Петрухіна, «з ідеєю правової держави не узгоджується покладання на суди завдань розкриття злочинів і викриття винних, так само як і завдань викорінювати злочинність», оскільки це є функціями «правоохоронних органів, а не суду²». Аналогічні судження висловлюють В. Ржевський і Н. Чепурнова, вказуючи на неприпустимість «розчинення» правоохоронної функції в судовій, «за своєю сутністю правозастосовній»³.

Іншої точки зору додержуються К. Гуценко і М. Ковальов, вважаючи, що суд є правоохоронним органом, причому основним⁴. Вони обґрунтовують свою концепцію тим, що «виключення суду з числа правоохоронних неминуче приведе до заперечення того, що вони уповноважені займатися охороною права», а це «елементарно суперечить широко визнаному положенню про те, що суд — кращий засіб захисту прав і свобод людини і громадянина»⁵. Правоохоронним органом називають суд також В. Тацій і Ю. Грошевой⁶.

Викладені підходи до правоохоронної функції суду можна звести до двох, що виключають один одного. Згідно з першим суд не є правоохоронним органом, оскільки правозахисна діяльність суду не є ідентичною спеціальній правоохоронній функції, що пов'язана з виявленням та усуненням правопорушень (розмежування правозахисної та правоохоронної судових функцій). Відповідно до другого підходу основу діяльності судової влади становить саме здійснення правоохоронної функції, змістом якої є захист (охорона) права, що здійснюється судовими органами (ідентичність правозахисної та правоохоронної судових функцій).

¹ Рабінович П. М. Вказ. праця. — С. 7.

² Петрухин И. А. Правовое государство и правосудие // Сов. государство и право. — 1991. — № 1. — С. 20–21.

³ Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. — М., 1998. — С. 81–82.

⁴ Див.: Гуценко К. Ф., Ковалев М. А. Правоохранительные органы / Под ред. К. Ф. Гуценко. — М., 1999. — С. 15.

⁵ Там само. — С. 16.

⁶ Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. — К., 1999. — С. 288.

На нашу думку, суперечність зазначених позицій можна подолати, спираючись на поняття «права» і «свободи», що розкриті вище.

Оскільки права людини і громадянина реалізуються через визначену державною владою юридичну процедуру, то вони потребують судового захисту, перш за все у таких випадках: у разі примусового недопущення суб'єкта певного права до такої процедури державними органами або іншими особами; у разі зовнішньої деформації процедури під час її застосування (проходження) суб'єктом права — з такими ж наслідками; у разі відсутності позитивних для суб'єкта права наслідків проходження процедури; у разі такої початкової внутрішньої деформованості самої процедури, яка робить її нездатною забезпечити право, неможливим її застосування (проходження) суб'єктом права; у разі відсутності необхідної процедури взагалі, що робить об'єктивно неможливим реалізацію права суб'єктом.

У перших трьох випадках судова влада здійснюється щодо вже порушеного права визначеного конкретного суб'єкта шляхом його відновлення (наступний захист). В останніх двох суд шляхом примусового встановлення належної процедури здійснює забезпечення права невизначеного кола суб'єктів, охорону конституційно визначеного права людини від потенційної неможливості реалізації, порушення у майбутньому (попередній захист). Хоча реалізація свобод у більшості випадків не потребує додаткової юридичної процедури, але як наступний, так і попередній їх захист також необхідний, оскільки існує безліч ситуацій як об'єктивної неможливості їх здійснення, так і прямого порушення.

Цю позицію поділяє і П. Рабінович. На його думку, охорона прав і свобод людини здійснюється шляхом вжиття заходів щодо попередження, профілактики порушень прав і свобод людини, а захист — шляхом «відновлення порушеного правомірною стану, притягнення порушників до юридичної відповідальності»¹.

Таким чином, можна визначити два типи судового захисту прав і свобод людини і громадянина: захист порушеного суб'єктивного права, який здійснюється шляхом відновлення права (є змістом *правозахисної функції судової влади*); захист суб'єктивного права від імовірного порушення у майбутньому, який здійснюється шляхом

¹ Рабінович П. М. Вказ. праця. — С. 9.

забезпечення права, охорони від можливого порушення (є змістом *правоохоронної функції судової влади*). Обидва типи разом становлять єдину комплексну провідну функцію судової влади — захист прав і свобод людини і громадянина. І саме з огляду на це суд можна вважати як правозахисним, так і правоохоронним органом.

Функція захисту прав і свобод людини і громадянина реалізується судовою системою передусім шляхом здійснення функції *правосуддя*. В цьому аспекті правосуддя може бути визначене як легальна процедура здійснення органами судової влади функції захисту прав і свобод людини і громадянина шляхом розгляду і *остаточного* вирішення в процесуальному порядку справ судової юрисдикції відповідно до Конституції та законів України. З цього визначення випливає *владний характер* функції правосуддя. Її *легальність* полягає в тому, що вона здійснюється виключно судом, тільки в специфічній процесуальній формі, визначеній законом, у суворій відповідності з нормами Конституції та законів України. *Легітимність* правосуддя визначається легітимним характером її призначення — захистом прав і свобод людини і громадянина.

Другою функцією судової влади, яка також визначає спрямованість судового впливу, призначення судової діяльності, є *охорона конституційного ладу України*. За В. Погорілком, «конституційний лад України являє собою систему суспільних відносин, передбачених і гарантованих Конституцією і законами України, прийнятими на її основі і у відповідності з нею»¹. М. Чудаков визначає конституційний лад як «державно-правову реальність, яку створюють правові норми та врегульовані ними суспільні відносини у найважливіших сферах життя даної держави»². До структури конституційного ладу він відносить чотири підсистеми: політичну, економічну, соціальну та духовно-культурну структури суспільства і держави. В. Кабишев під конституційним ладом розуміє передусім систему «конституційних відносин як предмета конституційного регулювання, а також і конституційні норми, що регулюють і закріплюють існуючий соціальний устрій»³. З огляду на наведене можна сформулювати два поняття судової охорони конституційного ладу — в широкому та вузькому розумінні.

¹ Конституційне право України. — С. 63.

² Чудаков М. Ф. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Курс лекций. — Минск, 1998. — С. 67.

³ Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Отв. ред. В. В. Лазарев. — М., 2001. — С. 103.

У широкому розумінні судова охорона конституційного ладу України може бути визначена як функція судової влади, змістом якої є охорона політичної, економічної, соціальної та духовно-культурної структур суспільства і держави від протиправних зазіхань, розв'язання конфліктів у цих сферах. У цьому розумінні зазначена функція має всеохоплюючий характер, поширюється на весь об'єкт судової влади і вміщує в себе також функцію захисту прав і свобод людини і громадянина як складову.

У вузькому розумінні судова охорона конституційного ладу України може бути визначена як окрема функція судової системи, змістом якої є контроль за відповідністю юридичних актів Конституції України. У цьому розумінні зазначена функція реалізується шляхом здійснення органами судової влади конституційного контролю. Таким чином, судовий конституційний контроль може розглядатися як легальна процедура здійснення судовою владою функції охорони конституційного ладу в її вузькому розумінні шляхом контролю за відповідністю юридичних актів нормам Конституції України.

Зазначена функція (процедура) має два різновиди. Першим є окремий розгляд і остаточне вирішення у визначеному законом порядку справ про відповідність законів України, указів Президента України, нормативно-правових актів Автономної Республіки Крим Конституції України (суб'єктом цього різновиду судового конституційного контролю виступає Конституційний Суд України). Другим різновидом судового конституційного контролю є похідне визначення конституційності застосованих нормативно-правових актів у межах здійснення функції правосуддя (суб'єктом такого судового конституційного контролю є загальний суд).

Функція судового контролю не обмежується конституційним контролем. Вона передбачає також судовий контроль вищих судів за правильністю застосування правових норм нижчими судами (так званий ревізійний судовий контроль¹), судовий контроль за законністю і обґрунтованістю рішень державних органів та посадових осіб, судовий контроль за процесуальними рішеннями і діями органів дізнання та досудового слідства.

Узагальнюючи всі різновиди судового контролю, можна дійти висновку щодо розуміння його як легальної процедури здійснен-

¹ Див.: Лазарева В. А. Предварительное судебное производство в уголовном процессе РФ. – Самара, 2000.

ня органами судової влади функції охорони конституційного ладу України шляхом визначення відповідності правових актів (їх окремих положень) нижчої юридичної сили правовим актам вищої юридичної сили та у разі встановлення в ході судового процесу такої невідповідності — визнання їх нечинними¹. Ця процедура, з одного боку, є *легальною*, оскільки вона встановлюється законом, а з іншого — виконує функцію *легалізації* правових норм шляхом визнання їх такими, що відповідають Конституції, закону. *Легітимність* зазначеної процедури визначається передусім легітимністю функції захисту прав і свобод людини і громадянина як складової функції охорони конституційного ладу в її широкому розумінні.

Що стосується функції *судового управління*, то, на нашу думку, її теж необхідно розглядати в широкому та вузькому розуміннях.

У широкому розумінні вона є складовою єдиної функції державного управління, що, як відомо, не обмежується судовою діяльністю. Так, В. Чиркін розглядає державне управління як «цілеспрямований вплив органів держави, її установ та службовців на різноманітні сфери життя суспільства, поведінку індивідів та їх колективів ...єдиний цикл регулювання державою різноманітних відносин у суспільстві шляхом застосування державної влади»². Г. Купряшин під державним управлінням розуміє «діяльність по реалізації законодавчих, виконавчих, судових та інших владних повноважень держави в цілях виконання її організаційно-регулюючих та службових функцій як у суспільстві в цілому, так і в окремих його складових»³.

Якщо брати за основу перше визначення державного управління, то поняття судового управління в широкому розумінні та судової влади можна розглядати як тотожні. З другого визначення випливає тотожність понять судового управління в широкому розумінні та судової діяльності, змістом якої, як відомо, є здійснення судової влади. На нашу думку, більш переконливим є визначення судового управління (в широкому розумінні) як діяльності судової системи по реалізації судової влади з метою виконання організаційно-регулюючих функцій щодо суспільства в цілому та

¹ Див.: *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — К., 2001. — С. 229.

² *Чиркин В. Е.* Государственное управление: Элементарный курс. — М., 2001. — С. 12.

³ *Государственное управление: основы теории и организации / Под ред. В. А. Козбаненко.* — М., 2000. — С. 64.

окремих його складових. У цьому сенсі судове управління необхідно розглядати як прояв *зовнішньої системності судової влади*. Доцільним у цьому сенсі є введення терміна «*зовнішнє судове управління*» (в розумінні, що суд управляє суспільством шляхом специфічного владного впливу — судової влади).

У вузькому розумінні судове управління є сукупністю внутрішніх функцій судової системи і ототожнюється з її адмініструванням. Складовими його предмета є питання внутрішньої організації судових органів, вибір суддів, керівництво роботою з кадрами судових органів, перевірка організації роботи судових органів, вивчення та узагальнення судової практики, організація роботи щодо ведення судової статистики¹ тощо.

У цьому сенсі судове управління є знаряддям забезпечення *внутрішньої системності* судової влади і може бути визначене як «*внутрішнє судове управління*» (в розумінні системи судового самоврядування, внутрішнього адміністрування та побудови судового процесу за інстанціями, вищою з яких є Верховний Суд). Переважно в цьому значенні судове управління розглядає Д. Притика². А. Стрижак, з одного боку, визначає судове управління саме як *функцію реалізації судової влади*³, а з іншого — наділяє цією функцією також сторонніх осіб, які судову владу не реалізують («уповноважених державних органів і посадових осіб»⁴). При цьому він також зводить судове управління до управління судовою системою, але вже не тільки самоврядного, але й ззовні (що, звичайно, виводить зазначену функцію за межі власне *судової*).

На нашу думку, судове управління має розглядатися саме як функція судової влади, внутрішні та зовнішні прояви якої доповнюють один одного, а в *єдиній системі функцій судової влади* визначають специфічне місце цієї гілки єдиної державної влади України в регулюванні суспільних відносин.

Надійшла до редколегії 15.05.04

¹ Див.: Притика Д. Н. Арбитражный суд: проблемы организации и деятельности. — К., 2000. — С. 129–130.

² Див.: Там само. — С. 129.

³ Див.: Стрижак А. А. Судове управління в Україні: Теоретичні основи і правове регулювання: Монографія. — Ужгород, 2004. — С. 7.

⁴ Там само. — С. 22.

ПИТАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

П. Любченко, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Конституційно-правові проблеми визначення структури громадянського суспільства

Громадянське суспільство є складним багатогранним явищем, яке вивчається під різними кутами зору різними суспільними науками. Більшість дослідників пропонують власні визначення категорії «громадянське суспільство», які істотно відрізняються, що свідчить про відсутність структурно-інституційного і функціонального аналізу змісту цього поняття. В існуючих уявленнях про громадянське суспільство, як правило, визначено пріоритети, загальні контури, деякі його елементи, але зрозуміло, що це лише окремі фрагменти достатньо складної системи. Предметом наукового дослідження були лише окремі інститути громадянського суспільства. Роботи, в яких охоплювалися б усі інститути, досліджувався весь спектр відносин у громадянському суспільстві, на сьогодні практично відсутні. Хоча структурі громадянського суспільства тією чи іншою мірою приділяли увагу багато дослідників, на наш погляд, найбільш докладно це питання висвітлювалося в роботах В. Речицького¹, В. Селіванова², однак наявний ступінь розмаїття позицій свідчить про його дійсну складність.

Метою цієї статті є узагальнення і критичний аналіз існуючих наукових поглядів на структуру громадянського суспільства, виявлення змісту і обсягу цього поняття. Зрештою, це надасть змогу сформулювати авторське розуміння структури громадянського суспільства, здатне стати основою для подальших наукових до-

¹ Див.: *Речицький В. В.* Політична активність. Конституційні аспекти. — К., 1999. — С. 437.

² Див.: *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К., 2002. — С. 226.

сліджень у цій сфері, сприятиме вдосконаленню правового регулювання, що має як теоретичне, так і практичне значення на сучасному етапі суспільного розвитку України.

В науковій літературі можна зустріти різні міркування щодо структури громадянського суспільства. Найпростіше з існуючих про нього уявлень — це зведення всього інституційного складу громадянського суспільства до так званого третього сектору (громадські організації). Дещо ширший підхід передбачає, що крім структур третього сектору існує сфера публічної комунікації між людьми, які створюють і формують громадську думку, і важлива роль в цьому відводиться засобам масової інформації. Ще ширший підхід передбачає включення до структури громадянського суспільства процесів боротьби по захисту інтересів громадян та їх об'єднань. І нарешті, відповідно до найбільш широкого розуміння структури громадянського суспільства до його складу включаються політичні організації, які відстоюють свої інтереси та інтереси громадян, здійснюють політичні функції та виступають протипагою державі, що змушує останню стримувати розвиток окремих інститутів громадянського суспільства.

Існуючі уявлення про структуру громадянського суспільства умовно можна поділити на три підгрупи. Представники першої розглядають громадянське суспільство як цілісну систему, що складається з окремих елементів (інститутів), залежних один від одного; другої — як систему суспільних відносин; третьої, об'єднуючи два попередні підходи, — як інституціональне утворення і систему суспільних відносин.

Структура громадянського суспільства часто визначається за «залишковим принципом», тобто шляхом виключення із соціального життя державного начала і деяких аспектів публічного права¹. В. Литвин вважає, що до структури громадянського суспільства поруч із неурядовими організаціями соціально-політичної орієнтації входять профспілки, торгові палати і професійні колегії та синдикати (адвокатів, лікарів тощо), етнічні асоціації і, до речі, ті ж політичні партії. Крім цього сюди входить і найширший спектр об'єднань, які не мають соціально-політичної програми: релігійні, студентські, спортивні та культурні товариства (від гуртків любителів хорового співу до клубів спортивних уболівальників та доб-

¹ Див.: Гражданское общество: истоки и современность / Научные редакторы проф. И. И. Кальной, доц. И. Н. Лопушанский. — 2-е изд., доп. — СПб., 2002. — С. 8.

ровільних пожежників)¹. Німецький дослідник Д. Штюдemann відносить до структури громадянського суспільства профспілки, церкву, вільні групи виборців, об'єднання захисту прав споживачів, а також спілки охорони прав квартиронаймачів, природоохоронні групи, організації сусідської взаємодопомоги, спортивні об'єднання, добровільні протипожежні служби, жіночі організації, організації самодопомоги для алкоголіків і наркоманів. Тут громадяни вирішують конкретні проблеми, здійснюється представництво їх інтересів, вони проводять велику суспільно значущу роботу і тим самим беруть на себе відповідальність за спільне благо. На його думку, соціальна й політична відповідальність людини — коригуючий чинник розвитку ринкових сил, які самі по собі не можуть бути основою функціонування суспільства².

Громадянське суспільство є структурним, зазначав В. Соловйов, його структурність має горизонтальний характер, на відміну від структурності держави, яка має вертикальний характер. У такому розумінні громадянське суспільство є «вільна синергія», «анархія в позитивному розумінні», порядок, що спонтанно впливає із внутрішньої солідарності людей, які працюють, не потребуючи понукання і управління³. Для аналізу структури громадянського суспільства продуктивним є інституційний підхід. Головним методологічним посиленням інституціоналістів в ХХ ст. і в наш час залишається теза: форми соціальної дії людей мають досліджуватися в тісному зв'язку з існуючою системою соціальних нормативних актів та інститутів, необхідність виникнення та функціонування яких дорівнює природно-історичній закономірності. Саме тому категорію «інститут» тлумачать як особливу форму інституціоналізованої соціальної дії, специфічну соціальну реальність, що складається в різних сферах суспільства. Наукове обґрунтування поняття інституту пов'язане з роботами французького вченого М. Оріу (1856—1929), засновника школи інституціоналізму в правознавстві. Він доводив, що будь-яка суспільна група стає інституцією, як тільки в ній буде визнано наявність особливої волі, відмінної від волі окремих її членів; зокрема, до інституцій він відносив профспілки, банки, церкву і саму державу. При цьому ані

¹ Див.: Литвин В. Громадянське суспільство: міфи і реальність // Дзеркало тижня. — 2002. — № 3. — С. 2.

² Див.: Штюдemann Д. Громадянське суспільство в Німеччині // Там само. — № 5. — С. 3.

³ Див.: Соловьев В. Сочинения: В 2 т. — М., 1989. — Т. 2. — С. 331.

М. Оріу, ані його послідовники не ототожнювали соціальну групу з її інститутом; група була своєрідним соціальним субстратом (матеріальною основою) інституту, а останній являв собою організаційно-правове втілення цієї групи, отже, значною мірою сприймався як абстракція¹. Д. Роулз визначав структуру суспільства як спосіб поєднання його політичних, соціальних і економічних інститутів у систему кооперації, яка діє від покоління до покоління².

В. Селіванов пропонує інший підхід до визначення структури громадянського суспільства і вважає, що ним охоплюються відносини сімейні, економічні, професійні, конфесійні, культурні, етнонаціональні тощо, тобто такі, які регулюються головним чином нормами моралі і нормами звичаєвого права³. Дещо іншу позицію займає О. Фрицький, який вважає, що громадянське суспільство охоплює сукупність моральних, правових, економічних, політичних відносин, включаючи власність, працю, підприємництво, організацію і діяльність громадських об'єднань, сфери виховання, освіти, науки і культури, сім'ю, систему засобів масової інформації, норми етики поведінки людини тощо⁴, тобто не лише тих, що регулюються нормами моралі, а тих, що регулюються правовими нормами.

І. Давидова і Л. Сорока, об'єднуючи зазначені підходи до розуміння структури, зазначають, що громадянське суспільство уявляється як людська спільнота, котра в демократичній державі представлена: а) мережею добровільних громадських недержавних структур (об'єднань, організацій, союзів, центрів, фондів, клубів та ін.); б) сукупністю суспільних відносин (економічних, політичних, соціальних, релігійних та ін.)⁵. Запропонований авторами підхід заслуговує на підтримку, однак, на нашу думку, не можна погодитися з тим, що інституційна складова громадянського суспільства обмежується лише мережею добровільних громадських недержавних структур. Як відомо, «економічний» підхід К. Маркса та його

¹ Див.: Герасіна Л. М. Інституційна природа державної влади та система її політико-правових інститутів / Державне будівництво та місцеве самоврядування. — 2003 — Вип. 5. — С. 4.

² Див.: Rawls J. Political Liberalism. — N.-Y., 1993. — P. 11.

³ Див.: Селіванов В. М. Вказ. праця. — С. 225.

⁴ Див.: Фрицький О. Ф. Конституційне право України: Підручник. — К., 2002. — С. 100.

⁵ Див.: Давидова І. Г., Сорока Л. С. Основні ознаки громадянського суспільства в Харківському регіоні // Політичні партії в незалежній Україні: роль та місце у політичній трансформації суспільства / Укл. В. В. Нікітін. — Х., 2001. — С. 34.

послідовників до громадянського суспільства призвів до ігнорування соціального потенціалу таких структур — складових громадянського суспільства, як сім'я, церква, громадські та професійні об'єднання, засоби масової комунікації (особливо недержавна преса)¹.

Немає однастайності в підходах до розуміння структури громадянського суспільства в роботах інших вчених, котрі одночасно її розглядають:

— по-перше, як сукупність суб'єктів: громадян суспільства; політичних партій; громадських організацій; підприємців та інших недержавних економічних структур; органів місцевого самоврядування; релігійних організацій; недержавних освітніх і культурних установ, наукових асоціацій, спортивних організацій; засобів масової інформації; сім'ї;

— по-друге, як сукупність суспільних відносин у різних сферах життєдіяльності: політичних, економічних, місцевого самоврядування, релігійних, соціальних, інформаційних, сімейних². Такий підхід є більш продуктивним порівняно з іншими, однак і він не дає вичерпної характеристики структури громадянського суспільства.

Відсутні єдині підходи серед науковців і щодо суб'єктного складу громадянського суспільства. Так, І. Видрін та А. Кокотов вважають, що немає вагомих підстав розглядати місцеве самоврядування як різновид суспільного, громадського самоврядування, як один з елементів громадянського суспільства в його відносному протиставленні державно-публічному апарату влади³. Водночас, на думку інших авторів, місцеве самоврядування є основним інститутом громадянського суспільства, його системотворчим чинником⁴. Заслуговує на увагу нестандартний підхід до визначення структури громадянського суспільства О. Фрицького. Він вважає, що серед інститутів громадянського суспільства основоположними, тобто такими, які є базою інших елементів громадянського суспільства, є економічна основа і система України (власність, її основні форми, підприємництво тощо), а також права і свободи людини і громадя-

¹ Див.: Селіванов В. М. Вказ. праця. — С. 221.

² Див.: Бобылев А. И. Общество, гражданское общество, личность, государство, право. Их взаимодействие на современном этапе // Право и политика. — 2001. — № 3. — С. 72.

³ Див.: Видрін І. В., Кокотов А. Н. Муниципальное право России: Учебник для вузов. — М., 2000. — С. 39.

⁴ Див.: Баранчиков В. А. Муниципальное право: Учебник для вузов. — М., 1995. — С. 126.

нина, особливо сім'я, сфера виховання, освіти, науки, культура, норми етики поведінки людей, сфера приватних інтересів і потреб людини, організація і діяльність об'єднань громадян¹.

Окремо слід виділити позицію науковців, на думку яких громадянське суспільство — багаторівнева система, що має свої сфери з певним самопідпорядкуванням одних іншим, на відміну від держави воно не є структурованим по вертикалі і не передає керівні імпульси згори вниз, але, утворюючи мережу інтересів, що об'єднують усіх громадян у певну спільність, забезпечує стабільність політичної системи². З цього приводу В. Речицький зазначає, що характер інституту громадянського суспільства визначається змістом його діяльності. Завданням держави при цьому є безпека, порядок, захищеність, недержавні структури націлені на широку ініціативу, плюралізм і терпимість. Пріоритети держави і громадянського суспільства біполярні, хоча і з очевидним домінуванням цінностей громадянського суспільства³.

В. Селіванов звертає увагу на умовність терміна «громадянське суспільство», слушно вказуючи, що його членами є не безпосередньо громадяни — суб'єкти публічно-владних відносин і публічного права, тобто носії насамперед конституційних прав, свобод і обов'язків громадян держави, а люди як фізичні особи, суб'єкти передусім приватно правових відносин, суб'єкти приватного права, носії приватних інтересів⁴. Інші автори, навпаки, акцентують увагу на соціально-політичній сфері громадянського суспільства, яку утворюють: а) суспільно-політичні організації та рухи; б) різноманітні форми суспільної активності громадян (мітинги, збори, демонстрації, пікетування, страйки тощо); в) органи самоорганізації населення за місцем проживання; г) недержавні засоби масової інформації⁵.

Досліджувана проблема має й іншу сторону — суб'єктний склад громадянського суспільства не є безмежним. Конституція України є основою становлення громадянського суспільства, визначає напрями його розвитку і одночасно встановлює обмеження щодо

¹ Див.: *Речицький О. Ф.* Вказ. праця. — С. 113.

² Див.: *Словник соціологічних і політологічних термінів: Довідкове видання / Укладачі В. І. Астахова, В. І. Даниленко, А. І. Панов та ін.* — К., 1993. — С. 23.

³ Див.: *Речицький В. В.* Вказ. праця. — С. 61.

⁴ Див.: *Селіванов В. М.* Вказ. праця. — С. 222.

⁵ Див.: *Давидова І. Г., Сорока Л. С.* Вказ. праця. — С. 33.

формування окремих інституцій в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод людини і громадянина. Зокрема, не допускаються створення і діяльність структурних осередків політичних партій в органах виконавчої та судової влади і виконавчих органах місцевого самоврядування, військових формуваннях, а також на державних підприємствах, у навчальних закладах та інших державних установах і організаціях. Відповідно до ст. 37 Конституції України забороняються створення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення. Обмеження можуть стосуватися не тільки можливості створення тих чи інших інституцій, а й окремих громадян, наприклад, членами політичних партій не можуть бути: судді, працівники прокуратури, органів внутрішніх справ, співробітники Служби безпеки України, військовослужбовці. Тобто таким чином Конституція України обмежує суб'єктний склад громадянського суспільства.

В. Литвин, характеризуючи громадянське суспільство, зауважує, що саме слово «громадянське» передбачає певну цивілізованість, певну людяність, певний дух законності¹. В деяких наукових роботах слушно ставиться питання про те, чи можна відносити до структури громадянського суспільства злочинні формування, які інституційно мають багато спільного з іншими структурними елементами громадянського суспільства, якщо не враховувати мету, з якою вони створюються, і відсутність легалізації. Ця проблема потребує свого дослідження. На думку М. Тетчер, у середині 80-х злочинність стала одним з інститутів суспільства — значною мірою в результаті діяльності КДБ².

Як бачимо, наявний розбіг позицій дослідників щодо структури громадянського суспільства свідчить про відсутність однастайності у визначенні цього питання. На наш погляд, найбільш повно

¹ Див.: Литвин В. Священні корови бувають лише в Індії // Дзеркало тижня. — 2002. — № 4. — С. 2.

² Див.: Мучник А. Г. Коментарий к Конституции Украины. — 2-е изд., исправ. и доп. — К., 2003. — Кн. 1. — С. 36.

охопити всю багатогранність відносин та інститутів громадянського суспільства можна шляхом застосування системного підходу, який передбачає не тільки дослідження окремих елементів (суб'єктів), а й відносини між ними, зв'язки між цілим і елементами, виділення інших закономірностей, що створюють єдине ціле — громадянське суспільство. Методологічна специфіка системного підходу визначається тим, що він орієнтує дослідників на розкриття цілісності об'єкта і механізмів, що забезпечують його функціонування. Основною категорією, якою оперує системний підхід, є саме поняття системи як сукупності елементів, пов'язаних між собою у процесі цілеспрямованої діяльності. Для віднесення об'єкта дослідження до категорії системи він повинен мати такі ознаки: цілісність, наявність декількох типів зв'язків (просторових, функціональних тощо), структуру (організацію), ієрархію рівнів, цілі, процеси самоорганізації, функціонування та розвитку.

Саме на це звертає увагу В. Речицький, який зазначає, що структура — це каркас, внутрішній скелет будь-якої конструкції. Структура зв'язує об'єкт, одночасно ніби розділяючи його, подібно до того, як скелет тварини зв'язує її органи, одночасно розділяючи їх функціонально. Сутність структури полягає в тому, що вона забезпечує єдність композиції автономних елементів, на відміну від маси, де композиційна множинність елементів (відповідно і структура) відсутні¹. Структура характеризує розміщення елементів в якомусь певному порядку, але цей порядок є системним лише тоді, коли він обумовлений певною метою².

Напевно, не викличе заперечень твердження про те, що в умовах реальної демократії державу також можна розглядати як один із основних, найбільш важливих інститутів громадянського суспільства. Держава здійснює правове регулювання суспільних відносин, управління суспільними справами, вирішує питання забезпечення порядку, оборони, безпеки тощо. Відомо, що державні функції реалізують окремі органи, які, будучи невід'ємною складовою державного механізму, в той же час мають своє особливе призначення в системі інститутів громадянського суспільства. Парламент, здійснюючи законодавчу функцію, одночасно виступає і як державний орган, і як інститут громадянського суспільства, діючи в окремих випадках більше в інтересах Українського народу, ніж в

¹ Див.: Речицький В. В. Вказ. праця. — С. 59.

² Див.: Фіночко Ф. Д. Співвідношення організації та управління // Державне будівництво та місцеве самоврядування. — 2003. — Вип. 5. — С. 83.

інтересах держави як системи суб'єктів публічної влади. Подібну двояку роль відіграють практично всі органи державної влади. А. Комзюк вважає, що міліція, будучи формуванням виконавчої влади, повинна бути інструментом реалізації політики держави в питаннях охорони громадського порядку і боротьби зі злочинністю та іншими правопорушеннями і в той же час протистояти негативним явищам у суспільстві, викликаним недоліками реалізації цієї політики, яким часто протистоїть певна частина суспільства. Міліція змушена додержуватися, з одного боку, інтересів і вимог політиків, а з іншого — інтересів і потреб суспільства та населення¹. Тобто міліція одночасно підпорядковується як уряду, так і суспільству². На подвійну роль органів державної влади звертають увагу й інші вчені. Так Б. Джексон серед інститутів громадянського суспільства називає суд і парламент³.

Таким чином, аналіз різних точок зору дозволяє зробити висновки про те, що інститути громадянського суспільства як його складові є взаємозалежними і знаходяться в постійному взаємозв'язку. Представницькі органи держави, органи місцевого самоврядування обираються громадянами; активними учасниками виборчого процесу є політичні партії; висвітлення діяльності органів публічної влади здійснюється засобами масової інформації; держава в особі Верховної Ради України здійснює правове регулювання діяльності органів і посадових осіб місцевого самоврядування та інших інститутів громадянського суспільства, тобто маємо своєрідне замкнуте коло взаємозалежності. Д. Локк зазначав, що не знає в природі частини настільки повної і досконалої, щоб вона не була зобов'язана оточуючим її частинам своїм існуванням і властивостями⁴.

На наш погляд, досліджуючи структуру громадянського суспільства, його слід розглядати:

— по-перше, як сукупність суб'єктів (інституційних утворень): держава, місцеве самоврядування, національно-етнічні спільноти; церква; політичні партії; громадські організації; суб'єкти господа-

¹ Див.: Комзюк А. Т. «Правопримусова» сутність міліції, її місце і роль у механізмі сучасної держави // Там само. — 2002. — Вип. 3. — С. 63.

² Див.: Соловей Ю. П. Правовое регулирование деятельности милиции в Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993. — С. 93.

³ Див.: Джексон Б. Майбутнє України визначать наступні десять місяців // Дзеркало тижня. — 2003. — № 28. — 26 лип. — 1 серп. — С. 3.

⁴ Див.: Локк Д. Сочинения: В 3 т. — М., 1985. — Т. 2. — С. 65.

рювання; релігійні організації; освітні, наукові та культурні установи; асоціації та інші об'єднання, профспілки; спортивні організації; засоби масової інформації; сім'я;

— по-друге, як сукупність суспільних відносин у різних сферах життєдіяльності: моральних, правових, політичних, економічних, місцевого самоврядування, релігійних, соціальних, інформаційних, сімейних.

При такому підході до розуміння структури громадянського суспільства слід говорити і про дієвість його контролю над державою. Так, Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції, здійснюючи правосуддя, повинні діяти насамперед як інститути громадянського суспільства, тому ухвалення рішень іменем України порушує їх нейтралітет і не забезпечує відповідного ступеня незалежності.

В. Селіванов слушно зауважує, що громадянське суспільство не є простим додатком до економічної або політичної системи, зокрема держави, воно — арена діяльності різноманітних соціальних структур, кожна з яких намагається захищати загальні, корінні інтереси певного соціального угруповання, взаємодіючи з державою. Сукупне співіснування, взаємодія цих різних суспільних сил, побудована на принципі конкуренції, стримують будь-які сироби монополізації політичного, духовного або інтелектуального впливу однієї, чия б то не було, панівної волі та ідеології, що притаманне тоталітарній державі. Практична реалізація принципу конкуренції (в економіці, політиці та ідеології) як рушійної сили соціального прогресу саме і стає можливою за допомогою громадянського суспільства, яке, в свою чергу, є результатом еволюційного становлення, функціонування і розвитку соціальної конкуренції¹. Оскільки еволюція будь-якої системи приводить до збільшення кількості її внутрішніх елементів і зв'язків між ними², ускладнення структури громадянського суспільства є природним процесом.

Проведене дослідження дає підстави зробити висновок про те, що громадянське суспільство є структурованим системним явищем, до формування якого доцільно застосовувати структурно-процесний підхід, який розглядає громадянське суспільство як сукупність визначених суб'єктів у процесі здійснення ними суспільних відносин.

¹ Див.: Селіванов В. М. Вказ. праця. — С. 233.

² Див.: Заславская Т. О стратегии социального управления перестройкой. Иного не дано. — М., 1988. — С. 15.

Подальшим розвитком дослідження у цьому напрямі є визначення сутності, ролі та впливу кожного з елементів громадянського суспільства на соціальну, політичну, правову, економічну системи держави, а також змісту, типів та форм взаємозв'язків між визначеними елементами з метою формування дійової структури громадянського суспільства як у системі права, так і в характері самосвідомості соціуму.

Надійшла до редколегії 15.04.04

*В. Борденюк, доцент, завідувач
кафедри права і законотворчого
процесу Національної академії
державного управління при
Президентіві України*

Методологічні основи співвідношення методів державного управління та методів здійснення місцевого самоврядування: правові аспекти

Однією з базових категорій, що безпосередньо стосується з'ясування співвідношення державного управління та місцевого самоврядування, є поняття методів управління, які дають відповідь на питання: у який саме спосіб суб'єкти управління впливають на об'єкти управління з метою реалізації цілей, завдань та функцій управлінської діяльності? Саме тому в спеціальній літературі аналізу методів управління (в тому числі державного) завжди приділялась і приділяється значна увага. Та незважаючи на це, в науці й досі не склалося єдиного розуміння поняття методів управління, яке досить часто ототожнюється з іншими елементами управління (завданнями, функціями, формами).

Втім, залишаючи поза межами аналізу висвітлення різних підходів щодо визначення поняття методів управління та їх класифікації (оскільки це не входить у завдання нашого дослідження), відзначимо лише, що найчастіше методи управління в тому чи іншому варіанті зводяться до способів, прийомів, засобів організуючого впливу суб'єкта управління на об'єкти управління з метою

реалізації цілей, завдань та функцій управлінської діяльності¹. У такому контексті поняття «методи управління» є родовим поняттям, яким можуть позначатися будь-які види методів соціального управління, що можуть здійснюватися в суспільстві.

Не є винятком у цьому відношенні й державне управління, що також здійснюється за допомогою відповідних методів управління, які внаслідок застосування їх органами держави набувають специфічних рис, за якими вони відрізняються від методів, що притаманні іншим видам соціального управління. У такий спосіб вони трансформуються в методи державної діяльності, які в теорії держави і права прийнято називати методами здійснення завдань і функцій держави², а в теорії державного управління та науці адміністративного права — методами державного управління. Відмінність між ними полягає в тому, що перші характеризують способи управлінського впливу держави в цілому, а другі — відповідних органів державного управління.

Однією з найголовніших ознак методів державного управління є насамперед те, що останні мають державно-владну природу. Проявом такої природи є те, що в процесі їх застосування реалізується державна влада, джерелом якої за змістом ст. 5 Конституції України є весь народ, а не його частини. Що ж стосується методів управління в громадських організаціях, то в процесі їх використання реалізується влада, джерелом якої є відповідні спільноти людей, об'єднаних за політичними, економічними та іншими ознаками.

Наступною особливістю методів державного управління є те, що останні застосовуються відповідними органами державної вла-

¹ Див., напр.: *Научные основы государственного управления в СССР*. — М., 1968. — С. 324; *Основин В. С. Основы науки социального управления*. — Воронеж, 1971. — С. 177; *Петров Г. И. Основы советского социального управления*. — Л., 1974. — С. 258; *Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления*. — М., 1974. — С. 178; *Аппарат управления социалистического государства: В 2 ч.* — М., 1976. — Ч. 1. — С. 272; *Аверьянов В. Б. Аппарат государственного управления: содержание деятельности и организационные структуры*. — К., 1990. — С. 13; *Государственное управление: основы теории и организации*. / Под ред. *В. А. Козбаненко*. — М., 2000. — С. 420; *Атаманчук Г. В. Государственное управление (организационно-функциональные вопросы)*. — М., 2000. — С. 114.

² Див., напр.: *Теория государства и права* / Под ред. *В. М. Корельского* и *В. Д. Перевалова*. — М., 1998. — С. 153; *Загальна теорія держави і права* / *А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.*; За ред. *В. В. Копейчикова*. — К., 2000. — С. 72; *Теория государства и права*. — Изд. 3-е, расш. и доп. Под ред. *М. Н. Марченко*. — М., 2001. — С. 177.

ди від імені держави та в її інтересах. А оскільки остання є формою організації всього суспільства, то в такому аспекті можна говорити, що методи державного управління (за умов демократичного політичного режиму) застосовуються в інтересах усього суспільства. Методи ж управління, здійснюваного, зокрема, в громадських організаціях, застосовуються від їх імені та в інтересах відповідних спільностей людей.

Методи державного управління та недержавного управління розрізняються також за способами управлінського впливу на керовані об'єкти. Якщо державно-управлінський вплив передбачає застосування заходів, пов'язаних із обмеженням матеріальних, особистих та інших прав та інтересів об'єкта управління, включаючи заходи державного примусу, то методи управління, здійснюваного в громадських організаціях, передбачають застосування здебільшого заходів морального характеру. В цьому також відображається особливість методів державного управління. При цьому методи державного управління відрізняються від методів недержавного управління за суб'єктами їх застосування. Якщо перші застосовуються виключно органами державної влади, то другі — громадськими органами та організаціями.

Характерною особливістю методів державного управління є те, що підстави та порядок їх застосування визначаються виключно нормами права, а застосування методів інших видів соціального управління — статутними нормами, які встановлюються самими об'єднаннями громадян. Це означає, що органи держави вільні у виборі методів управління лише в межах Конституції і законів України. Зокрема, обов'язок органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України, виражений у ч. 2 ст. 19 Основного Закону.

Названі ознаки методів державного управління притаманні будь-яким органам державної влади, за допомогою яких вони забезпечують реалізацію цілей, завдань та функцій держави. Однак найчастіше поняття «методи державного управління» пов'язується з вузько визначеною сферою державного управління, під якою в сучасних умовах розуміють організуючу діяльність органів виконавчої влади по здійсненню завдань і функцій виконавчої влади. Природа цих методів визначається природою виконавчої влади, суть якої полягає в організації виконання Конституції та законів України, актів Президента України в процесі безпосереднього уп-

равління господарським, соціально-культурним, адміністративно-політичним будівництвом.

Звідси випливає похідний, підзаконний, безпосередній характер методів державного управління органів виконавчої влади. Їх підзаконність полягає в тому, що система заходів управлінського впливу на об'єкти управління з боку органів виконавчої влади визначається здебільшого в законах, прийняття яких віднесено до повноважень Верховної Ради України. В них визначаються підстави, основні способи та порядок (процедури) застосування методів управлінського впливу з боку органів виконавчої влади на об'єкти управління. Практично це означає, що вони можуть обирати відповідні способи управлінського впливу на об'єкти державного управління тільки в межах повноважень, визначених законами України.

Безпосередній характер методів державного управління впливає із виконавчо-розпорядчої природи органів виконавчої влади, на які покладається безпосереднє застосування визначених у законах способів управлінського впливу на відповідні об'єкти державного управління. Верховна ж Рада України здійснює здебільшого опосередкований вплив на суспільні процеси, адресуючи повноваження по застосуванню відповідних способів управлінського впливу органам виконавчої влади. При цьому складність і багатогранність їх управлінської діяльності об'єктивно зумовлюють потребу у використанні різноманітних методів управління, які з метою їх всебічного наукового аналізу класифікуються за відповідними критеріями на певні групи (види), яким притаманні однакові ознаки.

Та, як засвідчує аналіз відповідної літератури, сьогодні немає єдиної науково узгодженої класифікації методів управління. Зокрема, Г. Атаманчук виділяє морально-етичні, соціально-політичні, економічні та адміністративні методи управління¹. Інші автори поділяють їх (незрозуміло за якими критеріями) на методи прямого адміністративного або опосередкованого регулюючого впливу з боку органів державної влади на відповідні об'єкти. Відповідно до першого виду належать методи правового регулювання, переконання, публічного адміністрування, державного контролю, а до другого — методи виховання, демократизації управління, розміщення державних замовлень, оподаткування, визначення митної вартості та ін. При цьому виділяються методи соціально-політичні, економічні,

¹ Див.: Атаманчук Г. В. Вказ. праця. — С. 114.

правові, адміністративні, кадрові, контрольні, соціально-психологічні, ідеологічні, морального впливу¹.

Існують й інші підходи до класифікації методів державного управління, серед яких найбільш поширеною є їх класифікація за характером впливу на свідомість і поведінку людей. За цим критерієм вони поділяються на методи переконання і примусу², які пронизують усі сфери державно-управлінської діяльності. Деякі автори, крім названих, виділяють метод заохочення³, який, на наш погляд, є різновидом переконання. При цьому вважається, що переконання є основним, головним методом впливу органів державного управління на учасників управлінських відносин шляхом проведення різноманітних виховних, ідеологічних роз'яснювальних та інших заходів стимулювання їх належної поведінки переважно морального характеру.

Примус же традиційно розглядається як допоміжний метод управлінського впливу, який застосовується в тих випадках, коли методи переконання не забезпечують досягнення відповідних цілей і завдань державно-управлінської діяльності. У таких випадках органи виконавчої влади з метою охорони суспільних відносин, урегульованих нормами права, захисту прав і свобод особи уповноважуються на застосування в межах закону відповідних примусових заходів, які в сукупності утворюють інститут адміністративного примусу. Його суть зводиться до застосування заходів адміністративного припинення, адміністративного попередження та адміністративної відповідальності.

За змістом управлінського впливу на об'єкти управління методи державного управління поділяють на методи прямого і непрямого (опосередкованого) впливу⁴. Суть перших зводиться до прямого чи так званого позаекономічного впливу на об'єкти управління шляхом видання обов'язкових до виконання велінь (приписів, заборон), а других — до опосередкованого впливу на об'єкти управління

¹ Див.: Государственное управление: основы теории и организации. — С. 422—423.

² Див.: Овсянко Д. М. Административное право / Под ред. Г. А. Туманова. — М., 1997. — С. 124; Корнев А. П. Административное право России: В 3 ч. — М., 1997. — 4.1. — С. 168; Административное право / Под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. — М., 1999. — С. 286; Васильев А. С. Административное право Украины (общая часть). — Х., 2001. — С. 168.

³ Див.: Бахрах Д. Н. Административное право России. — М., 2000. — С. 358.

⁴ Див.: Корнев А. П. Вказ. праця. — С. 167; Бахрах Д. Н. Вказ. праця. — С. 352—353; Васильев А. С. Вказ. праця. — С. 170.

через їх матеріальні інтереси. Саме тому досить часто зазначені методи називають адміністративними і економічними¹. Проте такий поділ є умовним, оскільки економічні важелі набувають життєздатності не самі по собі, а лише тоді, коли вони відтворені у відповідній адміністративно-правовій формі. У такому сенсі точнішою є позиція тих авторів, котрі поділяють методи державного управління на прямі і непрямі, які з правової точки зору в будь-якому випадку є адміністративно-правовими. Різниця між ними полягає лише в характері способів впливу на об'єкти управління. Деякі автори, поряд з названими, виділяють методи субординації і координації², нагляду та контролю, регулювання, керівництва та управління»³, які по суті зводяться до згадуваних видів методів управління або ототожнюються з іншими елементами та проявами управління.

Завершуючи огляд основних підходів щодо поняття та класифікації методів державного управління, треба зазначити: оскільки місцеве самоврядування є також процесом управління, то цілком очевидно, що відповідні методи управління притаманні і його органам, які також потребують теоретичного осмислення. Адже, не з'ясувавши їх природи, не можна до кінця пізнати й сутність явища місцевого самоврядування. Однак ці питання поки що залишаються поза увагою юридичної науки, в тому числі теорії місцевого самоврядування.

Спроба проаналізувати методи діяльності рад міститься, зокрема, в підручнику «Муніципальне право України», де останні тлумачаться як «засоби, які застосовуються в межах певних форм з метою здійснення їх повноважень». При цьому вони поділяються на правові і організаційні, загальні і похідні, основні і допоміжні тощо⁴. Втім, така класифікація розкриває не стільки питання природи та змісту методів управління відповідних рад, скільки питання функцій та форм їх діяльності.

¹ Див.: *Овсянко Д. М.* Вказ. праця. — С. 125; *Административное право / Под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова.* — С. 288.

² Див.: *Коваль Л. В.* Адміністративне право: Курс лекцій для студентів юридичних вузів та факультетів. — К., 1998.

³ Див.: *Адміністративне право України: / Ю. П. Битяк, В. В. Богущкий, В. М. Гаращук та ін.; За ред. Ю. П. Битяка.* — Х., 2001.

⁴ Див.: *Муніципальне право України / В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, М. О. Баймуратов та ін.; За ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького.* — К., 2001.

Тому, виходячи з розуміння місцевого самоврядування як форми децентралізації виконавчої влади (державного управління), треба насамперед зазначити, що органам місцевого самоврядування притаманні такі ж самі види методів управління, що й органам виконавчої влади. Це пояснюється тим, що за умов демократичної держави, однією із визначальних ознак якої є наявність повноцінного місцевого самоврядування, важливого значення набуває децентралізація не тільки завдань і функцій державного управління, а й методів його здійснення. У такому контексті місцеве самоврядування є не тільки результатом розподілу повноважень, матеріальних та фінансових ресурсів по здійсненню завдань і функцій держави на місцях, а й проявом децентралізації відповідних методів державного управління, які закріплюються за відповідними органами місцевого самоврядування. Адже реалізація тих завдань і функцій, що покладаються на них законодавством, не може бути забезпечена засобами виключно громадського управлінського впливу.

З цих позицій можна зазначити, що методи управління органів місцевого самоврядування є похідними від волі держави, яка на конституційному та законодавчому рівнях оснащує їх (методи) такими ж самими атрибутами, що властиві методам управління органів виконавчої влади. Інакше кажучи, методам управління органів місцевого самоврядування багато в чому притаманні такі ж самі риси, які характеризують методи державного управління. До таких найголовніших спільних рис належить насамперед те, що за змістом ст. 5 Конституції України органи місцевого самоврядування, як і органи державної влади, здійснюють одну владу, джерелом якої є весь народ. За такого підходу можна дійти висновку, що методам управління органів місцевого самоврядування притаманний державно-владний характер. Така їх природа впливає, зокрема, з відповідних положень Конституції (ст. 144) та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ч. 1 ст. 73), згідно з якими акти органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб, прийняті в межах їх повноважень, є обов'язковими до виконання на відповідній території, в тому числі місцевими органами виконавчої влади. Практично це означає обов'язковість методів управлінського впливу органів місцевого самоврядування, які можуть бути сформульовані у вигляді приписів, заборон, дозволів, адресованих будь-яким об'єктам, розташованим на відповідній території. До того ж їх обов'язковість може забезпечуватися заходами юридичної відповідальності, яка є проявом державного примусу. Тому якщо припустити, що застосу-

вання примусу з боку органів місцевого самоврядування є їх природним правом, то тоді, як слушно зазначає М. Корнієнко, посилаючись на В. Безобразова, це буде не що інше, як держава в державі¹.

Між методами управління органів місцевого самоврядування та методами державного управління існує змістовий зв'язок, який полягає в тому, що вони спрямовані на реалізацію одних і тих самих цілей, завдань та функцій держави. При цьому, як засвідчує аналіз законодавства, органи місцевого самоврядування забезпечують виконання не тільки своїх рішень, а й законів та інших правових актів органів державної влади. Саме тому ці методи застосовуються органами місцевого самоврядування не тільки від імені територіальних громад, а й від імені держави.

Про єдину природу методів управління органів місцевого самоврядування та методів державного управління свідчить і той факт, що їх система, порядок та форми зовнішнього вираження як у першому, так і в другому випадку визначаються виключно нормами права. Це означає, що методам органів місцевого самоврядування, як і методам органів виконавчої влади, притаманний підзаконний характер, а тому вони самостійні у їх виборі лише в межах закону, що, зокрема, впливає зі змісту ч. 2 ст. 19 Конституції України. З цих позицій можна стверджувати, що методи управління органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади спрямовані на реалізацію завдань і функцій виконавчої влади.

Оскільки органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених Конституцією і законами України, беруть участь у реалізації завдань і функцій держави практично в одних і тих самих сферах суспільного життя, то остання в принципі оснащує їх такими самими методами, які притаманні місцевим органам виконавчої влади.

Звичайно, арсенал способів управлінського впливу на об'єкти управління, які знаходяться в розпорядженні органів виконавчої влади, набагато різноманітніший, ніж в органів місцевого самоврядування, що, однак, не заперечує їх державно-владної природи. При цьому відбувається певне проникнення методів державного управління у сферу місцевого самоврядування, а методів управління органів місцевого самоврядування — у сферу виконавчої влади, яка ніде не має чітко визначених меж. У першому випадку

¹ Див.: Конституційне право України: Підручник / В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фріський, О. В. Городецький та ін.; За ред. В. Ф. Погорілка — К., 1999.

відповідні місцеві державні адміністрації забезпечують виконання районних і обласних бюджетів, програм соціально-економічного і культурного розвитку відповідних територій, здійснюють управління об'єктами спільної власності територіальних громад. У процесі реалізації цих та інших делегованих їм районними та обласними радами повноважень вони зв'язані не тільки законами, а й рішеннями зазначених рад.

Проявом проникнення органів місцевого самоврядування у сферу виконавчої влади є те, що вони мають у своєму розпорядженні відповідні засоби управлінського впливу не тільки на об'єкти комунальної власності, а й на об'єкти інших форм власності, в тому числі державної. Це випливає із змісту багатьох положень Конституції та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», згідно з якими вони уповноважуються на прийняття обов'язкових до виконання на відповідній території актів управління.

Разом з тим методам управління, що здійснюється в процесі місцевого самоврядування, властиві специфічні ознаки, які впливають з його природи. До таких ознак можна віднести відносну самостійність органів місцевого самоврядування у виборі відповідних методів управління, межі якої визначаються законами України. Тобто, якщо у виборі способів впливу на об'єкти управління вони зв'язані здебільшого приписами законів, то органи виконавчої влади — також приписами актів органів виконавчої влади вищого рівня. До того ж методи державного управління і управління, здійснюваного в процесі місцевого самоврядування, відрізняються також за суб'єктами їх застосування. Якщо перші застосовуються органами виконавчої влади, то другі — органами місцевого самоврядування.

Оскільки місцеве самоврядування є проявом децентралізації виконавчої влади, то методи його здійснення також можна класифікувати за тими самими критеріями, що і методи управління органів виконавчої влади. Зокрема, вони можуть поділятися на методи переконання і примусу, прямого і непрямого управлінського впливу. До того ж методи управління, здійснюваного в процесі місцевого самоврядування, можуть класифікуватися за суб'єктами їх застосування, за об'єктами управлінського впливу, за спрямованістю (цілями) методів тощо.

Конкретний зміст методів управлінської діяльності органів місцевого самоврядування (як, зрештою, й органів виконавчої влади) відображається здебільшого в їх правових актах управління, які

передбачають відповідні заходи прямого чи непрямого управлінського впливу на об'єкти управління. До перших належить вчинення ними таких дій, які спрямовані на забезпечення належної поведінки керованих об'єктів шляхом встановлення владних приписів. Йдеться про прийняття юридично обов'язкового до виконання управлінського рішення, в якому зафіксоване імперативне волевиявлення органу місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» до них належать, зокрема, загальнообов'язкові рішення, які містять загальні правила поведінки у формі приписів і заборон, а також рішення з питань управління та розпорядження фондами коштів місцевих бюджетів, об'єктами комунальної власності, використання земельних, природних, трудових та інших ресурсів тощо.

Проявами методів непрямого управлінського впливу є такі рішення органів місцевого самоврядування, які містять заходи опосередкованого впливу на поведінку об'єктів управління. Головною їх рисою є те, що за їх допомогою органи місцевого самоврядування вимагають належної поведінки керованих об'єктів шляхом впливу на їх матеріальні інтереси і потреби, що передбачає встановлення в правових актах можливості настання певних матеріальних переваг чи загрози застосування матеріальних санкцій. За змістом Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» до таких проявів можна віднести надання пільг по місцевих податках і зборах (ст. 26), визначення розмірів відшкодувань за забруднення довкілля (ст. 33) тощо. Такі акти хоч і містять можливість вибору об'єктом управління варіантів належної поведінки, проте також є обов'язковими до виконання.

Управління суспільними справами, як відомо, забезпечується також за допомогою відповідних способів цілеспрямованого впливу органів управління на свідомість і поведінку людей. До таких способів належать, як зазначалося, два універсальні методи управління — переконання і примус, які пронизують будь-які процеси управління, в тому числі у сфері, віднесеній до відання місцевого самоврядування.

За своїм змістом переконання і примус також передбачають систему заходів управлінського впливу, спрямованих на забезпечення належної поведінки об'єктів управління. Зокрема, змістом методу переконання є проведення виховних, роз'яснювальних, рекомендаційних та інших заходів переважно морального характеру, за допомогою яких у людей формуються внутрішня потреба і

готовність до добровільного виконання (додержання) загальних правил поведінки або інших конкретних приписів органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Прикладом такого підходу є, зокрема, норми Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», згідно з якими органи місцевого самоврядування здійснюють заходи щодо військово-патріотичного виховання населення (ст. 36), розглядають клопотання і вносять до відповідних органів виконавчої влади подання про нагородження державними нагородами України (ст. 39). За змістом Закону «Про відходи» вони сприяють роз'ясненню законодавства про відходи серед населення, створенню необхідних умов для стимулювання залучення населення до збирання і заготівлі окремих видів відходів як вторинної сировини (ст.ст. 20, 21).

Разом з тим методи переконання не завжди можуть забезпечити належну поведінку об'єктів управління, яка відповідає б вимогам правових норм, що містяться в Конституції і законах України та інших актах законодавства. За умов небажання чи нездатності об'єктів управління скеровувати свою поведінку відповідно до правових норм об'єктивно виникає необхідність у застосуванні відповідних заходів примусу, який є органічною властивістю будь-якої влади, в тому числі державної.

Не може обійтися без методів примусу й місцеве самоврядування, яке є проявом реалізації виконавчої влади, атрибутом якої також є примус. Саме тому їх методам примусу притаманні в цілому такі ж самі ознаки, що характеризують методи примусу органів виконавчої влади. До таких ознак треба віднести те, що їх методам примусу притаманна яскраво виражена державно-владна природа. Це означає, що застосування примусу з боку органів місцевого самоврядування не є їх природним правом, а впливає із природи та завдань державного владарювання. Ось чому застосування ними методів примусу опосередковується виключно нормами права, в яких визначаються підстави, порядок та процедури реалізації ними конкретних примусових заходів.

У такому контексті можна стверджувати, що примус з боку органів місцевого самоврядування є складовою частиною адміністративного примусу, який у свою чергу є різновидом державного примусу, що застосовується виключно від імені та в інтересах держави. При цьому застосування заходів примусу є не тільки правом, а й обов'язком органів місцевого самоврядування, які в таких випадках діють не стільки від імені територіальних громад, скільки від

імені держави. Сказане, проте, не порушує принципу поєднання місцевих і державних інтересів. Адже зважаючи на те, що в охороні громадського порядку та громадської безпеки, прав і свобод особи однаковою мірою зацікавлене не тільки суспільство в цілому, але й жителі відповідних сіл, селищ та міст, то цілком очевидно, що такі заходи узгоджуються як із загальнодержавними, так і місцевими інтересами.

Як відомо, інститут адміністративного примусу включає заходи адміністративного припинення, адміністративного попередження та адміністративної відповідальності, в застосуванні яких у межах повноважень беруть участь і органи місцевого самоврядування. Звичайно, набір таких заходів у них набагато менший, ніж у органів виконавчої влади, проте це не змінює їх природи.

Не ставлячи за мету виявити всі заходи адміністративного примусу, які можуть застосовувати органи місцевого самоврядування, відзначимо, що за змістом відповідних положень Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» до проявів реалізації останніми заходів адміністративного припинення можна віднести скасування виконавчими органами відповідних рад дозволів на експлуатацію відповідних об'єктів у разі порушення ними екологічних, санітарних правил та інших вимог законодавства (ст. 30), зупинення будівництва, що проводиться з порушенням містобудівної документації і проектів, а також такого, що може заподіяти шкоду навколишньому природному середовищу (ст. 31). Відповідні повноваження органів місцевого самоврядування по застосуванню заходів адміністративного припинення містяться й в інших законах.

Проявами реалізації органами місцевого самоврядування заходів адміністративного попередження за змістом цього Закону є здійснення ними заходів, спрямованих на попередження та ліквідацію наслідків екологічних катастроф, стихійного лиха, епідемій, епізоотій, інших надзвичайних ситуацій (ст.ст. 33, 38).

Особливо виразно державно-владна природа методів примусу органів місцевого самоврядування проявляється у застосуванні ними заходів адміністративної відповідальності. Сюди за змістом відповідних положень Кодексу України про адміністративні правопорушення належить насамперед розгляд виконавчими комітетами відповідних рад та утворюваними ними адміністративними комісіями справ про адміністративні правопорушення, за результатами якого вони уповноважені накладати відповідні адміністративні стягнення на громадян та посадових осіб. До того ж з метою

профілактики та припинення правопорушень, охорони громадського порядку та громадської безпеки, захисту прав і свобод особи органи місцевого самоврядування можуть створювати відповідно до Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» місцевий правоохоронний орган — муніципальну міліцію, а також комісії у справах неповнолітніх, боротьби із злочинністю, спостережні комісії та комунально-рятувальні служби (ст.ст. 26, 38). У такий спосіб виконавчі органи місцевого самоврядування вмонтовуються разом з органами виконавчої влади в механізм адміністративної юрисдикції по охороні врегульованих нормами права суспільних відносин у різноманітних сферах державного управління.

Завершуючи розгляд методологічних аспектів співвідношення методів державного управління з методами управління, здійснюваного в системі місцевого самоврядування, треба відзначити, що останнім притаманні здебільшого всі ті риси, які характеризують методи управлінського впливу органів виконавчої влади. До таких ознак включається насамперед те, що відповідні методи управлінського впливу належать органам місцевого самоврядування не одвічно, не за власним правом, а за законом, в якому визначаються підстави, способи, порядок та процедури його застосування. У такому контексті місцеве самоврядування є проявом не тільки децентралізації державного управління, а й методів його здійснення.

Надійшла до редколегії 15.05.04

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ТРУДОВОГО ПРАВА

Т. Боднар, доцент Київського
національного університету

Реалізація загальних принципів цивільного законодавства при виконанні договірних зобов'язань

Прийняття нового Цивільного кодексу України (далі — ЦК) як кодексу громадянського суспільства (кодексу приватного життя)¹, побудованого на нових засадах (принципах), стало поштовхом для здійснення наукових досліджень у сфері цивільного права, що стосуються найрізноманітніших аспектів цивільно-правового регулювання. Однією з актуальних, проте малодосліджених наукою цивільного права є проблема реалізації загальних засад цивільного законодавства при здійсненні цивільних прав і обов'язків, у тому числі при виконанні договірних зобов'язань. Навіть в останніх підручниках з цивільного права зміст принципів цивільного законодавства, їх дія в процесі застосування правових норм або не розкриті зовсім, або розкриті недостатньо², а дослідження українськими правознавцями окремих принципів цивільного законодавства³ не вирішують загальної проблеми.

Завданням цієї статті є з'ясування системи, видів та змісту загальних засад цивільного законодавства, а також механізму їх реалізації у відносинах, пов'язаних з виконанням договірних зо-

¹ Див.: Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К., 2000. — С. 17.

² Див.: Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — 2-е вид. доп. і перероб. — К., 2003. — Кн. 1. — С. 26-28; Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — Т. 1. Загальна частина. — К., 2003. — С. 15.

³ Див., напр.: *Луць А. В.* Свобода договору в цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001.

бов'язань, з тим щоб визначити відповідність окремих цивільно-правових норм, що становлять інститут виконання зобов'язання, загальним засадам (основам, ідеям) цивільного законодавства.

Цивільне законодавство України не визначає поняття засад цивільного законодавства на відміну, наприклад, від ЦК Республіки Беларусь, ч. 1 ст. 2 якого містить легальне визначення основних засад цивільного законодавства, під якими розуміється система принципів, що визначають і регламентують цивільні відносини.

В узагальненому вигляді в теорії цивільного права принципи цивільного права визначаються як основоположні (корінні, відправні, визначальні) ідеї (засади, риси), втілені чи закладені в законі, відповідно до якого здійснюється правове регулювання цивільних відносин та забезпечується реалізація покладених на цивільне право функцій¹.

Принципи цивільного права мають цілком конкретну практичну спрямованість: по-перше, нерідко вони є нормами прямої дії. Наприклад, зміст і межі свободи договору встановлено ст.ст. 6 та 627 ЦК, а принципи добросовісності, розумності та справедливості досить часто виступають регуляторами поведінки суб'єктів зобов'язання (ч. 3 ст. 509, ст. 660, ч. 3 ст. 749, ч. 1 ст. 847, ч. 2 ст. 903, ст. 1146 тощо); по-друге, принципи враховуються при розробленні нових або зміні старих нормативно-правових актів; по-третє, на загальні засади цивільного законодавства необхідно орієнтуватися у разі необхідності застосування аналогії права, на що прямо вказується в ч. 2 ст. 8 ЦК; по-четверте, такі принципи мають братися до уваги при тлумаченні, тобто з'ясуванні дійсного змісту норми права або належного змісту умов договору (ч. 1 ст. 637, ст. 213 ЦК); по-п'яте, спираючись на принципи законодавства, можна пройти шлях до подолання суперечностей між юридичними нормами у разі їх виявлення².

ЦК вперше встановив перелік загальних засад цивільного законодавства, які в літературі ототожнюються з поняттям принципів цивільного права³. Згідно з ст. 3 ЦК загальними засадами цивільного законодавства є: 1) неприпустимість свавільного втручання у

¹ Див.: Цивільне право України: – Кн. 1. – С. 27.

² Див.: *Басин Ю. Г.* Принципы гражданского законодательства // Гражданское право. Сборник статей. Общая часть. Учебное пособие. – Алматы. – 2003. – С. 86.

³ Див.: Цивільне право України: – Кн. 1. – С. 26; Цивільне право України: Академічний курс. – Т. 1. – С. 15; *Басин Ю. Г.* Вказ. праця. – С. 87.

сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність. До цих принципів додають ще і принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом, що міститься в ст. 1 ЦК¹.

Визначення вміщених у ст. 3 ЦК принципів як загальних засад² цивільного законодавства припускає існування й інших засад, притаманних окремим підгалузям цивільного права і навіть окремим інститутам та підінститутам³. Так, крім принципів зобов'язального права⁴, виділяють також принципи виконання зобов'язання⁵, під якими розуміють закріплені в законі основоположні засади, відповідно до яких будується правове регулювання реалізації суб'єктивних прав і обов'язків у зазначених правовідносинах.

Отже, виконання зобов'язання здійснюється під впливом дії принципів трьох груп: а) загальноцивільністичних принципів (галузевих-правових або галузевих), які поширюються на всі види цивільних відносин; б) принципів зобов'язального права (підгалузевих), які найбільш яскраво виявляються в зобов'язальних відносинах; в) принципів виконання зобов'язань (інституційних або спеціальних).

Зрозуміло, що не всі загальні засади цивільного законодавства (загальноцивільністичні принципи) однаково проявляються при ре-

¹ Див.: Цивільне право України: Академічний курс. – Т. I. – С. 15. В такому разі до принципів цивільного права слід було б віднести і вільне волевиявлення та майнову самостійність учасників цивільних відносин.

² В літературі висловлюється думка щодо недоцільності іменування принципів цивільного права як «основних», «загальних» тощо «засад» (див.: *Свердлов Г. А.* Теория принципов советского гражданского права. – Свердловск, 1984. – С. 12, 60–62. Рукопис депонирована в Институте научной информации по общественным наукам РАН № 18796 от 23.11.1984).

³ Див.: *Гражданское право: В 2 т. – Т. I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2000. – С. 37.*

⁴ Див.: *Кузнецова. Н.* Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право. – 2003 – № 4. – С. 9–15.

⁵ Див., напр.: *Гражданское право: Часть первая / Под общ. ред. Илларионовой, Б. М. Гонгало, А. Плетнева. – М., 1998. – С. 357; Зобов'язальне право: теорія і практика. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – С. 43–46; Иоффе О. С. Обязательственное право. – М., 1975. – С. 59–69.*

гулюванні тих чи інших видів цивільних відносин. Наприклад, для зобов'язального права першочергове і найважливіше значення мають принципи свободи договору; свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судового захисту цивільного права та інтересу; справедливості, добросовісності та розумності¹.

Зміст *свободи договору* як загальної засади цивільного законодавства розкривається в ст. 627 ЦК, яка з посиланням на ст. 6 ЦК, що встановлює співвідношення актів цивільного законодавства і договору, визначає ті елементи принципу свободи договору, щодо яких сторони є вільними. Це: а) укладення договору; б) вибір контрагента; в) визначення умов договору, що проявляється, зокрема, у праві укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК); у праві врегулювати в договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, не врегульовані цими актами (ч. 2 ст. 6 ЦК), а також у праві укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір — ч. 2 ст. 628 ЦК). Саме ці три елементи згідно з ст. 627 ЦК і становлять зміст свободи договору, тому не можна погодитися ні зі звуженням², ні з розширеним тлумаченням цього принципу.

Якщо спроектувати зазначені елементи на договірне зобов'язання, то можна констатувати, що суб'єкти цивільних відносин самостійно: а) приймають рішення про те, вступати чи не вступати в те чи інше зобов'язання; б) обирають іншого суб'єкта (сторону) зобов'язання; в) визначають умови (елементи) зобов'язання як на стадії його виникнення, так і на подальших стадіях його існування, включаючи стадії виконання зобов'язання і його припинення. При цьому слід пам'ятати, що такими самими правам користується й інший суб'єкт зобов'язання.

Проаналізувавши норми Розділу I Книги п'ятої ЦК, можна назвати деякі прояви дії принципу свободи договору, що прямо і безпосередньо стосуються виконання зобов'язання: а) визначення у договорі предмета, місця, строку, способу виконання (ст. 529, 530, 532); б) вибір сторонами договору виду забезпечення виконання зобов'язання з переліку, встановленого законом, або встановлення його (виду) самими сторонами у договорі (ст.ст. 546—548); в) заміна осіб у зобов'язанні (ст.ст. 512, 520); г) вибір суб'єктами зобов'язан-

¹ Див.: Кузнецова Н. Вказ. праця, — С. 10.

² Див.: Цивільний кодекс України: Коментар. — Х., 2003. — С. 9, 444—445.

ня підстав його припинення шляхом вільного волевиявлення (ст.ст. 600, 601, 604, 605); д) встановлення в договорі підстав і заходів відповідальності суб'єктів зобов'язання за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань.

Вживання в ст.ст. 6 і 627 ЦК терміна «сторони» не завжди означає саме цей статус учасників цивільних відносин. Наприклад, вислів «сторони є вільними в укладанні договору, виборі контрагента» не зовсім коректний, оскільки сторонами договору фізичні або юридичні особи (учасники цивільних відносин) стануть лише після досягнення домовленості, тобто лише після укладення договору його учасників можна іменувати сторонами у спеціальному (вузькому) розумінні цього слова. На стадіях прийняття рішення щодо укладення договору, вибору контрагента, визначення (формулювання) умов майбутнього договору (самостійно, спільно з контрагентом, шляхом приєднання до договору чи іншим чином) суб'єкти, які вчиняють зазначені дії, виявляючи при цьому свою волю, є лише учасниками цивільних відносин (фізичними і юридичними особами), що і мало б знайти відповідне відображення у законодавстві.

Узагальнено обмеження свободи договору (вільного волевиявлення — ч. 1 ст. 1 ЦК) встановлене в ст. 627 ЦК, відповідно до якої вільне вчинення суб'єктами зобов'язання зазначених у цій статті дій має здійснюватися з *урахуванням вимог ЦК та інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості** (курсив мій. — Т. Б.).

Обмеження свободи договору правовими нормами та іншими регуляторами цивільних відносин може стосуватися як всіх елементів цього принципу, так і окремих з них. Так, свобода договору обмежується нормами законодавства про захист економічної конкуренції, спрямованими на недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, захист від недобросовісної конкуренції, захист прав споживачів.

Законодавчі обмеження можуть стосуватися суб'єктного складу майбутнього договору. Наприклад, договори роздрібної купівлі-продажу (ч. 1 ст. 698 ЦК), побутового підряду (ч. 1 ст. 865 ЦК), факторингу (ст. 1097 ЦК), комерційної концесії (ст. 1117 ЦК) тощо

* На нашу думку, законодавець, назвавши таку складову обмеження волевиявлення звичаєм ділового обороту, безпідставно не посилається на звичай та вимоги, що зазвичай ставляться.

можуть бути укладені лише за участі одного або обох суб'єктів підприємницької діяльності.

Як зазначає С. Алексеев, домінування у взаємовідносинах суб'єктів свободи договору є принципом, характерним для приватного права¹, проте і при послідовному прояві приватноправових засад у цивільному праві завжди наявні публічно-правові елементи, а часом і цілі інститути. Так, і волевиявлення сторін договору обмежується або і прямо формується законодавцем у випадках, коли йдеться про договори публічного характеру: власне публічні договори (ст. 633 ЦК); договори, в яких превалюють публічні засади (договір поставки продукції для державних потреб, державний контракт з оборонного замовлення, державний контракт (договір) на поставку матеріальних цінностей до державного резерву, договір (контракт) про виконання мобілізаційних завдань (замовлень), договір про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти, договір оренди державного або комунального майна, договір купівлі-продажу об'єктів приватизації тощо); договори, що укладаються на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору (ст. 648 ЦК); договори, що укладаються на підставі типових договорів; договори, що укладаються на біржах, аукціонах, конкурсах та в інший спосіб, що передбачає конкуренцію продавців або покупців.

У наведених випадках можна стверджувати, що дія принципів приватного права обмежується дією принципів публічного права, для якого, за словами С. Алексеева, характерний «порядок, відповідно до якого особа, яка наділена владою, має право односторонньо і безпосередньо... без будь-яких додаткових рішень інших інстанцій, визначати поведінку інших осіб»².

Таким чином, як зазначав свого часу В. Синайський, пануванню диспозитивних норм у зобов'язальному праві також покладаються межі³.

В ЦК України, на відміну від цивільних кодексів деяких інших держав-учасниць СНД, не зовсім чітко врегульовано випадки, в яких суб'єкти цивільних відносин зобов'язані укласти договір. Не дає відповіді на це питання і ст. 648 ЦК, яка лише встановлює, що

¹ Див.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 585, 586.

² Алексеев С. С. Вказ. праця. — С. 587.

³ Див.: Синайский В. И. Русское гражданское право. — М., 2002. — С. 309.

зміст договору, укладеного на підставі правового акта (що це за акт, ЦК не розкриває. — Т. Б.), обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту.

Загальне правило щодо обов'язку укласти договір сформульовано в ч. 3 ст. 179 Господарського кодексу України (далі — ГК) і стосується господарських договорів, на підставі яких між суб'єктами господарювання виникають господарсько-договірні зобов'язання (ч. 1 ст. 179 ГК). Згідно з ч. 3 ст. 179 ГК укладення господарського договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

З огляду на викладене вважаємо за доцільне доповнити ст. 627 ЦК (з метою узгодження її положень з ч. 3 ст. 179 ГК) частиною 2 такого змісту: «2. Примушування учасників цивільних відносин до укладення договору не допускається, крім випадків, передбачених законом».

На завершення аналізу дії принципу свободи договору вважаємо за доцільне зупинитися на співвідношенні договору з положеннями актів цивільного законодавства, а саме: на праві сторін договору відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Таке право встановлено абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК. Щоправда, воно обмежується положеннями абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК, згідно з яким сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо зазначено про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Природно виникають питання: а) в яких актах цивільного законодавства прямо сказано, що сторони в договорі не можуть відступати від зазначених актів?; б) яким чином можна встановити, що обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає із змісту цих актів або із суті відносин між сторонами? Оскільки дати позитивні відповіді на поставлені питання не видається можливим, застосування положень ч. 3 ст. 6 ЦК може породити певні проблеми на практиці.

Тим часом у цивільному законодавстві інших держав-учасниць СНД (ст.ст. 437, 438 ЦК Республіки Вірменія, ст.ст. 382, 383 ЦК

Республіки Казахстан, ст.ст. 421, 422 ЦК РФ, ст. 354 Республіки Узбекистан) порядок визначення і застосування сторонами договору його умов залежно від урегульованості їх правовими нормами і видів цих правових норм встановлено чітко і однозначно. Наприклад, згідно з ч. 4 ст. 421 ЦК РФ умови договору визначаються за розсудом сторін, крім випадків, коли зміст відповідної умови приписано законом або іншими правовими актами, що містять обов'язкові для сторін правила (імперативні норми). У разі застосування диспозитивної норми сторони можуть своєю угодою виключити її застосування або встановити умову, що відрізняється від передбаченої такою нормою. За відсутності такої угоди умова договору визначається диспозитивною нормою.

На тлі цього порівняння неважко передбачити, що застосування положень ч. 3 ст. 6 ЦК України в окремих випадках може мати наслідком ігнорування учасниками цивільних відносин правових приписів, що зведе нанівець регулюючий вплив актів цивільного законодавства.

Принцип свободи договору найтісніше пов'язаний з принципом *свободи підприємницької діяльності*. Цей тісний зв'язок зумовлений не лише вжитим у назві обох принципів словом «свобода», а й тим, що саме шляхом укладення договорів і виконання договірних зобов'язань суб'єкт підприємницької діяльності має змогу реалізувати продукт своєї діяльності, а реалізувавши його на відплатних засадах, — отримати прибуток, заради якого і здійснюється підприємницька діяльність.

Свобода підприємницької діяльності полягає у тому, що підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, не заборонену законом (ч. 1 ст. 43 ГК). Ця діяльність здійснюється, зокрема, на основі самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, встановлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону (ст. 44 ГК).

Судовий захист цивільного права та інтересу як загальна засада цивільного законодавства означає, що: а) кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання; б) кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства (ст. 15 ЦК). Суб'єкти договірних зобов'язань мають право

звернутися до суду (господарського, третейського) за захистом свого права та інтересу (ст. 16 ЦК) або ж реалізувати право на самозахист (ст. 19 ЦК).

Серед способів захисту цивільних прав та інтересів, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК, для захисту прав і інтересів суб'єктів виконання договірної зобов'язання найефективнішими, на нашу думку, є: визнання правочину (договору) недійсним (ч. 3 ст. 215 ЦК); припинення дії, яка порушує право; примусове виконання обов'язку в натурі (ст. 622 ЦК); зміна правовідношення (ст.ст. 611, 615 ЦК); припинення зобов'язального правовідношення (ст.ст. 611, 615 ЦК); відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди (ст. 611 ЦК).

У майново-господарських зобов'язаннях до суб'єктів зобов'язання можуть застосовуватися оперативно-господарські санкції — заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку (ч. 1 ст. 235 ГК). Перелік оперативно-господарських санкцій, встановлений ст. 236 ГК, включає: 1) односторонню відмову від виконання свого зобов'язання кредитором, із звільненням його від відповідальності за це — у разі порушення зобов'язання боржником. Аналогічна норма встановлена ст. 615 ЦК; відмову від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди кредитора; відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт внаслідок прострочення виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок тощо; 2) відмову кредитора від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного боржником, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунка боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо); 3) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання: зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг), переведення платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг) або на оплату після перевірки їх якості тощо; 4) відмову від встановлення на майбутнє господарських відносин із стороною, яка порушує зобов'язання.

Сторони можуть передбачити в договорі також інші оперативно-господарські санкції (ч. 2 ст. 236 ГК), проте ГК обмежує встановле-

ну в абз. 2 ч. 2 ст. 19 ЦК свободу обрання способів самозахисту самою особою, зазначаючи, що до сторони, яка порушила зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативні-господарські санкції, застосування яких передбачено договором (ч. 2 ст. 235 ГК).

Що стосується нових для українського цивільного права принципів справедливості, добросовісності та розумності, то результати їх дослідження планується опублікувати в самостійній роботі, в зв'язку з чим у цій статті вони не розглядаються.

Крім загальних засад цивільного законодавства, встановлених ст. 3 ЦК, на наш погляд, є підстави для виділення певних засад, які прямо не названі цивільним законом принципами, але які формуються під впливом дії правових норм окремих, конкретних інститутів і підінститутів цивільного законодавства, випливають з цих правових норм і характеризують окремий правовий інститут. Однією з таких засад є, зокрема, принцип належного виконання договірних зобов'язань, характеристика якого і його співвідношення з «принципом» реального виконання можуть бути предметом окремого дослідження. Тому у цій статті обмежимося лише кількома зауваженнями, що мають принципове значення.

Належне виконання — це не лише зазначення мети, якої бажають досягти сторони зобов'язання, укладаючи договір і визначаючи в ньому умови та елементи виконання. Це і той стандарт поведінки, якому мають слідувати суб'єкти зобов'язання для того, щоб досягти вказаної мети. Це і критерій, за яким сторони, а у разі спору — суд, дають оцінку реальним діям сторін зобов'язання щодо виконання своїх обов'язків. Тому не можна погодитися з авторами, які стверджують, що про принцип належного виконання можна говорити хіба що з певною «натяжкою», оскільки сьогодні він містить стільки винятків, що перетворився, скоріше, на загальну умову, котра включає такі елементи («параметри виконання»), як предмет виконання, місце, спосіб, строк, суб'єкти виконання тощо¹.

Що стосується «принципу» реального виконання, то навіть за часів існування ЦК УРСР висловлювалася думка, що реальне виконання не є самостійним принципом зобов'язального права, а становить лише одну із вимог, умову, аспект належного виконання зобов'язання стосовно його предмета².

Крім принципів належного і реального виконання, в літературі називають також принцип стабільності зобов'язань, який полягає

¹ Див.: Гражданское право: Часть первая. — С. 357.

² Див.: Толстой В. С. Исполнение обязательств. — М., 1973. — С. 57.

в: а) неприпустимості односторонньої відмови від виконання зобов'язання; б) неприпустимості односторонньої зміни змісту зобов'язання¹.

Закріплене в ст. 162 ЦК УРСР положення про неприпустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язання і односторонньої зміни умов договору і на час його чинності навряд чи могло визнаватися принципом стабільності зобов'язання, оскільки зазначена стаття допускала винятки у випадках, передбачених законом (у широкому розумінні. — Т. Б.). Так, п. 24 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення і п. 19 Положення про поставки товарів народного споживання, затверджені постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. № 888, встановлювали, що одностороння відмова від виконання договору (повністю або частково) допускалася: при поставці продукції з відхиленням за якістю від стандартів, технічних умов, іншої документації, а також зразків (еталонів); при оголошенні банком покупця неплатоспроможним; при завищенні постачальником ціни на продукцію; в інших випадках, передбачених законодавством.

Покупець мав право також відмовитися (повністю або частково) від передбаченої договором продукції за умови повного відшкодування ним постачальнику збитків, що виникли у зв'язку з цим. У разі розірвання договору сторона повинна була попередити про це другу сторону не пізніше ніж за один місяць.

Аналіз положень чинного ЦК дозволяє виділити низку випадків, коли можлива одностороння відмова від зобов'язання: а) при звільненні (прощенні боргу) кредитором боржника від його зобов'язань (ст. 605); б) у разі порушення зобов'язання однією стороною, якщо така відмова встановлена договором або законом (ч. 1 ст. 615); в) якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора (ч. 3 ст. 612).

Відмова від зобов'язання можлива і за домовленістю сторін (ч. 1 ст. 604 ЦК), зокрема про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (ч. 2 ст. 604 ЦК), а також у разі відступного (ст. 600 ЦК) і зарахування (ст. 601 ЦК), що є нормальними (легальними) підставами припинення зобов'язання. Більш докладно новий ЦК регулює відносини, пов'язані із

¹ Див., напр.: Яковлева В. Ф. Принципы гражданского права в Основах гражданского законодательства // Основы гражданского законодательства и Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Вопросы теории и практики. — Саратов, 1981. — С. 49.

зміною договору (ст.ст. 651–652 ЦК), внаслідок чого змінюються зобов'язання сторін (ч. 1 ст. 653 ЦК).

Наявність у законодавстві (не кажучи про можливі умови договору) досить значної кількості винятків із загального правила щодо стабільності зобов'язань не дає підстав для визнання стабільності зобов'язань принципом виконання договірних зобов'язань. Це лише одна з вимог (умов), що стосуються договірних зобов'язань в умовах нинішнього цивільно-правового регулювання.

Натомість, на нашу думку, є всі підстави для визнання спеціальним (інституційним) принципом виконання договірних зобов'язань *принципу обов'язковості договору*, закріпленого в ст. 629 ЦК (*pacta sunt servanda*). Згідно з цією статтею договір є обов'язковим для виконання сторонами. Як влучно зазначив Ю. Басін, «свобода договору, але не свобода від договору»¹.

Отже, з огляду на викладене, всі принципи виконання договірних зобов'язань можна класифікувати таким чином:

а) загальноцивільні (галузеві) принципи: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу;

б) принципи зобов'язального права (підгалузеві): справедливість, добросовісність, розумність;

в) спеціальні (інституційні) принципи виконання зобов'язань: принцип належного виконання, принцип обов'язковості договору.

Надійшла до редколегії 07.04.04

О. Подцерковний, доцент Одеського національного університету

Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України

Прийняття нового Цивільного кодексу України (ЦК) вимагає переосмислення найважливішого принципу цивільного права — принципу свободи договору.

Загальна констатація цього принципу в ст. 3 ЦК знаходить несподіваний розвиток у ч. 3 ст. 6 ЦК: «Сторони в договорі можуть

¹ Див.: Басин Ю. Г. Вказ. праця. — С.90.

відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд». Автори коментарю до ЦК називають це правом «використовувати існуючі норми законодавства для регламентації своїх відносин або установити для себе правила поведінки на свій розсуд»¹. Відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК «сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано на це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами». Тобто, «позанормативна поведінка не тільки дозволяється, але й визнається за правилом»². «Отже, — за думкою З. Ромовської, яку поділяє М. Сібільов, — у договірній сфері закон перестає вважатися істиною в останній інстанції, сторони мають право відступати від його положень, коригуючи його до своїх інтересів»³.

Інакше кажучи, це означає, що зміст договору за загальним правилом має верховенство перед змістом закону!? Цей висновок знаходить неодноразове підтвердження в тексті ЦК України.

Так, ч. 1 ст. 13 ЦК передбачає, що особа здійснює цивільні права «у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства». Сполучник «або» в цьому контексті означає припустимість договірних меж цивільних прав, які можуть не збігатися з межами, встановленими законодавством⁴. Частина 4 цієї статті встановлює обов'язок особи при здійсненні цивільних прав додержуватися моральних засад суспільства, проте не передбачає обов'язок щодо додержання закону.

Частина 2 ст. 228 ЦК встановлює нікчемність правочину, який порушує публічний порядок. Проте сфера останнього звужена в ч. 1 цієї статті до порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юри-

¹ Цивільний кодекс України: Коментар / Під ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко. — Х., 2003. — С. 12.

² *Беляневич О. А.* «Публічний порядок» як оціночна категорія договірного права: спроба тлумачення // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 334.

³ *Ромовська З.* Проблема загальної теорії права у проєкті ЦК України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К., 2000. — С. 42; *Сібільов М.* Зміст цивільно-правового договору // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 98.

⁴ Аналогічно виникає альтернатива правового джерела при виконанні цивільних обов'язків (ст. 14 ЦК).

дичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконного заволодіння ним. Більшість законодавчих приписів, таким чином, залишається поза межами категорії публічного порядку.

Згідно зі ст. 551 ЦК сторони договору мають право не тільки збільшити розмір неустойки, встановлений законом, але й зменшити її розмір (крім випадків, прямо передбачених законом). Отже, сам факт закріплення розміру неустойки в законі перестає вважатися підставою обмеження договірної волевиявлення¹.

Частина 1 ст. 627 ЦК при характеристиці свободи договору передбачає необхідність урахування положень акта справедливості. Однак застереження «відповідно до ст. 6 цього Кодексу» кардинально змінює значення цих регуляторів. Їх дія набуває значення для сторін договору лише за відсутності спеціальної договірної умови.

Правила, передбачені в ЦК для публічних договорів, стають винятками із принципу свободи договору, підтверджуючи його спрямованість. Відповідно до ч. 6 ст. 633 ЦК умови публічного договору, які суперечать правилам, обов'язковим для сторін при укладанні і виконанні публічного договору, є нікчемними. Аналогічне правило не передбачене для «приватного» договору, що підтверджує примат останнього перед законом. Нікчемність умов «приватного» договору, які порушують права тієї чи іншої сторони, ЦК передбачає лише в окремих випадках (наприклад, ч. 3 ст. 121, абз. 2 ч. 1 ст. 739, абз. 2 ч. 2 ст. 780, ч. 9 ст. 1109, абз. 2 ч. 1 ст. 1137 та ін.).

На перший погляд, абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України встановлює випадки обмеження свободи договірної розсуду. Сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства (1) за наявності прямого застереження про це в акті цивільного законодавства, а також (2) за умови, якщо обов'язковість положень актів цивільного законодавства впливає «з їх змісту або із суті відносин сторін». Однак, обмеження свободи договору, викладені у такий спосіб, означають повне безсилля закону, перш за все ЦК, перед договірним свавіллям. І ось чому.

Нормам чинного законодавства України не властиве суцільне використання прямих заборон на зміну в договорі встановлених у законодавстві положень. Якщо такі нормативні заборони і трапляються, то вони мають не регулятивне, а здебільшого декларативне значення, окремо підкреслюючи непорушність найвагоміших прав

¹ Йдеться про правовідносини загальноцивільного характеру.

особи. Наприклад, так відбувалося при забороні договірної зміни строків позовної давності (ст. 73 ЦК УРСР 1963 р.). У поширеному використанні таких заборонних застережень немає необхідності. Адже визнається верховенство закону над суспільними зв'язками — сторони договору вправі упорядкувати свої відносини на власний розсуд лише у двох випадках: (1) за відсутності законодавчого регулювання у відповідній сфері, або (2) якщо акт цивільного законодавства містить дозвіл на вільне договірне встановлення (диспозитивну норму) — за наявності такого регулювання. В усіх інших випадках волевиявлення сторін договору обмежується імперативними (обов'язковими) нормами права. З прийняттям нового ЦК положення змінюється на протилежне — за загальним правилом законодавчі правила визнаються необов'язковими для сторін договору, а обов'язковість актів цивільного законодавства має підтверджуватися перш за все спеціальними нормативними застереженнями про обмеження договірної свободи.

В цьому сенсі постає в непередбачуваному вигляді положення ч. 3 ст. 6 ЦК про обов'язковість положень законодавства «виходячи з їх змісту».

Загальноприйнятим є те, що положення актів цивільного законодавства, починаючи від Конституції України та закінчуючи прийнятими на підставі законів підзаконними актами за відсутності спеціальних застережень, є природно обов'язковими. Проте ч. 3 ст. 6 ЦК ігнорує цей постулат і припускає пошук елемента обов'язковості в змісті всіх норм цивільного права, навіть у тих, які на сьогодні визнаються обов'язковими лише за одним критерієм — відсутністю застереження про можливість вільного договірного встановлення. Такий пошук обов'язковості норм цивільного права не тільки позбавлений теоретичного обґрунтування, а й не пристосований до практичної реалізації. Вирішення питання про те, який елемент у змісті норми права вказує на її обов'язковість, може слугувати предметом судового спору, але на стадії укладення договору виглядає настільки абстрактно, що неминуче провокує хаотичний відступ від встановлень актів цивільного законодавства або ігнорування ч. 3 ст. 6 ЦК.

Наприклад, ч. 2 ст. 947 ЦК передбачає: «Витрати, які сторони не могли передбачити при укладанні договору зберігання (надзвичайні витрати), відшкодовуються понад плату, яка належить зберігачеві». Виникає питання: чи може договір у цьому випадку встановити зворотну залежність, коли відшкодування надзвичайних

витрат ляже на плечі зберігача? Відповідь, яка була очевидною для ЦК УРСР 1963 р., тепер виглядає суперечливою, адже прямої заборони на «власний розсуд сторін» норма ЦК не містить, а елемент обов'язковості тлумачити та визначати без спору дуже важко. Аналогічно виникають сумніви щодо «обов'язковості» положень ч. 4 ст. 672, абз. 2 ч. 1 ст. 685, ч. 6 ст. 694, ч. 1 ст. 1021, абз. 2 ч. 1 ст. 1134 ЦК та в інших нечисленних випадках.

За цих умов навіть традиційно абстрактне формулювання «виходячи із суті відносин сторін» виглядає більш зрозумілим при вирішенні питання про можливість договірної ігнорування закону. Наприклад, неприпустимим виявляється встановлення плати за договором позички (ст. 827 ЦК), бо такий договір за своєю суттю є безоплатним. У той же час категорія «суть відносин» слабо пристосована для того, щоб забезпечувати обов'язковість законодавчих норм. Це пов'язано з тим, що ЦК передбачає можливість укладання змішаних договорів (ст. 628). Тому, обґрунтовуючи свій договір змішаним характером, сторони договору довічного утримання (догляду), наприклад, можуть дозволити собі відступити від положень ст. 748 ЦК та передбачити, що право власності набувача виникає не з моменту нотаріального посвідчення договору, а після смерті відчужувача. Знову невизначеність між свободою та необхідністю, шкідлива для правозастосування.

М. Сібільов при аналізі можливості обмеження дії принципу свободи договору законодавчими встановленнями, звичаями, принципами розумності і справедливості дійшов висновку про те, що «таке дійсно може бути, але лише тоді, коли саме в акт цивільного законодавства щоразу буде вміщено застереження, сформульоване в абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК»¹. Автори методичних рекомендацій щодо вивчення судьями Цивільного та Господарського кодексів пишуть, що хоча «це положення не є достатньо визначеним», при правозастосуванні має бути враховано, що сторони вправі у договорі відступити від положень ЦК «за відсутності заборони, що впливає із ч. 3 ст. 6 ЦК»².

Нормативне застереження, яке являє собою заборону на договірну «вільність», не може охоплюватися традиційним викладом

¹ Сібільов М. Вказ. праця. — С. 98.

² Войтюк І. А., Карабань В. Я., Ротань В. Г., Шевчук П. І. Програма спеціального курсу «Нові Цивільний та Господарський кодекси України» для суддів судів загальної юрисдикції України: Методичні рекомендації щодо вивчення Цивільного та Господарського кодексів України. — К., 2003. — С. 17–18.

імперативної норми права. Інакше значення свободи договірною розсуду за ст. 6 ЦК втрачає будь-який сенс. Імперативна норма права за ЦК має містити спеціальне застереження типу «не допускається включення в договір...», «особа не може бути позбавлена...» чи аналогічне їм. Наприклад, у ч. 2 ст. 123 ЦК говориться про те, що «позбавлення учасника повного товариства права на участь у розподілі прибутку і збитків не допускається». Тут формулювання «позбавлення ... не допускається» за змістом ст. 6 ЦК саме означає заборонне застереження закону, що служить перешкодою на шляху договірною розсуду. Подібні застереження можна зустріти приблизно в 50 із 1308 статей ЦК. Зважаючи на це нескладно уявити масштаби намічуваної договірної сваволі.

Положення ЦК про обов'язковість положень законодавства в сфері публічних договорів також не вирішують проблеми. По-перше, сфера застосування публічного договору істотно обмежена. Частина 1 ст. 633 ЦК прямо відносить до неї роздрібну торгівлю, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо. Публічними визнаються договір побутового прокату та деякі інші договори. По-друге, критерію, за яким договір може бути визнаний публічним: коли «одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться, — легко можна буде позбутися. Для цього вистачить оголошення про неприйняття особою обов'язку «здійснювати продаж кожному». Як результат можливість договірною звільнення від законодавчих обов'язків робить більш ніж реальним засилля вивісок типу «face control».

Схоже, що приватноправові ідеї сучасних реформаторів ставлять під загрозу існуючий правопорядок. Забуто класичне правило римського приватного права: «Не все, що дозволено, гідне поваги». В угоду недосяжній «абсолютній свободі» руйнуються механізми правотворчості й усталені правові підходи. І це при тому, що юридична література, в тому числі сучасна, присвячена обмеженням принципу свободи договору, майже неосяжна. «В усьому світі суперечності закону і добродійності вважаються порушенням, що призводить до визнання договору недійсним»; у розвинутих країнах Європи останнім часом ідеї справедливості в договірному праві превалюють над ідеями свободи¹.

¹ Докладніше про це див.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. — М., 1998. — Т. 2. — С. 12—16, 80.

Проблема принципу свободи договору виходить на рівень загальногуманітарного значення права як інституціонально-нормативного утворення.

Що є закон порівняно з договором — жалюгідний придаток, котрий презумується як інформаційно-рекомендаційний акт, чи могутній інструмент регулювання суспільних, у тому числі договірних, зв'язків? Це питання, очевидне у своїй відповіді для пересічного громадянина, завдяки новелам ЦК постає вузлом незроз'язних проблем і суперечностей.

Немає потреби конкретизувати приклади, коли зміст договорів нав'язується одними учасниками майнових відносин іншим. Нормою життя стає ситуація, коли економічно сильний суб'єкт господарювання нав'язує більш слабким суб'єктам не вигідні умови, які порушують приписи законів, публічний порядок, моральні засади і звичаї ділового обороту. Такі випадки відомі всім, трапляються повсюдно, починаючи від засновницьких договорів і закінчуючи договорами про інвестування будівництва житлових будинків. Однак, якщо зараз на сторожі споживачів стоїть закон, то в майбутньому більшість з нас виявляться беззахисними перед «договірною самодіяльністю» суб'єктів підприємства. Адже можна бути певним — законодавець не в змозі буде забезпечити кожен імперативну норму оболонкою у вигляді заборони на її зміну в «приватному» договорі.

Стає реальним небачене досі свавілля «сильних світу цього», для яких і без того, завдяки слабкості судової системи, закон «не указ». Нерівність, що набула економічного характеру, одержить тепер юридичну підставу.

На цьому тлі слід віддати належне консерватизму Господарського кодексу України (ГК), який закріпив принцип свободи господарського договору в межах, що не суперечать закону. Так, у ст. 179 ГК передбачається, що «сторони мають право погоджувати за своїм розсудом будь-які умови договору, що не суперечать законодавству». Тому сторони господарських договорів «не мають права відступити від положень Господарського кодексу (крім випадків, коли таке прямо дозволяється)»¹. Проте, оскільки ГК встановлює лише особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, дія відповідних положень не поширюється на відносини за участю негосподарюючих суб'єктів.

¹ *Войтюк І. А., Карабань В. Я., Ротань В. Г., Шевчук П. І.* Вказ. праця. — С. 18.

Ще в 1997 р. Координаційне бюро Академії правових наук України з проблем господарського і комерційного права звертало увагу розробників ЦК на соціально-економічну небезпеку пропонуваного в проекті ЦК механізму реалізації принципу «свободи договору». Зокрема вказувалося: застереження закону, що забороняє відхилення в договорі від акта цивільного законодавства, «у реальних умовах є ефемерним, оскільки законодавцю дуже важко заздалегідь передбачити всі можливі випадки свавілля в підприємницькій сфері і спеціально зазначити міру обов'язковості тих чи інших положень»¹.

У той час зауваження вчених-господарників були проігноровані. Тепер, у зв'язку з набуттям чинності ЦК, стало очевидним висловлене тоді занепокоєння.

Невже законодавець щоразу в будь-якому законі має підтверджувати його обов'язковість?!! Невже принцип законності, закріплений у ст. 68 Конституції, вимагає тавтологічних застережень?!!

Д. Євдокімов зазначає, що «ідея беззахисності перед договірною свободою перебільшена, бо збережений головний принцип — усі диспозитивні норми договору приймаються відповідно до імперативної норми закону. Так, п. 2 ст. 6 ЦК України приписує: сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами ... Інакше кажучи, законодавець не зобов'язаний забезпечувати кожну імперативну норму оболонкою заборони на її зміну в приватноправовому договорі — відповідно до імперативної норми контрагенти розвивають та поглиблюють подальшу регуляцію цих відносин»².

Цими поясненнями задовольнитися не можна. По-перше, договір аж ніяк не може утворювати диспозитивні норми. Нормативність — це властивість узагальнюючого явища, яка не притаманна індивідуальному (конкретному) акту, котрим є договір. По-друге, імперативна норма закону та «подальша регуляція сторін» взаємно виключають одна одну. Саморегуляція можлива лише там, де відсутня імперативна норма. По-третє, таке просторове пояс-

¹ Лист Координаційного бюро АПРН України з проблем господарського і комерційного права. Листопад 1997 р. // Забезпечення суспільного господарського порядку / Збірник виступів у періодичній пресі вчених і практиків. — Донецьк, 1998. — С. 139–141.

² *Євдокімов Д.* К вопросу принципа свободы договора // Юридическая практика. — 2003. — 20 окт. — № 43.

нення не дає відповіді на головне питання: чи змінює припис ч. 3 ст. 6 ЦК структуру імперативної норми, за якої вона вважається диспозитивною в разі відсутності застереження-заборони?

Більшість вітчизняних цивілістів, навіть ті, що спеціально досліджують принцип свободи договору, оминають цю проблему. Побічно це підтверджує, що наслідки запровадження примату договору перед законом не були досконало вивчені. Наприклад, А. Луць, аналізуючи положення ч. 3 ст. 6 ЦК, тлумачить його зміст таким чином, що імперативні норми підзаконних актів не можуть обмежувати «свободу сторін договору в укладанні та визначенні його умов на свій розсуд»¹. Цей висновок не тільки підмінює аналіз співвідношення закону і договору аналізом юридичної сили підзаконних актів, а й є помилковим за своєю суттю. Адже підзаконні акти є частиною цивільного законодавства, якщо вони прийняті «у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом» (ч. 5 ст. 4 ЦК). А тому імперативні норми правомірних підзаконних актів є такими ж обов'язковими для сторін договору, як і імперативні норми законів. Що ж стосується центральної проблеми ч. 3 статті 6 ЦК, то вона полягає у зміні співвідношення диспозитивних та імперативних норм цивільного права.

Позиція ЦК означає, що будь-яка норма закону за загальним правилом визнається диспозитивною для сторін «приватного» договору. Що ж стосується імперативної норми, то за змістом ст. 6 ЦК, крім нормативного зобов'язання, вона має містити також заборону на відхилення від закладеного в ній обов'язку. Звернемо увагу — не санкцію за порушення передбаченого законом обов'язку, а додаткову оболонку — пряму заборону!? Воістину, — це переверот у вітчизняній теорії права. Розподіл законодавчого матеріалу на дозвільні, зобов'язуючі і заборонні норми, таким чином, знецінюється.

Тим часом, зобов'язання і заборона суть два самостійні способи правового регулювання. Нівелювати їх — означає входити в суперечку із прийомами законотворчості, ігнорувати традиції національного права, нарешті — позбавляти вітчизняне право інструментів ефективного впливу на суспільні відносини, провокувати безсилля закону.

Регулятивна сила будь-якого закону ґрунтується в першу чергу на імперативних нормах, від положень яких суб'єкти відступи-

¹ Луць А. В. Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 13.

ти не можуть. Ось чому Г. Шершеневич, визначаючи співвідношення прав і обов'язків, писав: «Важливо не те, що може суб'єкт права, а чого не сміють суб'єкти обов'язків»¹. Сторонам договору може бути надане право відступати від положень законодавства в окремих випадках, передбачених у диспозитивних нормах, але не повсюдно.

Як доречно зауважив А. Танага, диспозитивними слід вважати норми, які прямо надають сторонам можливість змінювати їх правила чи виключати їх застосування. Ті ж норми, які не містять вказівок типу «якщо інше не передбачено договором», за загальним правилом є імперативними². Саме тому регулятивна сила диспозитивної норми пов'язана з відсутністю специфічного договірного встановлення. Регулятивна (примусова) сила імперативної норми безумовна.

Невипадково О. Йоффе зазначав, що «зобов'язуючи до здійснення якої-небудь дії, норма забороняє стримування від її здійснення, як і навпаки, забороняючи здійснення певної дії, вона зобов'язує до її нездійснення»³. Ця теза підтримана І. Самощенком: «Вимога державою певної поведінки є одночасно і заборонаю поведінки, яка відступає від належної»⁴.

В. Тархов пише, що «неможливо все недозволене виразити в заборонах». На його думку поведінка, що відступає від запропонованої, має розглядатися як заборонена, навіть якщо прямої заборони немає; «правильно говорити про несуперечність закону, а не про заборону»⁵.

Тому жорстке прив'язування зобов'язання до заборони важко не тільки пояснити, а й пристосувати до напрацьованих науково-правових підходів.

Надання імперативній нормі ускладненої структури означає труднощі для учасників законодавчого процесу. Адже парламентарії мають враховувати необхідність наповнення кожної законодавчої норми застереженнями про її обов'язковість для сторін договору. Звичайно, що найближчим часом здійснити таке «казуїстичне» наповнення поточного законодавства неможливо.

¹ Шершеневич Г. Общая теория права. — 1912. — Вып. III. — С. 574.

² Див.: Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России. — СПб, 2003 — С. 60.

³ Йоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Йоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000. — С. 562.

⁴ Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. — М., 1963. — С. 76–77.

⁵ Тархов В. А. Гражданские права и ответственность. — Уфа, 1996. — С. 14.

Оскільки законодавчі правила завжди спрямовані на встановлення справедливої міри суб'єктивних прав та законних інтересів, можливість відступати від цих правил неминуче призведе до порушення балансу таких прав (інтересів) на користь однієї із сторін договору. Як слушно відзначав В. Вердніков, «протиправна дія не тільки суперечить об'єктивному праву, а й найчастіше також одночасно порушує суб'єктивне право іншої особи»¹.

Співвідношення диспозитивних та імперативних норм у поточному законодавстві неоднорідне — останні становлять переважну більшість. І це не дивно, бо закріплений у ст. 19 Конституції України принцип правопорядку «ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» зумовлює спрямованість законодавчої роботи на встановлення розумних обов'язків учасників суспільних відносин. Такі обов'язки на тлі загальнодозволеної поведінки і складають кістяк правової системи. Закон не може бути рекомендацією. Сам факт його прийняття, а не додаткові застереження, означає становлення рамок суспільновиправданої поведінки. Зміст економічної реформи полягає в розширенні, головним чином усвідомленому і цілеспрямованому, сфери застосування диспозитивних норм, а не в суцільному «під один гребінець» знецінюванні імперативних норм на користь диспозитивних.

Розуміючи це, законодавець Російської Федерації в ст. 421 ЦК РФ співвідніс принцип свободи договору із конкретними параметрами поведінки: свобода права на вступ у договірні відносини, презумпція заборони примушування до укладання договору, свобода формулювання змішаних договорів, застосування диспозитивної норми остільки, оскільки угодою сторін не встановлено інше. Свобода розсуду сторін договору обмежена випадками, «коли зміст відповідної умови запропонований законом чи іншими правовими актами» (ст. 421 ЦК РФ). Більш того, розуміючи важливість впровадження принципу законності в договірну сферу, законодавець РФ у ст. 422 ЦК спеціально, по суті повторно, підкреслив примат імперативної норми перед умовою договору: «Договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, установленим законом та іншими правовими актами (імперативним нормам), що діють на момент його укладання».

До речі, у старому російському законодавстві передбачалося, що мета договору «повинна бути непротивна законам, благочинству і суспільному порядку» (ст. 1528 Законів цивільних)².

¹ Вердніков В. Г. Глава 23 підручника «Советское гражданское право». — М., 1965. — Т. 2 — С. 335.

² Свод законов Российской империи. — Т. X. — Ч. 1.

Сучасні цивільні кодекси передових країн світу не менш жорстко підходять до обмеження свободи договору. Так, у ЦК Нідерландів зазначено: «Договір, укладений однією із сторін на виконання підприємницької або іншої професійної діяльності, не тільки підпадає під дію положень закону, а й підпорядковується стандартному регулюванню, якщо таке стандартне регулювання діє в галузі, в якій відбувається виробнича діяльність цієї сторони...» (Кн. 6, розділ 5, ст. 214). Стаття 6 ЦК Франції встановлює: «Не можна порушувати приватними угодами суспільний порядок і добрі звичаї». Згідно з п. 3 ст. 6 ЦК Іспанії «дії, що суперечать імперативній нормі закону, є нікчемними, якщо інший наслідок не передбачений законом».

От як оцінюють цю ситуацію відомі цивілісти М. Брагинський і В. Вітрянський: «Свобода договорів могла би стати абсолютною тільки за умови, якби сам Кодекс (ЦК. — *О. П.*) та всі видані на його підставі правові акти склалися виключно з диспозитивних і факультативних норм. Але неважко передбачати, що такий шлях потяг би за собою негайну загибель економіки країни, її соціальних програм, а з ними разом повергнув би в хаос саме суспільство. Невипадково законодавство жодної з існуючих в історії країн не пішло цим шляхом»¹. Останнє, на жаль, не аргумент для розробників ЦК України.

Новели принципу свободи договору породжують внутрішні суперечності ЦК. Так, якщо виходити з презумпції пріоритету договірної волі сторін перед законодавчими приписами, то втрачається сенс у формулюваннях закону типу «якщо інше не встановлене угодою сторін». Тим часом, ЦК у численних статтях використовує таке традиційно диспозитивне застереження: при закріпленні платного характеру послуги помічника дієздатної особи, при встановленні принципу пропорційного розподілу прибутків і збитків повного товариства, при закріпленні права на вільне ознайомлення з особистими паперами фізичної особи в бібліотеці тощо (ст.ст. 78, 123, 129, 130, 305, 363, 429, 430, 506 та ін.). Вибірковий характер зазначеного диспозитивного застереження моментально виявляє суперечність із загальним принципом свободи договірною розсуду. Впевненість у цьому посилюється при констатації величезного, але вибіркового масиву статей ЦК, де вживається застереження «якщо інше не встановлене законом або договором» (ст.ст. 23, 123, 191, 322, 331, 332, 334, 357, 368, 370, 379, 403, 405, 440, 467, 474, 477 та

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М., 2002. — С. 158.

ін.). Тобто, в основному тексті ЦК використовуються звичні для вітчизняного права законодавчі прийоми у формулюванні диспозитивних правил.

У численних статтях ЦК застосовується традиційне імперативне застереження «якщо інше не встановлене законом» (ст.ст. 12, 27, 87, 99, 116, 133, 176, 214, 229, 268, 290, 291, 311, 320, 368, 411, 419, 425, 494, 496, 501, 513 та ін.). Простежується відвертий намір законодавця обмежити договірний розсуд. До таких випадків належать, зокрема: встановлення права учасника господарського товариства на участь в управлінні товариством, обмеження відповідальності держави за боргами створених нею юридичних осіб, запобігання взяттю органів та інших анатомічних матеріалів з тіла померлої людини, обмеження позбавлення права інтелектуальної власності та ін. Однак у зв'язку з відсутністю спеціального застереження «у душі» ст. 6 ЦК виходить, що «інше» може бути встановлено договором сторін. Таким чином, у тих випадках, коли ЦК цілеспрямовано прагне надати відносинам певного публічного порядку, він сам виявляється неспроможним перед закріпленою в ч. 3 ст. 6 новелою щодо «свободи договору». У цих умовах не варто розраховувати на чіткість імперативних формулювань інших актів цивільного законодавства. Заручниками виникаючої водночас недосконалості імперативних норм стають всі і кожний.

У ст. 203 ЦК на відміну від положень ст. 6 ЦК передбачається, що правочин не може суперечити ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Порушення цієї вимоги є підставою для визнання правочину недійсним (ст. 215 ЦК). Тим часом неможливо уявити собі умови договору, за якими сторони договору відступлять від положень акта цивільного законодавства, проте не увійдуть у суперечність з ним.

Практика застосування ЦК виявляє тенденції до ігнорування новели ст. 6 ЦК щодо права на договірний відступ від поведінки, приписаної законодавством. Так, 27 листопада 2003 р. Кабінет Міністрів України подав до Верховної Ради законопроект «Про внесення змін до Господарського кодексу України» (реєстр. № 4445). Серед іншого Уряд запропонував виключити з п. 2 ч. 1 ст. 236 ГК слова «(списання з рахунка боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо)». Ці пропозиції обґрунтовувалися так: «Цивільним кодексом встановлено, що підставами списання грошових коштів з рахунка клієнта є його розпорядження банку, рішення суду, а також випадки, встановлені договором між банком і клієнтом. Інших підстав для списання

коштів з рахунка клієнта Цивільним кодексом не встановлено»¹. Але ж ГК встановлює таку оперативну санкцію лише у випадках, коли вона передбачена в договорі. А ЦК прямо не забороняє таку умову договору. Чому ж Уряд України тлумачить норми ЦК як такі, від яких не можуть відхилитися сторони договору? Відповідь лежить на поверхні — приписи ч. 3 ст. 6 ЦК ігноруються.

Тому загальна умова ч. 3 ст. 6 ЦК про «необмежену свободу» договірною розсуду не тільки суперечить науковим напрацюванням і традиціям вітчизняного права, а й не вписується в інструментарій і практику застосування ЦК, створює плутанину і невизначеність. Тому необхідно негайно усунути «стороннє тіло».

Зокрема, ч. 3 ст. 6 ЦК слід викласти в новій редакції: *«Умови договору не повинні суперечити імперативним положенням актів цивільного законодавства і моральним засадам суспільства»*. Таким формулюванням буде підтверджено верховенство закону, а правовому регулюванню повернута йому визначена роль.

Якщо не вирішити на користь публічного порядку питання, поставлені в цій статті, реформа з гучними гаслами про економічну свободу може стати знаряддям безпрецедентного поправлення конституційних прав і свобод громадян.

Надійшла до редколегії 20.08.04

О. Кухарев (Харківський економіко-правовий університет)

Повноваження виконавця заповіту та їх здійснення за новим Цивільним кодексом України

На відміну від Цивільного кодексу УРСР 1963 р. (далі — ЦК 1963 р.), який лише в загальній формі вирішував окремі питання щодо можливості виконання заповіту спеціальною особою, зазначеною в заповіті, — виконавцем заповіту, новий Цивільний кодекс України (далі — ЦК) від 16 січня 2003 р. присвячує виконанню заповіту окрему главу, норми якої складають інститут виконання заповіту.

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України // Веб сайт www.rada.gov.ua

Такі зміни в правовому регулюванні відносин щодо виконання заповіту не є випадковими. В умовах заборони приватної власності та підприємницької діяльності, жорсткого нормування публічною владою кількості та вартості споживчого майна, що могло належати фізичній особі на праві особистої власності і складало спадкове майно, правове регулювання виконання заповіту спеціальною особою — виконавцем заповіту мало суто формальний характер. Тим більше, що охорона спадкового майна, призначення хранителя та опікуна такого майна покладалися згідно зі ст.ст. 558—559 ЦК 1963 р. на спеціальних посадових осіб — державних нотаріусів, а в населених пунктах, де не було державної нотаріальної контори, — на посадову особу відповідного виконавчого комітету, яка вчиняла нотаріальні дії. Докладна регламентація порядку здійснення цих дій містилася відповідно в Законі України від 2 вересня 1993 р. «Про нотаріат», Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 18 червня 1994 р. № 18/5¹, та в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад народних депутатів України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 25 серпня 1994 р. № 22/5².

За таких умов зрозуміло, чому в ЦК 1963 р. спеціально не вирішувалося питання про повноваження такого «умовного» фігуранта, яким був виконавець заповіту. В ст. 547 ЦК 1963 р. лише зазначалося, що виконавець заповіту має право вчиняти всі дії, необхідні для виконання заповіту. Це дало змогу В. Дронникову стверджувати, що права і обов'язки виконавця заповіту слід визначати в кожному окремому випадку³. Інші дослідники виконання заповіту в той період, зокрема, В. Серебровський, М. Гордон, Б. Антімонов і К. Граве⁴, розглядали переважно питання про юридичну природу дій виконавця заповіту.

¹ Див.: Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2000. — № 1–2. — С. 149.

² Див.: Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 1998. — № 5. — С. 398.

³ Див.: Дронников В. К. Наследование по завещанию в советском праве — К., 1957 — С. 126.

⁴ Див.: Серебровский В. И. Очерки наследственного права. — М., 1953. — С. 143—147; Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию — М., 1967. — С. 74; Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право — М., 1955. — С. 185—190.

Зміни, що відбуваються в сучасному суспільному житті України, перехід від планової до ринкової економіки, визнання приватної власності та її непорушності, відмова від обмежень щодо кількості та вартості майна, яке може належати особі на праві приватної власності, змінюють саму структуру спадщини. До її складу зараз можуть входити засоби виробництва, цілісні майнові комплекси, земельні ділянки та інше нерухоме майно, пакети цінних паперів, частки у статутному (складеному) капіталі, майнові права тощо. Охорона такого спадкового майна, управління спадщиною, вчинення інших дій як фактичного, так і юридичного характеру, що охоплюються повноваженнями виконавця заповіту, в сучасний період вже не є простою формальністю, а вимагають від нього спеціальних знань, вибору варіанту поведінки, що значною мірою ускладнює діяльність виконавця заповіту, спрямовану на повне виконання волі спадкодавця, вираженої в заповіті. Не можна не вказати і на те, що визнання об'єктивного характеру поділу права на приватне і публічне зумовило розширення диспозитивних засад у регулюванні цивільних (приватних) відносин¹, у тому числі при спадкуванні. Все це втілюється в інституті виконання заповіту. З урахуванням викладеного, безумовно, існує необхідність аналізу новел, що містяться в ЦК щодо цього інституту взагалі і такого суб'єкта, яким є виконавець заповіту, хоч би з огляду на те, що вони ще не були предметом спеціальних сучасних досліджень.

Предметом дослідження у цій статті є повноваження виконавця заповіту, правові форми та порядок їх здійснення, контроль за його діями та їх оскарження.

Повноваження виконавця заповіту закріплені в ст. 1290 ЦК і складають такі його обов'язки: управління спадщиною; вжиття заходів щодо охорони спадкового майна та забезпечення повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини; вимагання від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань; забезпечення одержання частки спадщини кожним із спадкоємців (у розмірі, визначеному в заповіті) та особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині; забезпечення виконання спадкоємцями дій, до яких вони зобов'язані заповітом.

Аналіз цієї статті з огляду на спосіб закріплення повноважень виконавця заповіту дає підстави зробити такі висновки.

По-перше, повноваження виконавця заповіту охоплюють сукупність його дій інформаційного, охоронного, управлінського та

¹ Див.: Сибільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2 (25). – С. 131.

забезпечувального характеру, які спрямовані на повне здійснення волі спадкодавця, вираженої у заповіті. По-друге, зазначений перелік стосується дій, що мають майновий характер. По-третє, перелік цих дій має закритий (вичерпний) характер. По-четверте, законодавець лише в імперативній формі вказує на перелік дій, що складають повноваження виконавця заповіту, не розкриваючи правових форм та порядку їх здійснення.

Перш ніж оцінити такий спосіб закріплення повноважень виконавця заповіту в ЦК, слід вказати на те, що підстави вчинення дій щодо виконання заповіту не є, на нашу думку, однаковими. Це питання, без сумніву, потребує спеціального дослідження і тому тут, з урахуванням предмета цієї статті, вкажемо лише на таке. У тому випадку, коли заповідач згідно зі ст. 1286 ЦК за свого життя доручає виконання заповіту певній фізичній або юридичній особі за її згодою, підставою для здійснення зазначених дій виконавцем заповіту є, на наш погляд, договір доручення. Коли ж виконавець заповіту призначається спадкоємцями (ч. 2 ст. 1287 ЦК), судом (ч. 3 ст. 1287 ЦК) або нотаріусом (ст. 1288 ЦК), підставою для здійснення дій щодо виконання заповіту є не договір, а інші юридичні факти, акт цивільного законодавства чи рішення суду. Отже, сама можливість здійснення виконання заповіту на договірних засадах потребує врахування цього при визначенні повноважень виконавця заповіту. Адже це пов'язано з дією і у цій сфері принципу свободи договору і правил про співвідношення його з актами цивільного законодавства, закріпленими в ст. 6 ЦК.

Недоцільно обмежувати виконавця заповіту здійсненням дій лише майнового характеру. На нашу думку, заповідач у заповіті може встановлювати розпорядження і немайнового характеру. Про це свідчить і зміст ст. 6 Закону України від 10 липня 2003 р. «Про поховання і похоронну справу», згідно з якою встановлюється право громадян на поховання їхнього тіла та волевиявлення щодо належного ставлення до тіла після смерті. Таке волевиявлення може бути виражене у згоді чи незгоді на проведення патологоанатомічного розтину, вилучення органів та тканин тіла, побажання бути похованим у певному місці, за певними звичаями, поруч з певним раніше померлим чи бути підданим кремації. Отже, в заповіті може бути встановлена вся церемонія поховання з урахуванням побажання померлої особи. Здійснення волі заповідача щодо цього повинно охоплюватися повноваженнями виконавця заповіту. До речі, дослідники виконання заповіту в дореволюційній Росії наголошували на тому, що воно виникло вперше саме між христия-

янами і мало тісний зв'язок з їх піклуванням про спасіння душі та мало перш за все нематеріальний характер¹.

Наведене дає підстави для твердження про те, що спосіб, обраний законодавцем для закріплення в ст. 1290 ЦК повноважень виконавця заповіту, не є, на нашу думку, бездоганним, а тому потребує вдосконалення. Саме тому ми пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 1290 ЦК новим підпунктом такого змісту: «7) вчинення інших дій майнового та немайнового характеру, спрямованих на виконання волі заповідача, що впливають із змісту заповіту та домовленості між заповідачем і особою, яка погодилася на виконання заповіту». Така пропозиція дає можливість, по-перше, враховувати існування різних підстав щодо вчинення дій по виконанню заповіту, в тому числі договору між заповідачем та виконавцем заповіту; по-друге, вчиняти виконавцем заповіту дії не тільки майнового, а й немайнового характеру; по-третє, забезпечити відкритий (невичерпний) характер дій, які складають повноваження виконавця заповіту.

Що ж стосується правових форм здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень, то вони з урахуванням їх різноманітного характеру (інформаційного, охоронного, управлінського, забезпечувального) та різної спрямованості самих дій (фактичні чи юридичні) теж можуть бути різними. Але для можливості реального здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень йому повинно належати не тільки право на вчинення певних фактичних або юридичних дій особисто, а й право на укладення відповідних правочинів, пов'язаних, наприклад, з охороною спадкового майна та управлінням спадщиною. Важко погодитись з пропозицією Р. Майданика¹ про те, що установником управління майна може бути лише нотаріус або орган адміністративно-територіального утворення, а роль самих спадкоємців, а також виконавця заповіту має зводитися до їх звернення до нотаріуса з проханням про вчинення певних дій, спрямованих на це. На нашу думку, покладення на виконавця заповіту ролі лише посередника у цих відносинах зводить нанівець його повноваження по управлінню спадщиною і суперечить змісту ст. 1290 ЦК. Слід підкреслити, що згідно зі ст. 1285 ЦК нотаріус або відповідний орган місцевого самоврядування можуть

¹ Див.: *Дормидонтов Г. Ф.* Предполагаемая реформа русского наследственного права. — Казань, 1903. — С. 55–56.

² Див.: *Майданик Р. А.* Проблема довірчих відносин у цивільному праві. — К., 2002. — С. 421–423.

укладати договір на управління спадщиною з іншою особою лише у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту.

Виконавцеві заповіту має належати і право бути позивачем у справах, пов'язаних з виконанням ним окремих забезпечувальних повноважень. Саме у такий спосіб виконавець заповіту може реалізувати повноваження щодо вимог до боржників спадкодавця про виконання ними своїх обов'язків та вимог щодо виконання спадкоємцями дій, до яких вони зобов'язані заповітом.

ЦК не містить і докладної регламентації порядку здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень, хоча потреба в цьому є. Адже спадкоємці, їхні законні представники, а також орган опіки і піклування мають право згідно зі ст. 1293 ЦК оскаржити до суду лише ті дії виконавця заповіту, які не відповідають вимогам ЦК, інших законів, порушують інтереси спадкоємців. З урахуванням викладеного вважаємо за доцільне доповнити ст. 1290 ЦК частиною такого змісту: «Виконавець заповіту при здійсненні своїх повноважень має право укладати правочини (договори), вчиняти інші фактичні та юридичні дії, спрямовані на виконання волі спадкодавця, яка виражена в заповіті. Правові форми та порядок здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень встановлюються законом». На нашу думку, таким спеціальним законом може бути Закон України «Про виконання заповіту».

Виконання повноважень виконавцем заповіту за ЦК здійснюється на оплатних засадах. Згідно зі ст. 1291 ЦК заповідач має право визначити у заповіті те майно (в натурі або у грошах), яке виконавець заповіту має право одержати зі складу спадщини як плату за виконання своїх повноважень. У разі, якщо заповідач не визначив розмір плати, він може бути визначений за домовленістю виконавця заповіту і спадкоємців, а в разі спору — судом. Крім того, виконавцеві заповіту належить право на відшкодування спадкоємцями витрат, здійснених ним для охорони спадщини, управління нею та виконання заповіту.

Щоб запобігти можливим відхиленням та зловживанням з боку виконавця заповіту, ст. 1292 ЦК передбачає право контролю за його діями при виконанні повноважень. Таке право належить спадкоємцям, а якщо спадкоємцями є малолітні, неповнолітні, недієздатні особи або особи, цивільна дієздатність яких обмежена, право контролю за виконанням заповіту здійснюють батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники, а також орган опіки та піклування. Для ефективності такого контролю на виконавця заповіту покла-

дено обов'язок подати на вимогу спадкоємців, їх законних представників та органу опіки та піклування проміжний звіт про дії, вчинені щодо виконання заповіту. Після виконання заповіту виконавець зобов'язаний подати остаточний звіт спадкоємцям або їх законним представникам.

Відомий російський юрист К. Победоносцев свого часу відзначав, що спадкоємець має право звертатися до виконавця заповіту за звітом тільки у тому разі, коли в нього є майновий інтерес, що залежить від дій такої особи. Якщо ж такого інтересу у спадкоємця немає, то «... він не має права вимагати від душеприказника звіту ... оскільки така вимога не знайшла б відповідного місця ні в системі судових позовів, ні в ряді будь-яких адміністративних вимог»¹.

Однак правова наука і правозастосовна практика давно вже додержуються тієї точки зору, що виконавець останньої волі заповідача не може бути звільнений від обов'язку надання звіту. Така позиція ґрунтується на тому, що виконавець заповіту тимчасово володіє чужим майном, призначеним для передачі у власність іншим особам².

Як уже відзначалося, спадкоємцям, їх законним представникам та органу опіки та піклування належить право оскарження до суду дій виконавця заповіту, що не відповідають вимогам ЦК, інших законів і порушують інтереси спадкоємців. До вимог про визнання неправомірними дій виконавця заповіту застосовується позовна давність в один рік.

Нарешті, слід вказати ще на два принципові моменти. По-перше, це стосується строку чинності повноважень виконавця заповіту. Ці повноваження не обмежуються певним строком, а тривають до повного здійснення волі спадкодавця. Ось чому чинність повноважень виконавця заповіту припиняється нотаріусом за місцем відкриття спадщини за погодженням із спадкоємцями та відказоодержувачами. Припинення повноважень виконавця заповіту є підставою для повернення нотаріусу документа, який був виданий йому на підтвердження його повноважень. При невиконанні цього обов'язку спадкоємці згідно зі ст. 1294 ЦК мають право витребувати цей документ і вимагати відшкодування завданих їм збитків.

По-друге, у ст. 1295 ЦК закріплено право виконавця заповіту відмовитися від здійснення своїх повноважень. На жаль, закон не містить підстав для такої відмови. З огляду на те, що і підстави

¹ Див.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права в трех частях. Часть вторая. — М., 2002. — С. 584.

² Див.: *В. Плеханова.* Исполнение завещания душеприказчиком // Закон. — 2001. — № 4. — С. 62.

здійснення ним своїх повноважень є різними, це питання має бути вирішено в законі, запропонованому нами. Право на відмову від здійснення повноважень обмежене необхідністю вчинення невідкладних дій, зволікання з якими загрожує заподіянням збитків спадкоємцям.

Про відмову від здійснення своїх повноважень виконавець заповіту зобов'язаний негайно повідомити спадкоємців та осіб, щодо яких він повинен був вчинити певні дії.

Порушення виконавцем заповіту вимог про необхідність вчинення ним невідкладних дій та про негайне повідомлення зазначених осіб про його відмову від здійснення повноважень по виконанню заповіту тягне за собою відповідальність за завдані збитки.

Таким чином, ЦК заклав підвалини для формування інституту виконання заповіту, головною дійовою особою якого є його виконавець. Для повного здійснення волі спадкодавця виконавець заповіту має бути не тільки наділений достатніми повноваженнями, а й діяти відповідно до вимог закону, що встановлює порядок здійснення ним зазначених повноважень.

Оскільки спосіб закріплення в ЦК повноважень виконавця заповіту потребує певних вдосконалень, нами запропоновані доповнення до ст. 1290. Що ж стосується правових форм та порядку здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень, то вони мають бути докладно врегульовані в Законі України «Про виконання заповіту». До речі, в ньому мають бути вирішені питання і про особливості здійснення повноважень виконавця заповіту юридичною особою.

Надійшла до редколегії 18.04.04

О. Ярошенко, доцент НЮА України

Працевлаштування інвалідів: диференціація та проблеми правового регулювання

Під егідою Організації Об'єднаних Націй 3 грудня кожного року з метою привернення уваги суспільства до проблем інвалідів відзначається Міжнародний день інвалідів.

Перші кроки молодої Української держави по створенню правових, економічних та організаційних засад захисту прав людей з фізичними вадами відбулися з прийняттям 21 березня 1991 р. За-

кону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» (далі — Закон). Цим Законом людям з фізичними вадами гарантовано рівні з усіма іншими громадянами можливості для участі в усіх сферах життя суспільства, створення необхідних умов, що дають можливість інвалідам вести повноцінний спосіб життя відповідно до індивідуальних здібностей та інтересів. Як відмічається в Зверненні Верховної Ради України з нагоди Міжнародного дня інвалідів, створюючи відповідну законодавчу базу, держава намагається цивілізовано будувати свої взаємини з громадянами, чий фізичний або психічний стан не дає їм змоги самостійно та всебічно дбати про своє здоров'я. У суспільстві функціонує система соціального захисту населення, виплачуються пенсії, працює служба соціальної допомоги вдома, утримуються за кошти державного та місцевих бюджетів будинки-інтернати для людей похилого віку та інвалідів, діють різні благодійні товариства, підтримується діяльність громадських організацій інвалідів та ветеранів¹.

Однак не слід сподіватися, що на сучасному етапі розвитку вітчизняної економіки можна швидко підняти загальний рівень життя інвалідів. Але завжди характерною ознакою високої цивілізації було уважне, милосердне ставлення суспільства саме до немічних — інвалідів, людей похилого віку, дітей. Адже такі вічні моральні категорії, як доброта, людяність, розуміння та співчуття, не вимагають будь-яких матеріальних витрат. Для цього достатньо тільки широкого бажання допомоги.

Як відомо, Україна набула членства в Раді Європи за умови, що вона приведе у відповідність з європейськими стандартами низку існуючих та прийме понад 30 нових законів, що сприятиме реальному входженню нашої держави до правового простору цієї організації. У зв'язку з цим надзвичайно актуальним у контексті вирішення питання гармонізації вітчизняного законодавства з правовими системами Ради Європи, Європейського Союзу тощо є приєднання України до низки угод, що стосується вирішення проблем інвалідів.

На сучасному етапі становлення соціальної держави одним із пріоритетних напрямків державної політики України є проведення комплексу заходів щодо соціальної інтеграції інвалідів у громадське життя.

¹ Див.: Звернення Верховної Ради України з нагоди Міжнародного дня інвалідів: Схвалено постановою Верховної Ради України №290-XIV від 3 грудня 1998 року // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — №1. — Ст. 13.

За останні роки в країні намітилася тенденція до значного збільшення кількості інвалідів. Сьогодні на обліку в органах соціального захисту перебуває понад 2,5 млн чоловік. У той же час слід звернути увагу на те, що, за оцінками Міжнародної організації праці, інваліди становлять близько десяти відсотків населення Землі. Це дає підстави для припущення про те, що ще кілька мільйонів фактичних інвалідів через складність процедури одержання статусу інваліда не можуть знайти в Україні юридичного підтвердження свого статусу. На сьогодні в окремих регіонах України зайнятість серед інвалідів працездатного віку становить 15–20 відсотків, при цьому особливо важка ситуація складається із зайнятістю інвалідів I та II груп, серед яких кількість працюючих вдвічі менше.

Отже, інваліди становлять значну соціальну групу, що потребує особливої допомоги, уваги і турботи з боку держави. Адже при інвалідності не тільки істотно порушуються біологічні функції організму, а й знижується соціальна активність людини. Подолання наслідків інвалідності, відновлення втрачених життєвих функцій допомагають особі з фізичними вадами стати повноцінним членом суспільства. У цьому процесі особливу роль відіграє трудова діяльність, що впливає на життя інваліда, дає йому відчуття необхідності з боку як сім'ї, так і суспільства, допомагає подолати наслідки інвалідності, сприяє реабілітації. У той же час перехід до ринкової економіки, що супроводжується спадом виробництва, багатомільйонним безробіттям, зниженням рівня життя, не сприяє знаходженню інвалідами свого місця на ринку праці.

На жаль, проблема працевлаштування осіб, які мають фізичні вади, не набула належного відображення в літературі з трудового права. Переважна більшість вітчизняних учених-юристів обмежувалися лише загальним описом цієї проблеми, не вдаючись до її глибокого системного аналізу.

Як відомо, працевлаштування є найважливішим етапом професійної реабілітації інваліда, що включає в себе процес пошуку придатної роботи і влаштування на ній. Крім загальних форм працевлаштування, виділяються спеціальні, які застосовуються щодо громадян, котрі потребують особливої допомоги при пошуку придатної роботи¹, зокрема інвалідів, неповнолітніх, жінок та ін.

Відповідно до Закону України та інших нормативно-правових актів основними заходами, покликаними сприяти працевлашту-

¹ Див.: Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России. – М., 1999. – С. 160.

ванню інвалідів, є: здійснення пільгової фінансово-кредитної політики щодо спеціалізованих підприємств, котрі застосовують працю інвалідів, та підприємств і громадських об'єднань інвалідів; встановлення квоти для прийому інвалідів на роботу; стимулювання підприємств, що створюють додаткові робочі місця, у тому числі спеціальні, для працевлаштування інвалідів; створення умов для підприємницької діяльності інвалідів тощо¹. Цей перелік повністю відповідає Декларації про права інвалідів² та розділу 7 «Зайнятість» Стандартних правил забезпечення рівних можливостей інвалідів, прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН 20 грудня 1993 р., які передбачають, що «інваліди повинні одержати можливість здійснювати свої права людини, особливо в галузі зайнятості. Вони повинні мати рівні можливості для зайняття продуктивною і такою, яка приносить дохід, трудовою діяльністю на ринку праці. Закони в галузі зайнятості не повинні бути дискримінаційними стосовно інвалідів і не повинні створювати перешкоди для їх працевлаштування».

Як свідчить практика, найбільш ефективною формою працевлаштування інвалідів в Україні є бронювання. Обов'язок роботодавця надавати певну частину робочих місць інвалідам був законодавчо закріплений у багатьох країнах у ХХ ст. Такий підхід є привабливим унаслідок його простоти. Однак у системі квотування є один істотний недолік — держава фактично усувається від вирішення проблеми працевлаштування інвалідів, перекладаючи всю її вагу на плечі роботодавців.

Спроба держави вирішувати складні соціальні питання за рахунок роботодавців, не роблячи власних додаткових зусиль, часто викликає з їх боку негативну реакцію. У результаті цього жертвами виявляються працевлаштовані в рахунок квоти інваліди, які піддаються на своїх робочих місцях різноманітним формам дискримінації, аж до відкритих знущань, докорів і приниження. Особливо показовою є ситуація в Україні, де підприємці, приймаючи інвалідів у рахунок квоти, виплачують їм заробітну плату в мінімальному розмірі та фактично не допускають їх до роботи. У подібних випадках не має місця ні професійна, ні соціальна, ні психологічна реабілітація.

Однак при всіх своїх недоліках система «квота-штраф» (таку назву вона одержала на Заході) застосовується в багатьох країнах

¹ Див.: Венедиктов В. С. Трудовое право Украины. — Х., 2004. — С. 261–262.

² Див.: СССР и международное сотрудничество в области прав человека. Документы и материалы. — М., 1989. — С. 285.

світу, в тому числі в таких економічно розвинутих, як Німеччина і Франція. Так, у Німеччині надходження від штрафів щорічно перевищують суму в 400 млн марок, а у Франції — 1,6 млрд франків. Ці кошти у першу чергу використовуються для залучення в процес виробництва важкохворих інвалідів. Зазначений досвід гідний того, щоб на нього звернули увагу й в Україні. Таким чином, кошти, внесені роботодавцями як штрафи, повертаються у сферу бізнесу для створення робочих місць, поліпшення умов праці інвалідів, а також використовуються як субсидії на заробітну плату. В цьому випадку держава виконує суто регулятивні функції, а кошти, що надійшли у вигляді штрафів, використовуються чітко за цільовим призначенням¹.

У ст. 19 Закону закріплено положення, відповідно до якого для підприємств (об'єднань), установ і організацій незалежно від форми власності і господарювання встановлюється норматив робочих місць для забезпечення працевлаштування інвалідів у розмірі чотирьох відсотків від загальної чисельності працюючих, а якщо працює від 15 до 25 чоловік — у кількості одного робочого місця, якщо інше не передбачено законом. Працевлаштування інвалідів здійснюється центральним органом виконавчої влади з питань праці та соціальної політики, органами місцевого самоврядування, громадськими організаціями інвалідів. Підприємства, які використовують працю інвалідів, зобов'язані створювати для них умови праці з урахуванням індивідуальних програм реабілітації і забезпечувати інші соціально-економічні гарантії, передбачені чинним законодавством.

Однак на цей момент більшість суб'єктів господарювання України мають у своєму штаті менше 15 чол. і відповідно до чинного законодавства не повинні створювати робочі місця працездатним інвалідам та не відраховують кошти Фонду соціального захисту інвалідів за відсутність таких робочих місць. Слід також зазначити, що існує багато суб'єктів підприємницької діяльності, на яких працює значна кількість працівників, хоча за документами налічується менше 15 чол. Є сенс в законодавчому порядку зобов'язати суб'єктів господарювання всіх форм власності, на яких працюють від 5 до 15 чол., створювати одне робоче місце для працездатного інваліда, який би зміг працювати половину тривалості робочого часу.

В разі відмови у прийнятті на роботу в рахунок броні інвалід має право звернутися до суду з позовом про визнання такої відмови не-

¹ Див.: Кузнецов. Д. Л. Квотирование как основная форма трудоустройства инвалидов в Российской Федерации // Журнал российского права. — 2001. — №11 — С. 75.

законною. Відповідно до ч. 2 ст. 232 КЗпП суди безпосередньо розглядають позови про укладення трудових договорів, коли у випадках, передбачених законодавством, роботодавець зобов'язаний приймати в порядку працевлаштування інвалідів, направлених на роботу в рахунок броні. При обгрунтованості позову суд своїм рішенням зобов'язує власника укласти трудовий договір з цією особою з дня її звернення до роботодавця з приводу прийняття на роботу. Якщо внаслідок відмови у прийнятті на роботу або несвоечасного укладення трудового договору працівник мав вимушений прогул, його оплата провадиться згідно з правилами ч. 2 ст. 235 КЗпП про оплату вимушеного прогулу незаконно звільненому працівникові (п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» № 9 від 6 листопада 1992 р.¹).

Закон також визначає, що підприємства незалежно від форми власності і господарювання, де кількість працюючих інвалідів менша, ніж встановлено нормативом, щороку сплачують відповідним відділенням Фонду України соціального захисту інвалідів штрафні санкції, сума яких визначається у розмірі середньої річної заробітної плати на відповідному підприємстві за кожне робоче місце, не зайняте інвалідом. Порушення строків сплати штрафних санкцій тягне за собою нарахування пені із суми недоїмки за кожний день прострочення, включаючи день сплати, в розмірі, передбаченому законом. Сплату штрафних санкцій підприємства провадять відповідно до закону за рахунок прибутку, який залишається в їх розпорядженні після сплати всіх податків і зборів (обов'язкових платежів).

Проте під час застосування названих законодавчих положень доволі часто виникають питання, зумовлені, по-перше, недостатнім законодавчим унормуванням правового механізму реалізації приписів, що містяться у ст.ст. 19 і 20 Закону, і, по-друге, певною неузгодженістю їх вимог з іншими актами законодавства, у тому числі законами України.

Закон покладає на підприємства обов'язок створювати для інвалідів певні умови праці і забезпечувати їм соціально-економічні гарантії, передбачені чинним законодавством. Що ж до працевлаштування інвалідів, то його віднесено до компетенції відповідних державних органів. Тим часом відповідальність підприємств у вигляді відрахувань до Фонду згідно із ст. 20 Закону не пов'язується з причинами, які зумовили недодержання цього нормативу, в тому

¹ Див.: Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних та цивільних справах. — К., 1995. — С. 373.

числі з невиконанням уповноваженими органами обов'язку направляти інвалідів для працевлаштування. За таких умов відрахування до Фонду фактично набувають характеру обов'язкового платежу. До того ж Закон не встановлює обов'язок підприємств сплачувати пеню у разі несвоєчасного здійснення відрахувань до Фонду. Згідно з п. 10 Порядку сплати підприємствами (об'єднаннями), установами і організаціями штрафних санкцій до відділень Фонду соціального захисту інвалідів, акумуляції, обліку та використання цих коштів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 1767 від 28 грудня 2001 р., порушення строків сплати штрафних санкцій тягне за собою нарахування пені із суми недоїмки за кожний день прострочення, включаючи день сплати, в розмірі, передбаченому законом¹. Однак відповідний закон відсутній, у зв'язку з чим Фонд соціального захисту інвалідів та його відділення позбавлені можливості її нараховувати та стягувати.

З огляду на наведене є сенс погодитися з Вищим господарським судом України² та внести доповнення до ст.ст. 19 і 20 Закону, передбачивши в них:

– законодавче вирішення питання про те, чи повинно підприємство, установа, організація здійснювати відрахування до Фонду за умови, коли інваліди не працюють на даному підприємстві у зв'язку з неналежним виконанням зазначеними у ст. 18 Закону уповноваженими на те державними органами свого обов'язку щодо працевлаштування інвалідів;

– порядок сплати і розмір пені за несвоєчасне відрахування коштів до Фонду.

Статті 19 і 20 Закону та проблеми, пов'язані із їх застосуванням, зазначені вище, неодноразово були предметом розгляду Вищого господарського суду України. Так, 15 травня 2003 р. він розглянув касаційну скаргу Одеського обласного відділення Фонду України соціального захисту інвалідів та касаційне подання заступника Білгород-Дністровського міжрайонного прокурора на постанову Одеського апеляційного господарського суду від 28 січня 2003 р. у справі господарського суду № 17-4-22/02-9124 Одеської області за позовом про стягнення з ЗАТ «Ф...» 5080,28 грн.³ Рішенням госпо-

¹ Див.: Офіційний вісник України. – 2001. – №52. – Ст. 2375.

² Див.: Бізнес: законодавство та практика. – 2002. – № 2.

³ Див.: Постанова Вищого господарського суду України «Деякі аспекти судового розгляду спорів за участю фонду соціального захисту інвалідів» від 15.05.2003 №17-4-22/02-9124 // Вісник господарського судочинства. – 2003. – № 3.

дарського суду Одеської області від 12 листопада 2002 р. в позові заступнику Білгород-Дністровського міжрайонного прокурора, заявленому в інтересах Одеського обласного відділення Фонду України соціального захисту інвалідів, було відмовлено. Таке рішення суд прийняв з посиланням на те, що правових підстав для стягнення з відповідача заявлених фінансових санкцій на користь відділення Фонду соціального захисту інвалідів України немає, а отже, відсутні підстави для задоволення позову. Одеський апеляційний господарський суд переглянув в апеляційному порядку рішення місцевого суду і залишив його без змін з тих самих підстав. Одеське обласне відділення Фонду соціального захисту інвалідів, не погоджуючись з постановою апеляційного суду, подало касаційну скаргу, в якій просило скасувати рішення та постанову, а позов задовольнити. На думку скаржника, судами при прийнятті спірних рішень неправильно застосовано норми матеріального права. Заступник прокурора Білгород-Дністровської міжрайонної прокуратури звернувся до Вищого господарського суду України з касаційним поданням, в якому просив скасувати рішення місцевого господарського суду та постанову апеляційного господарського суду, а позов задовольнити. Обґрунтовуючи свої вимоги, позивач послався на те, що у 2001 р. норматив робочих місць для працевлаштування інвалідів на ЗАТ «Ф...» становив 6 чоловік, проте фактично на підприємстві працювало 5 чоловік, у зв'язку з чим останньому було нараховано штрафні санкції у розмірі 5080,28 грн. за нестворення робочого місця. Приймаючи рішення про відмову в позові, господарський суд Одеської області та Одеський апеляційний господарський суд виходили з того, що відповідно до ст. 19 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів» місцеві ради разом з підприємствами щорічно визначають нормативи робочих місць, призначених для працевлаштування інвалідів, однак матеріалами справи не було доведено, що ЗАТ «Ф...» одержувало пропозиції місцевих органів соціального захисту інвалідів взяти участь у розробленні нормативів робочих місць, відсутні також докази того, що відповідач був повідомлений про затвердження місцевою радою зазначених нормативів. Позовні вимоги ґрунтувалися виключно на твердженні позивача. Згідно зі ст. 18 Закону працевлаштування інвалідів здійснюється органами Міністерства праці України, Міністерства соціального захисту населення України, місцевими радами, громадськими організаціями з урахуванням побажань інваліда, наявних у нього професійних навичок і

знань, а також рекомендацій медико-соціальної експертизи. Однак зазначені органи інваліди для працевлаштування до ЗАТ «Ф...» не направлялись і не було безпосереднього звернення інвалідів до підприємства з метою їх працевлаштування. Відповідно до ч. 3 ст. 23 Закону підприємства сплачують штрафні санкції за рахунок прибутку, який залишається в їх розпорядженні після сплати всіх податків і зборів (обов'язкових платежів). З огляду на зазначене та враховуючи, що господарським судом Одеської області та Одеським апеляційним господарським судом встановлено факт незалучення відповідача відповідними органами для визначення нормативу робочих місць для працевлаштування інвалідів, та факт недоведення відповідачу в установленому порядку цього нормативу, Вищий господарський суд України не мав підстав для задоволення касаційної скарги Одеського обласного відділення Фонду України соціального захисту інвалідів та касаційного подання заступника прокурора Білгород-Дністровської міжрайонної прокуратури.

Слід відзначити, що рівень броні, встановлений в Україні, значно нижчий, ніж у багатьох країнах Європи. Так, у Німеччині кожен роботодавець, у якого працюють більше десяти працівників, зобов'язаний надати шість відсотків робочих місць інвалідам. У Франції на підприємствах з такою ж кількістю працюючих три відсотки персоналу повинні складати інваліди праці і десять відсотків — інваліди війни¹.

Таким чином, на сьогодні в Україні система бронювання є домінуючою формою працевлаштування інвалідів. Однак, незважаючи на всі переваги, вона не дає можливості повністю вирішити весь комплекс проблем, пов'язаних із соціальною реабілітацією інвалідів. Незважаючи на всі успіхи в галузі створення сучасної, такої, що відповідає міжнародним стандартам, правової бази з питань працевлаштування інвалідів в Україні, забезпечення зайнятості цієї категорії осіб залишається однією з найбільш гострих проблем нашої дійсності. Отже, забезпечення працевлаштування інвалідів вимагає не тільки підтримки і розуміння з боку роботодавців, а й спеціальних заходів з боку компетентних органів державної влади.

Надійшла до редколегії 02.06.04

¹ Див.: Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. — М., 1999. — С. 224.

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Ю. Шемшученко, академік НАН
України і АПрН України

Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом

Глобалізація суспільного життя в останні десятиріччя загострила питання про гармонізацію різних правових систем. Стало зрозуміло, що держави багато втрачають, якщо діють розрізнено, не дотримуючись загальних правил, вироблених у процесі розвитку цивілізації.

Але гармонізація систем національного і європейського права не може здійснюватися механічно. По-перше, продовжує діяти принцип державного суверенітету кожної країни. По-друге, кожна країна має багато особливостей, які слід оберігати і не втрачати в ході інтеграційних процесів. По-третє, ще не вироблено універсальних організаційних механізмів гармонізації відповідних правових систем. Крім того, мають місце істотні недоліки в теоретичному розв'язанні відповідних проблем, що стримує їх практичне вирішення. На деяких із цих проблем ми й зупинимось.

Поняття європейського права

Навколо нього ведеться багато дискусій як у нашій країні, так і за кордоном. Обґрунтовується необхідність прийняття Конституції Європи, висуваються пропозиції щодо створення єдиної для Європи судової системи.

Зараз уже загальноновизнано, що європейське право подібне до міжнародного, але не тотожне йому. Головна відмінність полягає в тому, що міжнародне право не є юридично обов'язковим для держав. Наприклад, в Україні тільки ратифіковані Верховною Радою України міжнародні договори стають частиною національного законодавства. Що стосується права Європейського Союзу, то його директиви є обов'язковими для держав-членів, тобто мають пріоритет перед національним законодавством.

Але чи можна ставити знак рівності між правом Європейського Союзу і європейським правом? Частина фахівців на це питання відповідає позитивно. Але є й інша точка зору. У більш широкому плані під європейським правом розуміють право не тільки Європейського Союзу, а й інших міжнародних європейських організацій, зокрема Ради Європи. На мій погляд, ця позиція має суттєві переваги. У той же час можна говорити про право Європейського Союзу як складову частину європейського права. Останнє не є однорідним. Не всі акти, не всіх міжнародних європейських організацій є обов'язковими для держав-членів. Але всі акти мають щось те, що об'єднує їх у загальну систему. Це передусім спільні інтереси людей, які проживають на європейському континенті.

За характером джерел європейське право класифікують на первинне і вторинне. До першого належать, зокрема, засновницькі договори, що відіграють роль основних законів: Договір про Європейське економічне співтовариство (1957 р.), Договір про створення Європейського товариства з атомної енергії (1957 р.), Маастрихтський договір 1992 р., Амстердамський договір 1997 р., Ніццький договір 2002 р. та ін. Вторинне право — це акти, що приймаються органами міжнародних європейських організацій в порядку реалізації і конкретизації актів первинного права. Масив цих актів права істотно більший, ніж масив актів первинного права. До них, зокрема, належать конвенції, рішення, директиви, регламенти, рекомендації, рішення Європейського суду та ін. Їх кількість на сьогодні обчислюється сотнями тисяч. Європейський Союз ще в 1995 р. видав перелік і опис 800 найбільш важливих його актів, так звану «Білу книгу з підготовки асоційованих країн Центральної і Середньої Європи до вступу у внутрішній ринок Європейського Союзу». На жаль, це видання і донині не перекладено на українську мову.

Юридична термінологія

Початковим пунктом гармонізації законодавства України з європейським правом є уніфікація термінології, що використовується в цих двох правових системах. Без цього важко досягти взаєморозуміння у правовій сфері.

На жаль, сьогодні ми говоримо з Європою різними мовами. Візьмемо, наприклад, сферу екології. Практично всі міжнародні європейські організації після Стокгольмської конференції ООН з навколишнього середовища 1972 р. перейшли в регулюванні екологічних відносин на концепцію навколишнього середовища

(environmen). Це ж зробили і багато європейських держав, але не Україна. У нашому законодавстві в значенні навколишнього середовища вживаються терміни «природа», «природне навколишнє середовище», «довкілля» та деякі інші.

Те ж саме стосується і енергетики. У директивах Європейського Союзу вживається термін «транзит електроенергії». У наших нормативно-правових актах замість цього терміна вживається «транзит товарів», хоч це далеко не одне і те ж.

Отже, процес гармонізації законодавства слід починати з юридичної термінології. Для цього потрібні відповідні організаційні структури. Спроба розв'язання цього питання була зроблена в середині 1990-х років шляхом створення Термінологічної комісії при Президентові України.

Однак це питання, як і багато інших наших корисних починань, не було вирішене до кінця. Комісія виявилася неукомплектованою підготовленими кадрами, без чіткої програми діяльності. Тому результатом її роботи, який найбільше запам'ятався, стала пропозиція писати слово «Київ» англійською мовою як «Kyiv», а не «Kіeu». Європа, звісно, до цього не прислухалася.

У 1999 р. Термінологічну комісію, як таку, що не виправдала сподівань, було ліквідовано. Зараз цими питаннями безпосередньо ніхто не займається. Частково вони вирішуються в рамках загальної експертизи проектів законів та інших нормативно-правових актів.

Проблема юридичної термінології — це передусім наукова проблема. У зв'язку з цим, на нашу думку, доцільно створити в системі НАН України спеціальний Центр правової термінології, підключивши до його роботи фахівців-мовознавців і юристів. Потрібно також серйозну увагу приділити підготовці фахівців у галузі юридичної термінології.

До термінологічних проблем належить і уточнення поняття «гармонізація законодавства». У вітчизняній юридичній науці і практиці це поняття також часто називають «адаптацією», «імплементацією», «апроксимацією» і т. д. Таке змішання понять не може бути виправданим з точки зору наукових підходів.

На мій погляд, найбільш широким і виправданим є поняття гармонізації законодавства України з європейським правом. Гармонізація дозволяє в м'якій формі приводити різні правові системи до загальноприйнятих вимог. При цьому має гармонізуватися не тільки національне законодавство відносно європейського права, а й останнє — з національним законодавством, адже саме національне законодавство є джерелом розвитку європейського права.

Покажемо це на прикладі. Конституції України, Російської Федерації, Біларусі, Казахстану та деяких інших пострадянських держав закріпили право людини на безпечне (сприятливе) навколишнє середовище. Теоретична концепція цього права була вироблена спільними зусиллями вчених-екологів відповідних держав. «Старі» конституції більшості країн Європи не закріплюють такого права. Немає такого права і в Конвенції про захист прав людини і основних свобод.

Очевидно, настав час європейському законодавцю сприйняти норму національного законодавства, що встановлює права громадян на безпечне (сприятливе) навколишнє середовище, і закріпити її на загальноєвропейському рівні, тобто гармонізувати національну і європейську системи права. Це, в свою чергу, сприяло б закріпленню даного права і в конституціях тих держав, в яких воно ще не зафіксоване.

Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу

На відміну від гармонізації адаптація — це в основному процес «з одностороннім рухом». Йдеться про приведення національного законодавства у відповідність з вимогами законодавства Європейського Союзу. Інакше кажучи, кожен, хто вступає в цей Союз, має грати за його правилами.

Загальнополітичні передумови адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу визначені Угодою про партнерство і співпрацю між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р. У серпні 2000 р. було створено Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Державним органом, безпосередньо відповідальним за адаптацію, є Міністерство юстиції України.

У цей час відповідні роботи здійснюються на основі концепції Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, схваленої Верховною Радою України 21 жовтня 2002 р. Відповідно до цієї концепції адаптація в даній сфері — це поетапне прийняття і впровадження нормативно-правових актів України, розроблених з урахуванням законодавства Європейського Союзу.

Метою Загальнонаціональної програми є створення законодавчого поля для входження України в Європейський Союз. Ця програма формується на основі правової і євроінтегрованої політики

України загалом і спрямована на забезпечення раціонального використання наукового потенціалу, матеріальних і фінансових ресурсів для створення сучасної правової системи з метою вирішення комплексу поточних і перспективних завдань розвитку України як незалежної демократичної держави з ринковою економікою. Загальнодержавна програма має забезпечити системність, комплексність і узгодженість розвитку процесу адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Справа, проте, не в конкретній програмі. Процес адаптації законодавства — це не разовий акт, а перманентний процес. На нього впливають не тільки матеріальні, технічні та інші чинники, а й готовність суспільства до прийняття тих чи інших рішень. Пригадаємо, наприклад, скільки часу було потрібно для того, щоб привести наше кримінальне законодавство у відповідність з Конвенцією про захист прав людини і основних свобод з питання застосування смертної кари в Україні.

Особливо складною є проблема гармонізації європейського права з національними законодавствами, коли правові колізії стосуються конституцій відповідних держав. Адже конституції забезпечені додатковими гарантіями проти внесення в них частих змін і доповнень.

Конституція України, наприклад, закріпила інститут єдиного громадянства. А ось Європейська конвенція про громадянство, прийнята через рік після неї, передбачила випадки подвійного громадянства (для громадян різних країн при взятті шлюбу, їх дітей). У наявності колізія, що стосується правового статусу особи. Її треба усувати. Ми не можемо ратифікувати цю конвенцію в повному обсязі до внесення змін до Конституції. А це, як показав досвід з квітневим референдумом 2000 р., досить складний процес. Принаймні, з 1996 р., коли була прийнята чинна Конституція, в неї ще не вносилося жодних змін і доповнень.

За наявними оцінками, Україні необхідно адаптувати до права Європейського Союзу приблизно 3 тис. нормативних актів тільки економічного характеру. Для цього потрібне їх глибоке вивчення з урахуванням того, що законодавство Європейського Союзу — не застигле, а є динамічною системою. Потрібні також пропозиції для законодавця, спрямовані на стабілізацію національного законодавства, щоб уберегти його від частих змін у майбутньому.

На певні роздуми в цьому відношенні наводять результати виконаного в 2002 р. під егідою Інституту держави і права ім. В. М. Ко-

рецького НАН України тендерного проекту щодо адаптації енергетичного законодавства України до законодавства Європейського Союзу (замовник — Мінпаливенерго України). До виконання цього проекту були залучені співробітники інституту, а також юридичної фірми «ЮрЕнерго-Консалтинг», компанії «ТрансЕнергоКонсалтинг», Центру енергетичного і ядерного права.

Були вивчені сотні директив Європейського Союзу і акти українського енергетичного законодавства. Ми дійшли таких висновків.

По-перше, в більшості випадків немає істотних розходжень між нашим законодавством і законодавством Європейського Союзу.

По-друге, в багатьох випадках наше законодавство більш деталізоване і конкретизоване, ніж законодавство Європейського Союзу (наприклад, у частині штрафних санкцій за порушення поставки матеріальних цінностей в державний резерв).

По-третє, із загальної кількості приблизно 20 відсотків актів потребують узгодження з відповідними директивами Європейського Союзу.

І, нарешті, проблема полягає не стільки в такому узгодженні, скільки у внутрішній систематизації нашого законодавства про використання електричної і атомної енергії, вугілля, нафти і газу. Це можна здійснити шляхом розроблення і прийняття Енергетичного кодексу України.

Потребує уніфікації і система українського екологічного законодавства. Як можна гармонізувати його з європейським правом, якщо у нас зараз діють закони, які по-різному визначають право власності на природні ресурси? При цьому ці закони нерідко суперечать положенням Конституції України з цього питання. В зв'язку з цим назріла проблема розробки та прийняття Екологічного кодексу України.

Питання про гармонізацію національного права з європейським тісно пов'язане і ще з однією проблемою — порівняльного вивчення правового досвіду різних країн. Цей досвід надзвичайно багатий і завдання полягає в тому, щоб розумно ним скористатися. Передумовами для цього є історична, географічна, природна, культурологічна і економічна близькість відповідних країн.

Роль методу порівняльного правознавства істотно зросла. Зараз жоден певною мірою значний законопроект не приймається без урахування того, як це зроблено у сусідів. Причому в орбіту вивчен-

ня включаються не тільки самі закони. Предметом порівняльного аналізу виступають норми права, правові інститути, юридичні поняття і терміни, правові концепції.

Необхідно також розширювати застосування методу порівняльного правознавства.

Тут важливі нові комплексні наукові дослідження проблем гармонізації українського законодавства з європейським правом. Йдеться, по суті, про створення теорії такої гармонізації, як наукові основи вирішення практичних завдань.

Надійшла до редколегії 27.04.04

М. Швець, член-кореспондент АПрН України

Методи і засоби інформатики у вирішенні проблем гармонізації законодавства України з європейським правом

У статті Ю. Шемшученка сформульовано низку питань щодо гармонізації законодавства України з європейським правом.

Зупинимось на окремих із них.

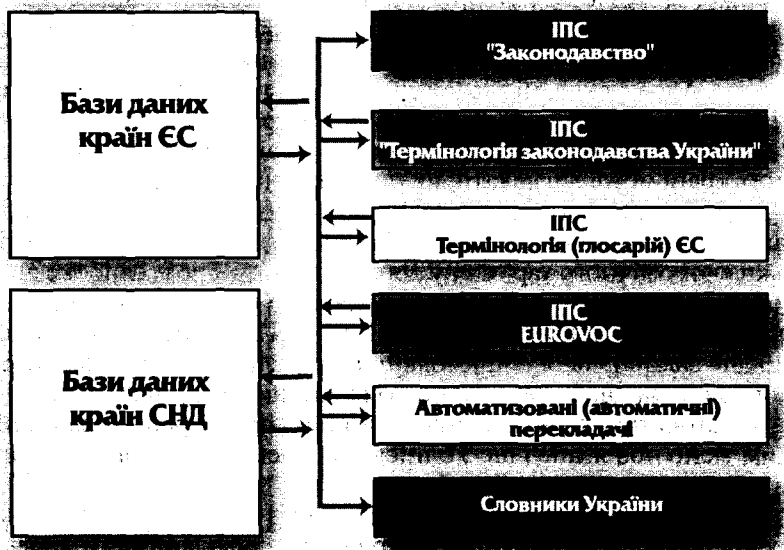
1. «Не вироблено універсальних організаційних механізмів гармонізації відповідних правових систем різних країн».

Чим можуть сприяти у вирішенні цієї проблеми методи і засоби інформатики?

На нашу думку, вироблення організаційних механізмів гармонізації правових систем пов'язано також зі створенням технології порівняння правових систем, що будується на основі використання сучасних методів і засобів опрацювання даних.

Створена за роки незалежності України комп'ютеризована інформаційно-аналітична система Верховної Ради України та її окремі підсистеми уже є основою автоматизованої системи порівняння законодавства України та інших країн. На блок-схемі (рисунок 1) показано складові такої системи. Створені і функціонуючі підсистеми позначено темним кольором.

2. «Початковим пунктом гармонізації законодавства України з європейським правом є уніфікація термінології, що використо-



вується в цих двох правових системах. Без цього важко досягти взаєморозуміння у правовій сфері».

Науково-дослідним центром правової інформатики Академії правових наук України разом з Управлінням комп'ютеризованих систем Верховної Ради України створено інформаційно-пошукову систему «Термінологія законодавства України», яка містить на даний час понад 19 тис. визначень термінів, що вживаються в чинних нормативно-правових актах України.

Терміни, що включені в закони України, схвалені шляхом голосування, тому і зміни до них можуть вноситись теж шляхом голосування в парламенті. Останнє підкреслює додаткову перешкоду гармонізації термінології нормативних актів України з термінологією законодавств Європейського Союзу.

На даний час є можливість внести до ІПС «Термінологія законодавства України» поряд з визначенням терміна в українському нормативному акті текст визначення терміна законодавств країн ЄС у разі, якщо тлумачення цих термінів відрізняється.

В Україні здійснено адаптацію багатомовного тезауруса ЄС «EUROVOC», використання якого дозволяє проводити пошук текстів відповідних термінів і текстів в іншомовних базах даних нормативно-правових актів країн Європейського Союзу.

Отже, залишається створити автоматизовані, а краще — автоматичні перекладачі з іноземних мов, розробити програмне забезпечення смислового порівняння текстів, працювати зі змістом слів речення. Але це складні завдання, тому те, що на даний час не автоматизовано, залишається виконувати в традиційній технології.

Схематично технологічний процес порівняння законодавств різних країн може виглядати, як показано на рисунку.

3. «За наявними оцінками, Україні необхідно адаптувати до права Європейського Союзу приблизно 3 тис. нормативних актів тільки економічного характеру. Для цього потрібне їх глибоке вивчення з урахуванням того, що законодавство Європейського Союзу — не застигле, а є динамічною системою. Потрібні також пропозиції для законодавця, спрямовані на стабілізацію національного законодавства, щоб уберегти його від частих змін у майбутньому».

Питання про гармонізацію національного права з європейським тісно пов'язане і ще з однією проблемою — порівняльного вивчення правового досвіду різних країн».

Бази даних законів і підзаконних актів держав-сусідів мають бути доступні для структур, що зобов'язані відслідковувати, вивчати, порівнювати і гармонізувати законодавчі системи на міждержавному рівні.

Все це потребує організаційного вирішення і матеріально-технічного забезпечення, маючи на увазі і те, що створювана система мусить бути постійно функціонуючою.

Надійшла до редколегії 27.04.04

І. Яковюк, доцент НЮА України

Державний суверенітет національних держав у складі Європейського Союзу: проблеми визначення

Проблематика державного суверенітету справедливо може бути віднесена до найцікавіших об'єктів дослідження як загальної теорії держави і права, так і наук конституційного та міжнародного права. У різні часи розглядом питань, пов'язаних з державним суверенітетом, займалися такі відомі зарубіжні і вітчизняні право-

знавці, як Ж. Боден, Г. Єллінек, М. Палієнко, І. Левін, Б. Манеліс, М. Марченко, Ю. Тодика, В. Шаповал та ін. І хоча дослідженню державного суверенітету присвячено десятки фундаментальних наукових праць¹, він і досі сприймається широким загалом як явище достатньо просте. Але за уявною простотою криються серйозні проблеми, найбільш дискусійними з яких завжди вважалися такі: ознакою держави чи державної влади є державний суверенітет; встановлення співвідношення між державним суверенітетом і суверенними правами; визначення впливу міжнародного права на процес реалізації державного суверенітету. Наприкінці ХХ ст.² особливої теоретичної і практичної значущості набула проблема визначення меж державного суверенітету, що, з одного боку, зумовлено практикою застосування різного роду санкцій міжнародними організаціями або окремими країнами до суверенних держав³, а з іншого – європейськими інтеграційними процесами⁴. Права

¹ Див.: *Еллінек Г.* Общее учение о государстве. – СПб., 1908; *Палиєнко Н. І.* Суверенитет. – М., 1903; *Левин И. Д.* Суверенитет. – М., 1948; *Манеліс Б. Л.* Проблема суверенитета и ее значение в современных условиях. – Ташкент, 1964; *Марченко М.* Государственный суверенитет: проблемы определения понятия и содержания // Правоведение. – 2003. Р. А. – № 1; *Тодика Ю. Н.* Основы конституционного строя Украины. – Х., 1999; *Шаповал В. М.* Поняття держави і суверенітету в конституційному праві // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 1 та ін.

² Насправді проблема визначення меж державного суверенітету завжди була актуальною. В означений період відбувається лише загострення дискусій з цього приводу.

³ Чи не вперше про можливість обмеження державного суверенітету було заявлено Нюрнберзьким трибуналом. Пізніше до такого обмеження неодноразово вдавалися як СРСР і його партнери по Варшавському договору, так і США та їх союзники по НАТО. Відсутність чітких і однозначних правових підстав для силового втручання у внутрішні справи країни створює ситуацію, коли будь-яка держава чи група держав на свій розсуд визначає моральну виправданість порушення державного суверенітету країни.

⁴ Якщо донедавна під «євроінтеграцією» розумілися процеси в рамках Європейського Союзу (ЄС) та Ради Європи, то з моменту підписання президентами Білорусі, Казахстану, Росії та України Договору про єдиний економічний простір (підписання попередніх договорів між державами СНД було скоріше декларуванням намірів щодо інтеграції, ніж реальним прагненням досягти проголошеної мети) і його ратифікації виникли підстави для обговорення можливості формування другого центру інтеграції в Європі. В цій статті термін «європейська інтеграція» умовно використовується для позначення процесу розвитку виключно ЄС.

природа цих явищ різна¹, однак наслідки однакові – обмеження державного суверенітету. Поширеність цих процесів на межі III тисячоліття² засвідчує актуальність досліджень, пов'язаних з державним суверенітетом. Метою даної статті є аналіз проблем визначення державного суверенітету, які породжені сучасним етапом європейської інтеграції.

Офіційна історія європейської інтеграції налічує трохи більше 50 років³. Однак насправді цей процес має набагато давнішу історію і сягає своїм корінням часів середньовіччя⁴. За майже сім століть, які пройшли від висловлення П'єром Дю Буа перших об'єднавчих ініціатив у трактаті «Про повернення Святої землі» (1305–1307) і до підписання Договору про заснування ЄОВС та Римських угод про створення європейських співтовариств (1957), було запропоновано низку, здавалось би, примарних інтеграційних ініціатив⁵, які, однак, послідовно були реалізовані протягом другої половини ХХ ст.

Як наслідок європейська інтеграція сьогодні є динамічним багатоаспектним явищем, а ЄС як її продукт – складною за структурою і поведінкою системою, яка давно є чимось більшим, ніж сумою її складових елементів. На думку М. Стрежньової⁶, усередині такої системи можуть складатися різні комбінації варіантів взаємовідносин між елементами, що її утворюють. Стосовно ЄС це вигля-

¹ Так, якщо при застосуванні санкцій акцент робиться на примусовому обмеженні суверенітету, то в процесі інтеграції – на самообмеженні.

² Про поширеність цих процесів свідчить, з одного боку, зростання останнім часом випадків втручання ООН, НАТО та деяких держав у внутрішні справи суверенних країн, а з іншого – поширення інтеграційних процесів на 25 європейських країн із населенням близько 450 млн чол.

³ За точку відліку прийнято брати Декларацію Р. Шумана (1950) і Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС) (1951).

⁴ Див.: Арах М. Європейський союз: видення політичного об'єднання / Пер. со словен. – М., 1998; Заглядыва в ХХІ век: Европейский Союз и Содружество Независимых Государств / Ред. кол., Ю. А. Борко (отв. ред.). – М., 1998; Яковюк І. В. Історичні передумови і основні етапи європейської інтеграції // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4 (35).

⁵ Серед них слід назвати ідеї щодо утворення європейського парламенту; прийняття рішень кваліфікованою більшістю голосів; обов'язковість рішень союзних структур для держав-членів; створення власного бюджету союзу; утворення митного союзу; запровадження єдиної грошової одиниці; створення політичного союзу тощо.

⁶ Див.: Стрежнева М. В. ЕС и СНГ: сравнительный анализ институтов. Научные доклады. – М., 1999. – С. 39–40.

дає так: а) усі елементи системи (держави-члени ЄС) рівною мірою пов'язані між собою в ім'я досягнення спільної мети (це правило є основою при укладанні установчих договорів ЄС); б) окремі елементи системи можуть об'єднуватися на основі чітких правил в очікуванні певних переваг, які кожна з них може одержати в результаті взаємодії¹; в) потужне джерело впливу (наприклад, франко-німецький союз² або об'єднання ФРН, Франції, Великої Британії, Італії та Іспанії³) домінує над більш слабкими елементами системи (інші члени ЄС).

Іншою важливою характеристикою євроінтеграції слід визнати наявність стійкої тенденції, з одного боку, щодо послідовного самообмеження держав-членів ЄС у обсязі здійснюваних суверенних прав⁴, а з іншого — набуттям ЄС дедалі більше ознак наддер-

¹ Можливість такого об'єднання вперше передбачено Амстердамським договором, який запровадив практику поглибленої співпраці. Відповідно до Ніщцького договору поглиблене співробітництво можуть започаткувати вісім і більше держав, після чого рішення приймається кваліфікованою більшістю Ради Європи. Сьогодні таке співробітництво поширено на сферу другої опори і взагалі можливе утворення різних конфігурацій поглибленого співробітництва (наприклад, у зовнішньополітичній або економічній сфері, сфері взаємодії правоохоронних органів).

² Справжнім локомотивом європейської інтеграції на всіх етапах її розвитку виступав саме франко-німецький союз при провідній ролі Франції в ньому.

³ Така конфігурація впливає із Ніщцького договору, який збільшив частку п'яти найбільших держав ЄС (ФРН, Франції, Великої Британії, Італії та Іспанії) при голосуванні у Раді з 55,2 до 61,4%, а також запровадив процедуру подвійної більшості при голосуванні. Існує думка, що ці кроки обумовлені прагненням означених держав зберегти контроль над прийняттям рішення у ЄС після його розширення.

⁴ Так, деякі держави на конституційному рівні закріплюють можливість передачі суверенних прав ЄС: ст. 24 Основного закону ФРН передбачає можливість передачі законодавчим шляхом Федерацією своїх суверенних прав міждержавним установам (ч. 1), а ч. 2 тієї ж статті зазначає, що ФРН готова погодитися на такі обмеження суверенних прав, які забезпечуть мир і сталий порядок в Європі; Франція відповідно до ст. 88—1 Конституції бере участь в ЄС і Європейських Співтовариствах з метою спільної реалізації деяких своїх повноважень, а згідно зі ст. 88-2 вона погоджується на передачу окремих повноважень інститутам Європейського економічного і валютного союзу; передачу Європейським Співтовариствам права приймати рішення допускає і Конституція Швеції (§ 5 глави 10), а ст. 92 Конституції Нідерландів говорить про передачу міжнародній організації законодавчих, виконавчих і судових функцій згідно з міжнародним договором. Разом з тим конституції інших держав (наприклад, Бельгії, Португалії, Фінляндії), регламентуючи певним чином відносини з ЄС, уникають закріплення такого делегування суверенних прав. (див.: Конституції государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 1999).

жавного утворення. Розмивання змісту державного суверенітету, що відбувається при цьому, закономірно породжує такі питання: наскільки суверенними залишаються сьогодні національні держави, що утворюють ЄС; яка правова природа ЄС; чи має (матиме в подальшому) ЄС суверенітет; чи втратять держави-члени свій суверенітет у разі трансформації ЄС у наддержавне утворення та ін. На сьогодні на переважну більшість з цих питань немає однозначної відповіді, хоча європейців (і не лише їх) завжди цікавило питання: що є кінцевою метою інтеграції? Однак спроби конкретизувати цілі ЄС¹ поки що були невдалими. Як наслідок установчі договори зазвичай формулюють таку мету досить абстрактно², що не дозволяє однозначно відповісти на питання про правову природу ЄС.

Ця ситуація має своє пояснення. Ідея утворення федерації як кінцевий результат європейської інтеграції була сформульована ще її розробниками³. З того часу вона набула численних лобістів, передусім в інститутах ЄС — Європарламенті⁴, Єврокомісії та Суді

¹ Наприклад, у так званому остаточному проекті Маастрихтського договору (ст. 1) зазначалося: «Чинний Договір знаменує новий етап у процесі, який веде поступово до Союзу з федеративною метою» (див.: *Europa Documents*. № 1750/1751. — Р. 1.). Однак цей варіант статті не увійшов до тексту підписаного Договору. В спільній франко-німецькій декларації щодо головних європейських пріоритетів (Нант, 23.11.2001 р.), зазначалося, що кінцевою метою реформ ЄС має стати утвердження демократичної федерації, утвореної з національних держав (п. 5 декларації), але з проекту Конституції для Європи на вимогу Великої Британії будь-які посилання на федерацію були виключені.

² Так, в ст. 2 Договору про Європейське Співтовариство йдеться про економічну і соціальну згуртованість і солідарність держав-членів, у ст. 1 Договору про ЄС — про «створення, як ніколи раніше, згуртованого союзу народів Європи», а в ст. 1 Єдиного Європейського Акта — про реальне просування до європейської єдності. Використання таких оціночних понять, як «ніколи раніше, згуртований союз» або «європейська єдність», породжує більше питань, ніж дає відповідей. Додаткові питання виникають і через перенесення акцентів зі співпраці між державами-членами (ст. 2 Договору про Європейське Співтовариство і попередні договори) на створення союзу народів, у якому приймаються рішення, спрямовані на найбільш повне задоволення потреб громадян, а також на організацію відносин між державами-членами і між їх народами (ст. 1 Договору про Європейський Союз).

³ Р. Шуман і Ж. Монне вважали, що створення спільної основи економічного розвитку стане першим кроком до Європейської федерації (див.: *Сиджански Д. Федералистское будущее Европы: От Европейского сообщества до Европейского Союза*. — М., 1998. — С. 212).

⁴ 14 лютого 1984 р. Європарламент за ініціативою А. Спінелли схвалив проект Договору про ЄС, який містив конструкцію, що забезпечувала перетворення ЄС на федеративне співтовариство. Однак у подальшому цей проект не був підтриманий.

Співтовариств¹, а також серед урядів окремих держав-членів², хоча одночасно і впливових опонентів³. Неприйнятність для останніх ідей федералізації ЄС у будь-якому вигляді⁴ і за умов необхідності досягнення консенсусу під час підписання установчих договорів, які тільки і можуть закріпити таку мету і правовий статус ЄС, змушувала розробників цих договорів кожен раз обмежуватися закріпленням у них проміжних цілей⁵. Однак реалізація мети кожного попереднього договору ставала прологом для постановки і вико-

¹ Завдяки правотворчості Суду Європейських Співтовариств відбулося утвердження Європейського права як самостійної правової системи, що функціонує поряд з національними системами права і системою загального міжнародного права, а також впровадження принципів верховенства права Співтовариств щодо права країн-членів; його прямої дії; інтегрованості норм права Співтовариств у національні системи права; юрисдикційного захисту права Співтовариств, який здійснюють судові установи Співтовариств і країн-членів, тощо.

² Слід зазначити, що позиція окремих країн щодо бачення напрямків інтеграції і ролі ЄС може зазнавати суттєвих змін. Передусім це стосується Франції, яка у 1950 р. ініціювала процес інтеграції, а у 1954 р. відхилила Договір про створення Європейського оборонного співтовариства, чим зірвала прийняття Договору про створення Європейського політичного співтовариства. До 1980 р. вона відстоювала концепцію Європи національних держав. В 60-ті роки, скориставшись слабкістю політичної волі ФРН і відсутністю у Спільному ринку Великої Британії, вступ якої було заблоковано вето Франції, останній вдалося створити в ЄС структуру, яка відображала її бачення європейського майбутнього (див.: *Зидентон Л.* Демократія в Європі. – М., 2004. – С. 168–170). Однак після об'єднання Німеччини її позиція була переорієнтована на розбудову Європи на федеративних засадах і централізацію влади в ЄС, що дістало відображення у Маастрихтському і наступних договорах.

³ На сьогодні опонентами федералізації ЄС виступають Велика Британія та Польща. Є противники федералізації і в інститутах та органах ЄС.

⁴ Про європейські концепції федералізму див.: *Фадеева Т. М.* Європейський Союз: федералістські концепції європейського строительства. – М., 1996; *П ж.* Європейський федералізм: сучасні тенденції: Научно-аналітичний обзор. – М., 2000.

⁵ Так, якщо ст. 2 Договору про заснування ЄОВС обмежувалася постановкою завдання щодо заснування Спільного ринку, то ст. 2 Договору про заснування Європейського Співтовариства як мету визначала створення Спільного ринку, економічного і валютного союзу, проведення спільної політики у певних сферах, а ст. 2 Договору про ЄС передбачала як вище заявлені цілі, так і утвердження самобутності ЄС шляхом здійснення спільної зовнішньої політики і політики безпеки, включаючи поступальне формування спільної оборонної політики, посилення захисту прав громадян держав-членів за допомогою введення громадянства ЄС.

нання ще більш амбіційних завдань. Така ситуація надала прем'єр-міністру Бельгії Гі Верхофстадт підстав так охарактеризувати парадоксальність розвитку євроінтеграції: «Європейський Союз як велосипед — якщо він не рухається вперед — то падає»¹. Внаслідок цього на кожному новому етапі розвитку ЄС все менше нагадує класичну міждержавну організацію, і навпаки, все більше набуває ознак наддержавної організації.

Цей висновок не означає, що ЄС знаходиться на межі перетворення на федеративну державу. Про передчасність реалізації таких намірів свідчить передусім небажання значної частини європейської політичної еліти офіційно визнати побудову федеративного ЄС як кінцеву мету інтеграції. Певною поступкою в цьому плані виглядає визнання факту поступального просування ЄС у вказаному напрямку. Так, оцінюючи форму устрою ЄС, Венеціанська Комісія Ради Європи у 1994 р. заявила, що ЄС «залишається міжнародною організацією наднаціонального характеру, яка, проте, містить в собі певну кількість елементів конфедерації чи федерації»², а Конституційний Суд ФРН при тлумаченні Маастріхтської угоди охарактеризував ЄС як потенційну федерацію³. Домінування таких позицій в урядових колах держав-членів пояснює, чому в процесі розробки проекту Конституції для Європи (далі — проект Конституції) учасники Конвенції за майбутнє Європи⁴ відхилили саме ті ідеї (загальні вибори Президента ЄС, формування двопалатного парламенту), які б сприяли остаточному наближенню ЄС до федерації.

Разом з тим розробникам проекту Конституції вдалося-таки досягти певних зрушень, свідченням чого є положення проекту, що передбачають: надання ЄС власної міжнародної правосуб'єктності; закінчення практики шестимісячної ротації президентства, обрання на два з половиною роки кваліфікованою більшістю Ради Європи Президента ЄС, який готуватиме саміти ЄС і представлятиме його на міжнародній арені; запровадження посади міністра закор-

¹ Див.: *Кавешников Н. Ю.* Институциональная реформа ЕС и Ниццкий Договор: ответы или вопросы?: Доклады Института Европы № 87. — М., 2002. — С. 8.

² *Le Monde*, 11.07.2003.

³ Див.: *Руденко Н.* Проблеми державного суверенітету країн-членів ЄС у світлі інтеграційних процесів // Інституційні реформи в ЄС: Аналітичний щоквартальник. — К., 2003. — № 4. — С. 23.

⁴ Цей тимчасовий представницький орган було утворено згідно з Декларацією «Майбутнє Європейського Союзу», яку було прийнято на саміті в Лакені (Бельгія) у 2001 р.

донних справ, який обиратиметься кваліфікованою більшістю Ради, є віце-президентом Комісії і провадить зовнішню політику і політику безпеки; обрання голови Єврокомісії простою більшістю Європарламенту за поданням Ради Європи (відповідно його політична позиція має збігатися з поглядами партій, які отримали більшість у Європарламенті); «ущільнення» Комісії: кожна держава матиме свого представника в Комісії, але не всі з них матимуть право голосу (з 2009 р. її склад скоротиться до 15 членів, включаючи Президента і віце-президента, і різні країни представлятимуться на засадах «рівноправної ротації» під час оновлення складу Комісії); розширення повноважень Європарламенту: практика спільного з Радою ухвалення рішень буде поширена на сферу юстиції та внутрішніх справ, крім того, йому належатиме право остаточного рішення щодо всіх витрат ЄС; розширення і спрощення процедури голосування кваліфікованою більшістю голосів: така процедура додатково буде поширена на питання імміграції і надання притулку, крім того, Рада має право одностайно прийняти рішення щодо поширення такої процедури на інші галузі; запровадження процедури «громадянської ініціативи» — можливості звернення до Комісії принаймні одного мільйона громадян ЄС із законодавчою пропозицією. Одночасно рішення у сфері зовнішньої політики, за деякими винятками, прийматимуться одностайно. За державами-членами також зберігається право вето у податковій сфері¹.

Однак деякі з цих новацій зустріли опір. Так, 1 вересня 2003 р. в Празі 15 малих країн Європи (крім країн Бенілюксу, Мальти і Кіпру) та Польща заявили про намір відстоювати право кожної країни мати свого комісара та зберегти практику ротації президента Ради. Польща та Іспанія також виступили за збереження формули, зафіксованої в Ніщській угоді щодо порядку визначення кваліфікованої більшості голосів при голосуванні у Раді. Наслідком цих процесів став провал Брюссельського саміту 12–13 грудня 2003 р., на якому передбачалося підписати проект Конституції. Однак схвалення Конституції — це справа часу. Соціологічні опитування свідчать, що у січні 2004 р. переважна більшість громадян країн ЄС (близько 77% проти 67% восени 2003 р.) погоджувалися із необхідністю ухвалення Конституції і в середньому 62% громадян вважали, що їх країна повинна піти на поступки заради її підписан-

¹ Див.: *Projet de Traite instituant une Constitution pour l'Europe*. — CONV 820/03, 797/1/03REV 1.

ня. Водночас більшість респондентів підтримують концепцію «багатошвидкісної Європи», а близько 59% бажають, аби найбільш зацікавлені країни реалізовували можливості просунутої співпраці¹. Зважаючи на таку позицію виборців, а також позицію ФРН², уряди Іспанії та Польщі вже заявили про можливість і необхідність досягнення компромісу з усіх проблемних питань.

Розробка проекту Конституції змусила політиків і науковців знову повернутися до питань, пов'язаних із визначенням правового статусу ЄС та державного суверенітету держав-членів. Як відомо, попри наявність зовнішніх ознак федеративного устрою спорудженої структури, сам термін «федеративний» і похідні від нього у відповідних статтях проекту Конституції не згадуються. Це дало деяким авторам підстави для висновку про те, що за сучасними науковими уявленнями і відповідно до проекту Конституції ЄС має кваліфікуватися як високоінтегрована конфедерація держав³. Однак з категоричністю такого висновку важко погодитися, оскільки сучасна юридична наука якраз і не дає однозначної характеристики ні конфедерації, ні ЄС⁴.

Аналіз проекту Конституції засвідчує, що ЄС, як і раніше, будуть властиві окремі риси міжнародної організації, але одночасно він матиме і ознаки, притаманні конфедерації та федерації. Так, до конфедерації ЄС наближує те, що держави-члени зберігають свій суверенітет і не втрачають право виходу із нього будь-коли⁵; ЄС утворюється на основі договору і має міжнародно-правовий харак-

¹ Див.: Євробюлетень. — 2004. — Січ. — С. 2

² ФРН, яка формує основну частину бюджету ЄС, натякнула на можливість заморозити бюджет ЄС в 2007–2013 рр. на рівні 1% ВВП країн ЄС у разі непоступливості у питаннях прийняття Конституції з боку Іспанії, яка є найбільшим отримувачем субсидій, і Польщі, яка є країною, що потребує найбільше дотацій.

³ Див.: *Мартиненко П.* Проект Конституції для Європи: реформаторський потенціал // Інституційні реформи в ЄС: Аналітичний щоквартальник. — К., 2003. — С. 5, 8; *Ушаков Н. А.* Государство в системе международно-правового регулирования. — М., 1997. — С. 52–53.

⁴ Див.: *Поляков А.* Общая теория права: Феноменологическо-коммуникативный подход. Курс лекций. — СПб., 2003. — С. 546–547; *Проблемы теории государства и права / Под ред. М. Марченко.* — М., 2002. — С. 208–212; *Загальна теорія держави і права / М. Цвік, В. Ткаченко, Л. Богачева та ін.* — Х., 2002. — С. 94. та ін.

⁵ З цього приводу слід зазначити, що і радянські республіки як суб'єкти федерації також характеризувалися як суверенні утворення, що зберігали право виходу із складу СРСР. Деякі з них навіть були членами ООН.

тер¹; члени ЄС зберігають за собою такі ознаки держави, як наявність власних збройних сил і податків. Разом з тим інші важливі риси конфедерації не властиві. Так, держави-члени не володіють правом нуліфікації будь-якого рішення ЄС на своїй території². Але головне те, що держави-члени ЄС не можуть бути визнані суверенними в традиційному розумінні цього терміна, що є обов'язковим для конфедерації³. Останнє твердження потребує пояснення.

На думку М. Марченко, до якої ми приєднуємося, в понятті державного суверенітету слід виділяти два аспекти — формально-юридичний (це своєрідна політико-правова форма державного суверенітету) і фактичний (його матеріальний зміст)⁴. У процесі розвитку держави його юридична (політико-правова) форма залишається незмінною, тоді як його фактична сторона (матеріальний зміст) може зазнавати істотних змін, коливаючись від наповнення державної влади і разом з тим державного суверенітету реальним політико-правовим і матеріальним змістом (нормальний стан державного суверенітету) і до їх вихолощування, зведення державної влади і державного суверенітету лише до їх політико-правової форми і формально-юридичного змісту⁵. Аналіз сучасного стану державного суверенітету держав-членів ЄС дозволяє зробити такий висновок: при збереженні формально-юридичного аспекту державного суверенітету одночасно відбувається поступове обмеження

¹ Європейські Співтовариства і навіть ЄС дійсно засновувалися на основі договорів, але майбутнє існування ЄС пов'язується з Конституцією, яка за формою нагадує міжнародний договір, а за змістом — конституцію. Але й без прийняття Конституції є достатньо підстав визнати, що ЄС вже далеко вийшов за межі класичного міжнародно-правового союзу.

² Проект лише надає національним урядам можливість моніторингу діяльності уряду ЄС, і у разі, якщо третина національних парламентів дійде висновку, що ЄС перевищує свої повноваження, відповідні його рішення будуть переглянуті. Крім того, деякі конституційні (верховні) суди держав-членів у своїх рішеннях дали зрозуміти, що вони згодні визнавати примат права ЄС над нормами національного права, якщо право ЄС приймалося в межах компетенції ЄС. Разом з тим у питаннях співвідношення компетенцій ЄС і держав-членів вони зберігають за собою право дослідити питання здійснення ЄС його повноважень, аби переконатися, що ЄС не вийшов за межі наданих йому установчими договорами повноважень (див.: *Капустин А. Я.* Європейський Союз: інтеграція і право. — М., 2000. — С. 383–402).

³ Див.: Проблеми теорії государства і права. — С. 210.

⁴ Див.: *Марченко М.* Вказ. праця. — С. 187.

⁵ Див.: Там само. — С. 196.

матеріальних можливостей його прояву, що виражається в делегуванні державами суверенних прав ЄС.

Очевидно, що в проекті Конституції є багато рис, які роблять устрій ЄС схожим на федеративний. Так, ЄС має централізовану владу, організація якої дедалі більше відповідає принципу поділу влади; існування дворівневої системи законодавства: на території ЄС діє право ЄС, яке обмежує повноваження інститутів і органів Союзу, і разом з тим має пріоритет над правом держав-членів; наявність подвійного громадянства держав-членів і ЄС, що правда воно має субсидіарний характер; суб'єктом міжнародно-правових відносин виступають як держави-члени, так і ЄС; ЄС має власну валюту і в дуже обмеженому обсязі податки; нарешті, існування властивої для федерації практики поділу компетенції на виключну і спільну. Однак цього також недостатньо, аби визнати ЄС федеративним утворенням, оскільки він все ж не має власних повноважень, а діятиме лише в межах повноважень, наданих йому державами-членами з метою вирішення поставлених перед ним Конституцією завдань.

З огляду на зазначене, слід визнати, що на сьогодні немає об'єктивних підстав для будь-яких однобічних категоричних висновків щодо визначення форми устрою ЄС. Більше того, немає особливого сенсу і у протиставленні конфедерації і федерації як напрямків розвитку ЄС, оскільки в основу їх організації і функціонування покладено такі спільні принципи, як принцип поєднання волі суб'єктів федерації і конфедерації з волею утворюваного ними цілого і принцип автономії суб'єктів федерації і конфедерації, що робить доцільним скоріше обговорення їх схожості, ніж розрізнення¹. Невипадково деякі західні дослідники, враховуючи історичний досвід, оцінюють конфедерацію як наднаціональну організацію, що «має федеральний кінець»².

Досягнення компромісу щодо встановлення інституційної рівноваги між міждержавними та наднаціональними чинниками дозволило розробникам проекту Конституції зосередити увагу на вдосконаленні механізму розмежування повноважень між ЄС і державами-членами відповідно до принципів субсидіарності (у сферах, що не становлять його виключну компетенцію, ЄС діятиме тоді, коли заходи щодо реалізації певних цілей не можуть бути до-

¹ Різниця полягає лише в тому, що у федерації акцент робиться на принципі поєднання волі, тоді як у конфедерації — на принципі автономії (див.: Проблеми теорії государства и права. — С. 210 — 211).

² Див.: Проблеми теорії государства и права. — С. 211.

сягнуті належним чином на рівні держав, і навпаки, краще можуть бути досягнуті на рівні ЄС) і пропорційності (зміст і форма дій ЄС не можуть виходити за межі необхідного для досягнення цілей, передбачених у Конституції).

Аналіз проекту Конституції дозволяє визначити такі види компетенції в ЄС: а) виключну компетенцію: політика конкуренції, монетарна політика, митний союз, спільна торговельна політика, здійснення єдиної європейської системи надання політичного притулку, контроль за спільними кордонами, збереження біологічних ресурсів моря; б) спільну компетенцію ЄС і держав-членів становлять повноваження в переважній більшості галузей, наприклад, внутрішній ринок, сільське господарство і рибальство, за винятком збереження біологічних ресурсів моря, транспорт, енергетика, соціальна політика, захист споживачів та деякі інші; в) допоміжну компетенцію (охорона здоров'я, освіта, культура, спорт) та г) негативну компетенцію, тобто дії, котрі заборонені як для країн-членів, так і для ЄС, — вона пов'язана із гарантуванням прав і свобод людини і громадянина.

Запроваджуваний поділ компетенції є переконливим доказом того, що на сучасному етапі розвитку національні уряди більше не в змозі в рамках класичного уявлення про державний суверенітет самостійно ефективно забезпечувати інтереси держави і суспільства, а тому вимушені передавати право здійснення низки суверенних прав ЄС, що, як вже зазначалося, означає обмеження фактичного, матеріального змісту державного суверенітету.

В умовах трансформації уявлень про державний суверенітет науковці вимушені шукати нові підходи до його розуміння¹. А поки

¹ Так, в статті вже наводилась думка М. Марченко щодо виділення в державному суверенітеті формально-юридичної і фактичної (матеріальної) сторін. Оригінальним є підхід до державного суверенітету датських політологів Х.-Х. Хольма і Г. Соренсена, які пропонують розглядати його у трьох аспектах: негативний (юридичний аспект, який передбачає формальне визнання держави з боку інших держав у рамках міжнародного права і можливість певною мірою дійсно панувати на своїй території), позитивний (здатність держави повністю розпоряджатися собою і забезпечувати своїм громадянам необхідний для існування достаток) та операційний (передбачає обмеження суверенітету за допомогою укладання міжнародних договорів в обмін на участь у прийнятті рішень іншими державами). Якщо негативний суверенітет є абсолютною умовою для держави, то позитивний і операційний суверенітети — це мінливі, еволюціонуючі характеристики (див.: *Горбачев М. С.* и др. *Грани глобализации: Трудные вопросы современного развития.* — М., 2003. — С. 236—237).

такий пошук триває, в ЄС фактично реалізується концепція «спільного» суверенітету, згідно з якою формальний суверенітет розподіляється між інститутами ЄС та урядами держав-членів, але значною мірою він є спільним для них. Ця концепція цілком відповідає конституційним принципам лояльного співробітництва, субсидіарності і пропорційності, які характеризують сьогодні відносини між ЄС і державами-членами.

У підсумку слід підкреслити, що в теорії і практиці державного суверенітету залишається чимало відкритих і дискусійних питань, що потребують свого нагального вирішення. Для вітчизняної юридичної науки це передусім питання про межі державного суверенітету, яке має не тільки наукове, а й важливе політичне значення, особливо з огляду на інтеграційні наміри України.

Надійшла до редколегії 10.06.04

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Об'єкт міжнародного приватного права

Останнім часом у теоретичній сфері міжнародного приватного права (далі — МПП) України активізувалась робота у напрямку написання і видання підручників, навчальних посібників, конспектів лекцій та ін., в яких за більш-менш однаковою схемою змісту викладається матеріал загальної і особливої частин МПП. Очевидними об'єктивними вадами таких видань є те, що вони ґрунтуються на теоретичних розробках представників радянської системи права стосовно категоріального апарату, термінології та основних понять, які певною мірою вже не відповідають сучасному стану розвитку галузі права і науки МПП. Це й не дивно, адже наукових досліджень щодо розробки, обґрунтування, аналізу тощо основних теоретичних засад МПП в Україні майже не проводиться.

Подібне становище вкрай негативно позначається на розвитку науки, правовому регулюванні, підготовці фахівців права, адже через брак знань щодо базових засад МПП і нерозробленість його основних засад розвиток міжнародних стосунків на приватному рівні українських суб'єктів з іноземними контрагентами усклад-

нюється, а співпраця України з іншими державами у цьому напрямку унеможлиблюється.

Отже, перед наукою МПП на сьогодні стоїть невідкладне завдання щодо розробки правової теорії стосовно основного термінологічного апарату і його вдосконалення з метою поліпшення існуючого механізму правового регулювання, а також модернізації праворозуміння у зазначеній сфері, запровадження сучасних теоретичних розробок у правове поле МПП. Тим більше, що розробка системи правових категорій визнається засобом досягнення нових результатів у пізнанні, відображення результатів правових досліджень, встановлення подальших тенденцій і руху до нових результатів у правознавстві¹. Крім того, теоретична розробка базових для МПП категорій є особливо важливою під час процесу систематизації і кодифікації, що має місце у межах правової реформи, у тому числі в галузі МПП.

У цій статті пропонується визначитись лише відносно однієї категорії МПП — його об'єкта, що зумовлюється обсягом цієї роботи, однак не применшує значення даної правової абстракції для подальшого розвитку наукових уявлень щодо правових категорій МПП, розробки збалансованої системи теоретичних знань відносно основних термінів, які використовує МПП, а також перегляду основних законодавчих положень, які визначають засади правового регулювання відносин приватно-міжнародного характеру.

Як зазначає відомий російський теоретик права С. Алексєєв, загально визнано, що питання про об'єкт є однією з найбільш дискусійних проблем нашої юридичної науки, а щодо проблеми об'єкта права склалась недобра слава схоластичного, відірваного від життя питання². Цілком очевидно: якщо проблему об'єкта визнають настільки складним і заплутаним питанням в загальній теорії права, то вона ще більше ускладнюється, коли потрапляє до сфери галузевих юридичних утворень. Незважаючи на це, спробуємо дослідити проблему об'єкта МПП на основі як загальнотеоретичних, так і міжнародно-приватноправових уявлень про дану юридичну абстракцію.

Перш за все, для побудови теоретичної концепції об'єкта МПП слід визначитись з тим, що поняття об'єкта і предмета ототож-

¹ Див.: Васильєв А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы теории права. — М., 1976. — С. 133.

² Див.: Алексєєв С. С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права: Сб. статей / Под ред. С. Н. Братуся. — М., 1960. — С. 284, 307.

нюється передусім у філософській літературі. Так, відповідно до Філософського енциклопедичного словника об'єкт (від лат. *objectum* — предмет) — річ, предмет; а предмет, відповідно — річ, об'єкт у найбільш широкому сенсі¹. Тому доцільним буде і у межах юриспруденції взяти наведений постулат як даний, і відповідно до нього розглядати проблему об'єкта (предмета) МПП. І навіть незважаючи на те, що інколи у галузевій юридичній літературі пропонується розмежовувати наведені терміни і розглядати їх як різнопорядкові явища, що ставиться навіть в основу побудови теоретичної схеми розгляду окремих питань правового регулювання міжнародних приватних відносин, коли під об'єктом правовідносин розуміють суспільні відносини, а під предметом — цивільно-правові відносини з іноземним елементом², що не може бути визнано логічним і таким, що відповідає сучасній теоретичній концепції розгляду об'єкта права і правовідношення, слід визнати, що для адекватного розуміння об'єкта МПП важливого значення набуває саме отождоження цих двох понять (що буде покладено, зокрема, в основу даної роботи). Такий висновок слід зробити з огляду на те, що відповідно до прийнятних теоретичних розробок провідних науковців об'єктом права виступає таке поняття, що має відношення до всього права чи принаймні до якоїсь конкретної галузі права; об'єктом права як сукупності норм, що виражають волю правлячого класу, є суспільні відносини³. Разом із цим слід визнати, що правовідносини виступають саме результатом правового регулювання, а не його об'єктом чи предметом. Правовідношення як єдність форми і змісту не може бути предметом правового регулювання, воно — результат правового регулювання. Право регулює суспільні відносини, надаючи певним їх видам форми правовідношення⁴. Суспільні відносини, врегульовані нормами права, визнаються правовідносинами і аж ніяк не предметом чи об'єктом певної галузі права в усіх правових сферах, крім, напевне, МПП. Як вірно зазначав свого часу А. Рубанов, сьогодні лише в науці МПП предметом галузі вважаються правовідносини. Це уявлення є тео-

¹ Див.: *Философский энциклопедический словарь*. — М., 1997. — С. 313–314, 360.

² Див.: *Кудашкин В. В. Правовое регулирование международных частных отношений*. — СПб., 2004. — С. 47.

³ Див.: *Шуршалов В. М. Международные правоотношения*. — М., 1971. — С. 146, 147.

⁴ Див.: *Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении*. — М., 1974. — С. 113.

ретично не виправдані. Норми, що входять до МПП, як і всі взагалі правові норми, регулюють суспільні відносини. У цій сфері, як і в інших, правовідношення можна тлумачити як результат урегульованості суспільних відносин нормами права і аж ніяк як об'єкт регламентації цих норм¹.

Наведене непорозуміння між об'єктом права і правовідношенням як результатом регулювання, а не предметом чи об'єктом права, виникло в науці МПП, очевидно, ще на початку ХХ ст., коли видатний російський учений М. Брун в одній із праць мав необережність зазначити, що у своїй основі всяке відношення є тільки життєве відношення, дане відношення є разом з тим і правовідношення², тим самим поставивши знак рівності між суспільними відносинами і правовідносинами. Таке отождошення мало для теоретичної думки МПП фатальне значення. Воно вплинуло на те, що об'єкт МПП став одним з найбільш дискусійних питань у науці МПП, що позначилось на подальшому розвитку праворозуміння і праворегулювання відносин міжнародного приватного характеру.

Це можна простежити, проаналізувавши підходи різних учених до визначення об'єкта МПП. Так, І. Перетерський у середині ХХ ст. визнавав, що МПП однаково *досліджує* взаємовідносини держав з різною ідеологією, різним суспільним устроєм; МПП *відстоює* зовнішні інтереси Радянського Союзу; *вивчає* ті цивільно-правові відносини, одним чи обома суб'єктами яких є іноземці у широкому значенні цього слова тощо³. А пізніше І. Перетерський і С. Крилов зазначали, що МПП *вивчає* особливу групу цивільно-правових відносин, а саме такі, які мають міжнародний характер⁴. Таким чином, названі автори визнавали за доцільне вказати на те, що МПП саме вивчає чи досліджує, а не регулює цивільно-правові відносини, що може бути характерним для науки МПП, а не для МПП як галузі права.

Л. Лунц не визначав власне поняття предмета МПП, вказуючи лише на те, що правові питання відносин між громадянами і ор-

¹ Див.: Рубанов А. А. Вопросы теории правоотношения в международном частном праве // XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса. — М., 1982. — С. 88.

² Див.: Брун М. И. Введение в международное частное право. — Пг., 1915. — С. 17.

³ Див.: Перетерский И. С. Система международного частного права // Сов. государство и право. — 1946. — № 8—9. — С. 21—26.

⁴ Див.: Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. — М., 1959. — С. 7.

ганізаціями, які виникають у міжнародному житті, належать до сфери міжнародного приватного права, а МПП як галузь правознавства є сферою відносин цивільно-правового характеру в широкому сенсі, що виникають у міжнародному житті¹ (хоча розділ I його праці називається — предмет і система МПП).

М. Богуславський також не надавав свого визначення предмета МПП, і обмежувався лише переліком відносин, що регулюють норми МПП².

Виходячи із складності, дискусійності і неоднозначності цього питання, нерідкою є і така ситуація, коли навіть сучасні підручники російських теоретиків не містять відповідного розділу чи підрозділу або параграфа, присвяченого визначенню об'єкта (предмета) МПП³, або, хоча і містять відповідний параграф, у назві якого фігурує «предмет» чи «об'єкт» МПП, але в його тексті марно шукати визначення зазначених понять⁴.

Проте слід зазначити, що не всі вітчизняні науковці ігнорують досягнення загальної теорії права, теорії і законодавства МПП при наданні визначення об'єкта зазначеної галузі права. Так, відповідно до визначення Г. Фединяк, МПП — «це система юридичних норм, спрямованих на регулювання міжнародних невлadних відносин з «іноземним елементом»⁵. Таке визначення слід визнати більш-менш вдалим, адже воно, хоча і визнає МПП системою юридичних (а не правових) норм, вказує на те, що об'єктом МПП є саме міжнародні невлadні відносини, чим підкреслює, що об'єктом певної галузі права є саме суспільні відносини, а не правовідношення, які постають результатом правового регулювання; а вказівкою на міжнародний невлadний характер підкреслює зв'язок цих відносин з іншими правопорядками; разом із цим, «лапки» в терміні «інозем-

¹ Див.: *Луц Л. А.* Курс международного частного права: В 3 т. — М., 2002. — С. 20–21.

² Див.: *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 1998. — С. 18.

³ Див.: *Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н. И. Марышевой.* — М., 2000.

⁴ Див.: *Звеков В. П.* Международное частное право. Курс лекций. — М., 1999. — С. 5–18; *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3 т. Том 1. Общая часть: Учебник. — М., 2002. — С. 57–62; *Толстых В. Л.* Коллизийное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. — М., 2002. — С. 15–16.

⁵ *Фединяк Г. С.* Міжнародне приватне право. — К., 1997. — С. 9.

ний елемент» можна розглядати як усвідомлення його умовності при використанні для характеристики відповідних відносин.

Отже, виходячи з того, що в науці МПП відсутня одностайність щодо визначення об'єкта МПП як галузі права, а також його загальноприйнятне визначення в доктрині, проблема об'єкта МПП, очевидно, ще певний час породжуватиме труднощі при його визначенні. Тому метою цієї статті є спроба дослідження і розробки поняття об'єкта МПП на основі загальнотеоретичних і міжнародно-правових доктринальних напрацювань із залученням позитивного досвіду законодавчого визначення цього поняття в інших країнах світу.

Таким чином, з огляду на те, що теорія права визнає об'єктом права саме суспільні відносини, таке розуміння є доцільним прийняти за основу при визначенні об'єкта МПП. Разом із цим правовідносини МПП — це результат дії норм права на певні суспільні відносини, що не можуть фігурувати через це як об'єкт (предмет) права, у тому числі і МПП, адже право має впливати на неврегульовані суспільні відносини, а не навпаки.

Наступною необхідною складовою предмета МПП є вказівка на характер відносин, що охоплюється регулюванням норм МПП. З цього приводу дослідники МПП також не висловлюють одностайності. Так, для І. Перетерського і С. Крилова, Г. Матвеева відносини МПП є цивільноправовими¹, для Л. Лунца вони мають цивільно-правовий характер у широкому значенні слова², для М. Богуславського — це цивільно-правові відносини у широкому значенні, під якими розуміють цивільно-правові, сімейні і трудові відносини³. Кузнецов М. під широким значенням цивільно-правових відносин розуміє майнові і особисті немайнові, трудові, сімейні і процесуальні відносини між громадянами і юридичними особами, а також відносини зазначеного характеру з державами і міжнародними організаціями⁴. В. Зєков вважає, що предметом МПП є також відносини у валютній, фінансовій і митній сферах⁵, однак такий погляд загалом не підтримується в науці МПП.

¹ Див.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Вказ. праця. — С. 7; *Матвеев Г. К.* Предмет, система и задачи дальнейшего развития международного частного права // *Советский ежегодник международного права.* 1978. — М., 1980. — С. 285.

² Див.: *Лунц Л. А.* Вказ. праця. — С. 21.

³ Див.: *Богуславский М. М.* Вказ. праця. — С. 18.

⁴ Див.: *Кузнецов М. Н.* Некоторые особенности развития международного частного права. — 1991. — №1. — С. 27.

⁵ *Зєков В. П.* Международное частное право. Курс лекций. — М., 1999. — С. 3—4.

Разом із цим слід зазначити, що сучасні теоретичні концепції, котрі стосуються визначення об'єкта МПП, відходять від громіздких формулювань, що містять у собі перелік тих відносин, на які спрямоване регулювання МПП. Крім того, сучасна правова наука вже не відчуває страху щодо використання терміна «приватний» при характеристиці об'єкта права певних галузей, а тому на зміну наведеним застарілим підходам у літературі пропонується використовувати термін «приватні відносини», що здатні охопити містким і широким значенням будь-які аспекти відносин у приватній сфері¹.

І, нарешті, третьою складовою, що характеризує предмет МПП, є зазначення того, що відносини виходять за межі одного або декількох правопорядків. Слід відзначити, що більшість авторів, які належать до радянської школи права або наслідують її теоретичні розробки не враховуючи сучасний стан розвитку науки, законодавства і практики МПП, у даному аспекті підкреслюють, що відносини повинні мати «іноземний елемент». Однак цей термін не охоплює всього різноманіття проявів приватних відносин, що виходять за межі одного правопорядку, він уже не відповідає сучасному стану теорії правовідносин, не показує реального зв'язку суспільних відносин з певною юрисдикцією, а тому його застосування у сучасному МПП не є доцільним чи бажаним. Очевидно, що замість використання терміна і концепції «іноземного елемента» слід сприйняти інший підхід, який відобразить зв'язок відносин з іншими правопорядками, а також вплив на регулювання приватних відносин регуляторів міжнародного публічного права.

Тому за даних умов видається за доцільне охарактеризувати об'єкт МПП як приватні відносини, що мають зв'язок з іншим правопорядком (чи правопорядками).

Слід зазначити, що на законодавчому рівні визначення об'єкта МПП через правовідносини (цивільні або майнові) здійснюють країни, законодавства яких були прийняті переважно до 80-х років ХХ ст., або ті країни, які й дотепер відчувають вплив радянської доктрини МПП (Казахстан, Вірменія, Беларусь, Киргизія, Узбекистан, Угорщина, В'єтнам, Єгипет, Китай, Литва, Монголія, ОАЕ, Естонія, Югославія). Чехія і Польща здійснюють визначення

¹ Див.: Гаврилов В. В. Международное частное право. – М., 2001. – С. 1–2; Международное частное право. Учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. – М., 2000. – С. 11–13.

об'єкта через перелічення відповідних відносин. Одночасно, провідні сучасні законодавства у сфері МПП використовують визначення об'єкта МПП через фактичні обставини справи (Грузія, Австрія, Венесуела, Німеччина, Ліхтенштейн, Мексика); для Швейцарії визначальними є саме питання у сфері міжнародного спілкування; для Південної Кореї об'єкт визначається через соціальні відносини, які виходять за межі однієї держави; для штату Луїзіана (США) — це справи, що мають зв'язки з іншими штатами.

Таким чином, використання у проекті Закону України «Про міжнародне приватне право» визначення об'єкта регулювання МПП через категорію «приватноправових відносин з іноземним елементом» не є достатньо теоретично обґрунтованим, не відповідає сучасним науковим уявленням у сфері МПП, а також не сприймає законодавчі здобутки провідних країн світу при визначенні об'єкта даної галузі права.

Отже, належне праворозуміння абстракції об'єкта МПП має знайти відповідне визнання вітчизняними науковцями з метою подальшого вдосконалення категоріального апарату сучасного МПП, а також стати однією з передумов розробки законодавчої концепції в межах реформування МПП України.

Надійшла до редколегії 20.07.04

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Ю. Грошевой, академік, віце-президент
АПРН України

Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії

Соціально-економічні та морально-психологічні зміни, що відбуваються в країні, змушують по-новому осмислити основні категорії кримінально-процесуальної теорії. Процес реформування суспільних відносин проходить суперечливо: з одного боку, проблема волі особи, її меж та гарантій вирішується шляхом створення певних правових інститутів, які відповідають основним загальноєвропейським стандартам у галузі прав людини, з другого — зі зростанням злочинності, в тому числі організованої, змінюються її якісні параметри. Це потребує вдосконалення, зокрема, кримінально-процесуальної діяльності, яка б гарантувала права та свободи особи і в той же час забезпечувала ефективність протидії держави зростанню злочинності. Безумовно, в рамках статті неможливо повно висвітлити усі проблеми кримінально-процесуальної теорії, що виникають, від наукового рівня якої чимало залежать повнота та несуперечливість нормативного регулювання діяльності органів досудового слідства, прокуратури та судів, а тому зупинимося лише на деяких з них.

Одним з найбільш важливих питань теорії кримінально-процесуального права є питання про метод кримінально-процесуального регулювання, який в загальній теорії права належить до найбільш дискусійних.

На думку В. Сорокіна, метод правового регулювання становить систему взаємодії та взаємозабезпечення таких його компонентів, як припис, дозвіл та заборона¹. Р. Лівшиць під методом регулювання галузі розуміє «характер впливу правових норм на суспільні

¹ Див.: *Сорокин В. Д.* Метод правового регулювання. Теоретические проблемы. — М., 1976. — С. 111.

відносини, що регулюються, при цьому основні засоби правового регулювання — дозвіл, припис та заборона — використовуються в різних сполученнях практично в усіх галузях законодавства». С. Алексеев визначає метод правового регулювання як захід юридичного впливу, їх сполучення, яке характеризує використання в даній галузі суспільних відносин того чи іншого комплексу юридичного інструменту¹.

Одні процесуалісти вважають, що типовою властивістю методу кримінально-процесуального регулювання є особлива процедура порушення, розслідування та вирішення кримінальних справ, для якої характерно органічне поєднання владних розпоряджень та процесуальної рівності²; інші пов'язують метод кримінально-процесуального регулювання з формами процесуальної діяльності, а саме: підґрунтям змагального провадження є арбітральний метод, а підґрунтям розшукового — метод влади — підкорення (адміністративний, імперативний)³.

Не входячи в обговорення зазначених вище поглядів, вважаємо, що методом правового регулювання, який притаманний тій чи іншій галузі права, є система юридичних засобів впливу на суспільні відносини, котра є предметом і метою правового регулювання. Отже, будь-який метод правового регулювання характеризується об'єктивним і суб'єктивним аспектами. Об'єктивний аспект полягає в тому, що конкретний предмет — суспільні відносини — зумовлює специфіку методу правового регулювання, а суб'єктивний аспект — у тому, що в тих випадках, коли особливості предмета правового регулювання допускають декілька можливих мотивів, тільки від волі законодавця залежить вибір одного з них. Спираючись на ці положення, С. Шестакова обґрунтовано вважає, що в суб'єктивному аспекті метод регулювання кримінально-процесуальних відносин характеризується певною різноманітністю. Так, на її думку, можна виділити: 1) метод, який включає в себе публічність, інквізиційність, елементи влади-підкорення; 2) метод, який складається з диспозитивності, інквізиційності та елементів влади-підкорення; 3) метод, який полягає в публічності, сполученні інквізиційності та змагальності, елементах влади-підкорення; 4) метод, який містить диспозитивність, сполучення інквізиційності та зма-

¹ Див.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. — Свердловск, 1977. — С. 24.

² Див.: Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. — Л., 1963. — С. 45, 70.

³ Див.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. — СПб., 2000. — С. 10.

гальності, елемент влади-підкорення; 5) метод, який включає в себе публічність, змагальність, елементи влади-підкорення; 6) метод, який складається з диспозитивності, змагальності, елементів влади-підкорення¹. Комбінація цих методів забезпечує досягнення завдань кримінального процесу.

Дійсно, для встановлення належної поведінки людей необхідні норми кримінально-процесуального права, які зобов'язують, уповомочують та забороняють. Норми, що уповомочують, надають учасникам кримінально-процесуальної діяльності свободу розпоряджатися правами (дозвіл), визначаючи міру їх можливої поведінки. Дозвіл як спосіб кримінально-процесуального регулювання необхідний для всіх учасників кримінального процесу, але особливо його потребують підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники, що важливо для захисту їх прав та законних інтересів. Більший спектр прав, крім зазначених учасників кримінального процесу, мають дізнавач, слідчий та прокурор, які наділені правовими засобами для вирішення завдань кримінального судочинства.

Особливістю кримінально-процесуальних правовідносин є те, що права та обов'язки суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, являючи собою міру можливої або дозволеної поведінки самого уповомоченого, свободу поведінки в межах, яка встановлена нормою права, дають можливість діяти певним чином для захисту публічного або особистого інтересу, сутність та межі охорони якого зумовлені завданнями кримінального судочинства в правовій державі.

У зв'язку з проблемами предмета і методу регулювання кримінально-процесуального права виникає питання про місце КПК України в системі законів, які містять ті чи інші кримінально-процесуальні приписи (наприклад, Закон України «Про банки та банківську діяльність» — відносно банківської таємниці, Закон України «Про судову експертизу» та ін.). Не вдаючись у подробиці, зауважимо, що КПК як систематизований збір правових приписів (норм) у взаємозв'язку та змістовному поєднанні регулює кримінальне судочинство в цілому та окремі його частини, етапи, стадії, інститути — з урахуванням їх загальних властивостей, специфічних рис та проявів, покликаних забезпечити одноманітність та узгод-

¹ Див.: Шестакова С. Д. Состязательность уголовного процесса. — СПб., 2001. — С. 64 та наст.

женість нормативних настанов і правозастосовної практики, яка складається на їх підґрунті. Саме цим пояснюється пріоритет КПК як закону в системі нормативно-правових актів, котрі регулюють провадження по кримінальних справах. Такі настанови, не порушуючи прерогатив законодавця внести зміни та доповнення до чинного кримінально-процесуального законодавства, в той же час полегшують роботу правозастосовних органів, оскільки законодавство стає доступним для огляду і тим самим у правозастосованні істотно знижується ризик викривлення автентичної волі законодавця.

Разом з тим пріоритет КПК України не є безумовним, а обмежений рамками предмета і методів регулювання (ст. 1). Тому при вирішенні колізій, що виникають між КПК та іншими законами, необхідно враховувати предмет і метод правового регулювання тих чи інших законодавчих актів. Отже, в новому КПК України доцільно встановити пріоритет КПК перед іншими законами у регулюванні кримінально-процесуальних правовідносин. Тому слід включити до ст. 8 проекту КПК України правило, згідно з яким особа, що проводить дізнання, слідчий, прокурор та суд, встановивши під час провадження по кримінальній справі закон чи інший нормативний акт, приймає рішення відповідно до вимог КПК України. Необхідно також уточнити формулу ч. 1 ст. 1 проекту КПК України і вказати на те, що порядок провадження по кримінальних справах на території України визначається на підставі Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, іншими законами.

Система зазначених методів правового регулювання кримінально-процесуальної діяльності в новому КПК України повинна забезпечити справедливість та рівноправність суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності. Одним із способів досягнення цього є закріплення у законі оптимального співвідношення публічних та диспозитивних засад у сфері кримінально-процесуальних відносин, котрі розуміються (диспозитивні засади) як закріплені в нормах кримінально-процесуального права ідеї свободи суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, таких, що мають у справі матеріально-правовий або особистий інтерес, на свій розсуд розпоряджатися процесуальними правами з метою виникнення, руху або закінчення провадження по кримінальній справі, для захисту своїх суб'єктивних прав або охоронюваних законом інтересів.

У даному випадку під справедливістю розуміється співвідношення між суб'єктами кримінально-процесуальних правовідносин

та їх соціальними або процесуальними наслідками для законного та обґрунтованого вирішення не тільки кримінальної справи в цілому, а й окремих процесуальних ситуацій, які виникають під час досудового та судового провадження по конкретній кримінальній справі. Справедливість у цьому аспекті має не тільки значення визнання, додержання та захисту прав людини в кримінальному судочинстві, які є найвищою цінністю в правовій державі, а й нормативно-оціночний характер у забезпеченні правосудності, процесуальних рішень, що приймаються по конкретній справі.

Важливо підкреслити як тезу, що у кримінальному процесі права людини — це її можливості використовувати певні соціальні блага, котрі розуміються як реальна процесуальна доступність суб'єкта кримінально-процесуальних відносин до процесуальних механізмів, що забезпечують охорону конституційних прав людини (наприклад, у процесуальних процедурах, метою яких є обмеження певного права особи, втягнутої в орбіту кримінально-процесуальної діяльності).

Саме співвідношення публічності та диспозитивності в національному кримінальному процесі визначає його справедливість та оптимізацію судочинства, рівень його співвідношення з міжнародно-правовими стандартами кримінально-процесуальної діяльності, при якому зберігається, розвивається унікальний характер національних моделей окремих кримінально-процесуальних процедур, що повною мірою відповідає інтернаціоналізації процесуальних засобів, які протидіють зростанню злочинності.

І. Петрухін, аналізуючи систему взаємовідносин людини та влади у сфері боротьби зі злочинністю, пише: «Система кримінальної юстиції спрямована не тільки на підсилення контролю над злочинністю, а й на забезпечення прав людини. По-перше, розкриваючи злочин, система захищає права потерпілих, теперішніх та майбутніх. По-друге, не менш важливою метою є правовий захист від зайвого примусу та необґрунтованого засудження осіб, які притягуються до участі у кримінальній справі як обвинувачені. По-третє, інтереси особи можуть виявитися дорожчими від розкриття злочину (справи приватного обвинувачення, заборона «повернення до гіршого» та ін.)»¹.

Тому здаються правильними пропозиції про значне розширення засад диспозитивності в кримінальному процесі шляхом поши-

¹ Див.: *Петрухін І. Л.* Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). — М., 1999. — С. 52.

рення процесуального режиму в справах приватного обвинувачення, в яких примат приватного інтересу повинен бути процесуально захищений, та звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України) осіб, які вперше вчинили злочин середньої тяжкості (ч. 3 ст. 12 КК України).

Органи та посадові особи, які ведуть кримінальний процес, зобов'язані рівною мірою захищати як права та законні інтереси осіб, що притягаються до кримінальної відповідальності, так і права та законні інтереси потерпілого.

При цьому не можна не погодитися з думкою деяких авторів, котрі вважають, що в громадянському суспільстві кожен громадянин повинен мати право на кримінальний позов як засіб відновлення справедливості, оскільки у вільній державі громадянин виступає гарантом права, а з цього випливає, що потерпілому, за згодою суду, необхідно надати право на провадження неофіційного розслідування у кримінальній справі, якщо мала місце офіційна відмова в порушенні кримінальної справи¹.

Як обгрунтовано зазначає В. Маляренко, подібне розслідування покладає на суд непритаманну йому функцію обвинувачення, а ведення неофіційного кримінального розслідування дозволить правоохоронним органам уникати порушення та розслідування багатьох кримінальних справ і призведе до підвищення рівня злочинності².

У кримінально-процесуальній теорії категорію «справедливість» пов'язують з обвинувальним вироком суду, тоді як справедливість у кримінально-процесуальному праві знаходить свій вираз у рівності громадян перед законом та судом (ст. 24 Конституції України, ст. 16 КПК України).

Високий рівень регулятивного потенціалу конституційних заasad рівноправності та справедливості у кримінально-процесуальному праві зумовлений тією обставиною, що в їх нормативно-правовому змісті органічно поєднуються, переплітаються ці вимоги з вимогами свободи. В даному аспекті цей принцип рівноправності громадян повинен розглядатися як «рівність у свободі» або як міра свободи, котра однаково застосовується до кожного. Регулятивний

¹ Див.: *Александров А. С.* Субсидиарный уголовный иск // Государство и право. — 2000. — № 3. — С. 78.

² Див.: *Маляренко В.* Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Право України. — 2004. — № 5. — С. 4—13.

потенціал рівноправності в цьому випадку реалізується в такому логічному ланцюзі: свобода (в соціальному і правовому сенсі) — право (як міра свободи) — рівноправність (рівна міра відносно кожного). Високий рівень нормативного потенціалу рівноправності зумовлений тим, що ідея рівноправності несе в собі елементи справедливості. Очевидно, що справедливість забезпечується передусім тим, що міра свободи повинна бути рівною відносно кожного. В цьому випадку вимога рівноправності перед законом і судом не тільки не суперечить принципу правової держави, а й є його частиною.

Справедливість — одночасно і правовий принцип, і морально-етична категорія. У сукупності зі свободою та вимогами рівності вона являє собою дійовий соціальний фактор, який нормує, впорядковує кримінально-процесуальний закон, визначає сутність правозахисних механізмів (наприклад, функцію судового контролю).

Проте категорії справедливості та рівності тісно пов'язані. Справедливість немислима без рівності та полягає не тільки в ній, а й у соціально виправданій нерівності у відповідних ситуаціях. Таким чином, поняття «рівноправність», з одного боку, формальне, тому що є результатом свідомого абстрагування від тих відмінностей, які притаманні порівнюваним суб'єктам (індивідуальним чи колективним); з другого — принцип рівноправності не є абсолютним, він піддається коригуванню за допомогою взаємодії з іншим демократичним принципом — соціальної справедливості.

На жаль, проект КПК України значно звужує даний принцип, оскільки у ст. 9 проекту йдеться про рівність учасників судового розгляду, хоча в ній правильно підкреслюється, що будь-яке обмеження права осіб — учасників кримінального процесу, а також встановлення для них переваг за ознаками раси, кольору шкіри, статі, політичними, релігійними та іншими переконаннями, етнічним або соціальним походженням, майновим станом, місцем проживання, громадянством, освітою, родом і характером занять, за мовними або іншими ознаками не допускається.

Уявляється, що в новому КПК України має бути закріплений принцип здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом.

Кримінально-процесуальна діяльність з розкриття та дослідження обставин вчиненого злочину за своєю сутністю є пізнанням у встановленій законом процесуальній формі явищ об'єктивної дійсності в її правовому значенні.

Особливість цього пізнання в методологічному аспекті полягає в тому, що воно являє собою встановлення прокурором, слідчим,

особою, яка проводить дізнання, джерел інформації, що відображають подію злочину як один з матеріальних процесів дійсності. Як і будь-який матеріальний процес, злочинна поведінка взаємодіє з певним середовищем. Однією з сторін такої взаємодії є відображення злочину в навколишньому середовищі, оскільки злочинна поведінка певним чином змінює це середовище та ці зміни адекватно відображують процес здійснення злочинної діяльності. Відображення, залежно від специфіки оригіналу та об'єкта, який відображує (суб'єкта), виступає у предметній (речовій) та психічній (уявній) формах. Остання є суб'єктивною формою психічного відображення конкретної реальної події.

Психічне (уявне) відображення являє собою суб'єктивне сприйняття тих матеріальних елементів складу злочину, які визначають предмет доказування у кримінальній справі. Звідси виникає необхідність встановлення слідчим, прокурором, судом впливу психічних та психологічних особливостей суб'єкта відображення на правильність відображення тих чи інших уявних фактів, які мають значення для оцінки вірогідності його показань.

У кримінально-процесуальному пізнанні предметом безпосереднього відображення є об'єктивна сторона злочину. Суб'єктивна сторона складу злочину відображується через поведінкові акти особи, через її психічні та психологічні особливості, через засоби та способи злочинних намірів.

Доказування в кримінальній справі — це кримінально-процесуальна діяльність спеціально уповноважених суб'єктів цієї діяльності по збиранню, дослідженню та оцінці доказів з метою правомірного встановлення обставин, які входять до предмета доказування по кримінальній справі (ст.ст. 64, 23 КПК України).

Звідси випливає, що основним елементом кримінально-процесуального пізнання є доказування як різновид опосередкованого пізнання обставин події, що відбулася. Важливим його елементом є пізнання (засвоєння) тих правових норм, які підлягають застосуванню по кримінальній справі. З огляду на це результат пізнання (доказування) по кримінальній справі виражається в адекватності встановлення матеріально-правових, процесуально-правових та фактичних засад, які у своїй сукупності доповнюють цей результат його найважливішою особливістю — правомірністю.

Звертає на себе увагу неповнота визначення предмета доказування в ст. 64 КПК України, яка має бути доповнена вказівкою на необхідність доказування обставин, що виключають злочинність та

караність діяння; обставин, що можуть викликати звільнення від кримінальної відповідальності та покарання; обставин, що впливають на правильність оцінки даних, які мають значення для визначення допустимості та вірогідності доказів.

В методологічному аспекті видається важливим з'ясувати гносеологічну сутність судових доказів. При цьому слід виходити з того очевидного положення, що судовий доказ за своєю гносеологічною сутністю є суб'єктивним образом тієї об'єктивної реальності, яка пізнається у даній кримінальній справі, оскільки злочин як матеріальний процес проявляється у специфічній формі, що належить суб'єкту, який відображає.

При такому розумінні гносеологічної сутності судового доказу здається сумнівним його визначення у ст. 65 КПК України як усяких фактичних даних, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Отже, доказ ототожнюється з фактичними даними.

В процесуальній теорії загальновизнано, що під фактичними даними, про які йдеться у ст. 65 КПК України, слід розуміти такі, що містяться в доказах, інформацію про події, які були в минулому, та підкреслюється, що доказ — це будь-які фактичні дані про факти і обставини, одержані з установлених у законі джерел та передбаченими в законі способами. По-перше, факти і обставини — поняття однорядні, а тому «фактичні дані» — некоректне словосполучення. По-друге, у кримінальному процесі «факти (обставини)» в гносеологічному аспекті — це знання про об'єктивну дійсність, одержані слідчим, прокурором, судом у результаті доказування, інакше кажучи, у ст. 65 КПК України докази ототожнюються з фактами. Отже, фактичні дані по суті — це обставини, які підлягають доказуванню по кримінальній справі.

В літературі обґрунтовано звертається увага на те, що необхідно правильно визначити, яке знакове навантаження несе сам термін «факт» у кожному конкретному випадку, що важливо для правильного розуміння багатьох інститутів доказового права. Факти (обставини), які підлягають доказуванню по кримінальній справі, мають свою специфіку, яка полягає в тому, що вони є не тільки конкретним фрагментом об'єктивної реальності, але й саме з цими фактами закон пов'язує виникнення, зміну та припинення криміналь-

но-правових, кримінально-процесуальних, правових відносин у різних стадіях кримінального процесу, тобто факти покликані розкривати зміст нормативних приписів.

З огляду на це доказами по кримінальній справі є будь-які відомості, на підставі яких суд, прокурор, слідчий, особа, яка проводить дізнання, у порядку, визначеному законодавством, встановлює наявність або відсутність обставин, що підлягають доказуванню при провадженні по кримінальній справі, а також інших обставин, що мають значення для кримінальної справи. Як докази допускаються: показання підозрюваного, обвинуваченого; показання потерпілого, свідка; висновки та показання експерта; речові докази; протоколи оперативно-розшукових та судових дій; інші документи.

Доцільно надати слідчому, прокурору, суду право виключати з системи доказів по даній кримінальній справі відомості, одержані з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону про їх процесуальне закріплення, оскільки недопустимі докази не мають юридичної сили і не можуть не тільки бути покладені в основу обвинувачення, а й також використовуватися для доказування кожної з обставин, які входять до предмета доказування по кримінальній справі.

Уявляється доцільним сформулювати у новому КПК України специфіку предмета доказування по справах, в яких позитивно вирішується питання про обвинувачення осіб у вчиненні злочину, по справах, в яких особа, притягнута до кримінальної відповідальності, підлягає виправданню, та по справах про звільнення цих осіб від кримінальної відповідальності та покарання.

Інституціональний аспект, який визначає неупередженість і справедливість судового розгляду, піддається в принципі однаковому тлумаченню як у міжнародному, так і в національному праві. Європейський Суд з прав людини у своїх рішеннях відмічає, що незалежність судового органу визначається такими рисами: незалежністю від виконавчої влади та сторін, які беруть участь у справі; достатнім строком повноважень суду, характером судової процедури, які забезпечують гарантії в частині об'єктивного дослідження обставин справи.

Кримінально-процесуальна теорія розглядає вимоги повноти, всебічності та об'єктивності дослідження обставин справи як одну з основних гарантій, що забезпечують вірогідність результату пізнання (доказування) по кримінальній справі.

В новій редакції ч. 1 ст. 22 КПК України підкреслюється, що прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов'язані

вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність.

Звертає на себе увагу те, що в числі суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, зобов'язаних забезпечити всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи, не вказаний суд, а чинна редакція ст. 260 КПК України покладає на головуючого у судовому засіданні обов'язок керувати судовим засіданням, спрямовувати судове слідство на забезпечення здійснення сторонами своїх прав, усунення з судового слідства всього того, що не стосується розглядуваної справи, та забезпечувати належний високий рівень судового процесу.

У зв'язку з цим виникає питання: чи зобов'язаний суд під час судового розгляду забезпечити всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи? І на це питання слід дати лише позитивну відповідь. Утвердження принципу змагальності сторін (ст. 16-1 КПК України) є визнанням того, що обставини справи повинні досліджуватися всебічно, повно і об'єктивно, і в цьому аспекті суд має забезпечити права сторін на відповідне дослідження обставин, які входять до предмета розслідування по кримінальній справі.

Викладене свідчить про те, що процесуальній теорії необхідно переглянути положення про обов'язок суду встановлювати істину (судову істину, об'єктивну істину). Видається, що результатом доказування по кримінальних справах може бути вірогідне знання, яке акцентує увагу судді, слідчого, прокурора на обґрунтованості знань про обставини справи, що втілюється у відповідному процесуальному рішенні.

Суддя не може мати «свого інтересу» у кримінальній справі, яка розглядається, в протилежному разі він підлягає відводу. Також на нього не може покладатися обов'язок збирати докази у випадках виникнення обґрунтованих сумнівів у правильності позиції тієї чи іншої сторони і забороняється за власною ініціативою (розсудом) витребувати додаткові докази для усунення сумнівів, які виникають у нього на користь однієї із сторін. Але це не означає, що у разі відмови обвинуваченого в доведенні невинуватості або нездатності ним з будь-яких причин здійснювати свій захист докази його невинуватості можуть не досліджуватися та не встановлюватися в судовому засіданні. Видається, що у зазначених випадках суддя по-

винен, заслухавши сторони та дослідивши докази, прийняти остаточне рішення по справі, незалежно від позиції ані сторони обвинувачення, ані сторони захисту. Доцільно це правило закріпити і в новому КПК України.

Надійшла до редколегії 20.07.04

В. Зеленецький, член-кореспондент
АПРН України

Правова природа і функціональне призначення дослідчого провадження по заявах і повідомленнях про злочини

Ознайомлення з назвою статті наводить читача на думку про її суто теоретичний характер. Але така думка може виникнути лише при ознайомленні з поставленим питанням, так би мовити, в першому наближенні. Тим часом йдеться про адекватне вирішення дуже важливих, насамперед у безпосередньо практичному відношенні, питань. Справді, як правильно іменувати ту частину процесу, в якій здійснюється приймання, реєстрація, перевірка та вирішення заяв і повідомлень про вчинені або ті, що готуються, злочини? Яке його місце в загальній системі кримінально-процесуальних стадій? Нарешті, яке функціональне призначення тих процесуальних дій, що тут здійснюються й у своїй єдності утворюють зміст частини процесу, що розглядається? Відповісти на ці та багато інших похідних від перших питань можна лише з огляду на природу та функціональне призначення як розглядуваного процесу в цілому, так і різноманіття тих дій, що у своїй єдності утворюють його специфічний процесуальний зміст.

Традиційно у кримінально-процесуальній теорії і на практиці розглядувана частина процесу, в якій здійснюються приймання, реєстрація, перевірка та вирішення заяв і повідомлень про злочини, іменується стадією порушення кримінальної справи. Як видно, за основу такого позначення взято назву одного з однойменних рішень, що приймається у цій частині провадження. Але, по-перше, тут приймаються й інші рішення, зокрема про відмову в порушенні кримінальної справи і про направлення заяв і повідомлень

про злочин за належністю (підслідністю чи підсудністю). Чому ж дана обставина ігнорується та їхні назви ніяк не відображаються в назві тієї частини процесу, що іменується стадією порушення кримінальної справи? Справді, якщо в розглядуваній частині процесу рішення про порушення кримінальної справи приймається приблизно в 27% випадків, а про відмову в порушенні кримінальної справи — більш ніж у 60%, то чи не доцільніше було б іменувати розглядувану частину процесу стадією про відмову в порушенні кримінальної справи?! Одразу можна сказати, що така назва не звучить, ріже слух, і вже тому не можна погодитися з таким позначенням цієї частини процесу. Але справа не в співзвучності найменування зазначеного акта з назвою цієї частини. Головне полягає в алогізмі такого підходу до найменування досліджуваної частини процесу. Як би ми не намагалися назвати дану частину процесу ім'ям одного з прийнятих тут рішень, все одно жодне з них не відобразить її процесуальну природу і властиве тільки їй функціональне призначення. Тим більше, що в будь-якому його позначенні ігноруватиметься ще одне рішення, яке тут приймається, — про направлення заяви чи повідомлення про злочин за належністю, тобто підслідністю чи підсудністю.

Як же в ситуації, що склалася, слід чинити, щоб запропоноване позначення розглядуваної частини процесу було адекватним його правовій природі і у той же час правильно відображало те місце, яке вона посідає в загальній процесуальній системі? На наш погляд, досягнення названих цілей можливе лише на основі такого методологічного підходу, що є загальним для визначення місця і функціонального призначення всіх стадій у сучасному кримінальному процесі, а не на якій-небудь одній з них. Якщо, наприклад, специфіка співвідношення попереднього слідства і судового розгляду зумовила найменування попереднього процесу як досудового слідства, то при такому підході цілком виправдано частину процесу, що передує розслідуванню злочину, іменувати дослідчим кримінальним процесом або дослідчим провадженням по заявах і повідомленнях про злочини, що одне й те ж. Але чому в даному випадку має йтися про дослідчий кримінальний процес, а не про конкретну кримінально-процесуальну стадію?

Справа в тому, що стадія — це завжди крок у напрямку висхідного розвитку кримінально-процесуальної діяльності в загальній процесуальній системі, заснованій на зміні різних видів

провадженъ — від вихідного до наступного, а від нього — до наступного, тобто до чергового, пов'язаного з вихідним процесом певною кількістю попередніх процесів. Саме тому про них говорять як про систему кримінально-процесуальних стадій, що змінюють одна одну. Нічого подібного не відбувається з тією частиною процесу, в якій здійснюються приймання, реєстрація, перевірка та вирішення заяв і повідомлень про злочини і приймається рішення про відмову в порушенні кримінальної справи¹.

При аналізі специфіки взаємозв'язку дослідчого кримінального процесу зі слідчим і судовим процесами звертає на себе увагу підвищена, частіше за все домінуюча, його автономність. Справді, якщо в названому процесі (за результатами розгляду заяв чи повідомлень про злочини) приймається більш за все рішення про відмову в по-

¹ Теоретичне обґрунтування дослідчого кримінального процесу здійснено понад 20 років тому і отримало визнання не лише серед науковців, а й практичних працівників. Більш того, багато положень даної концепції знайшли своє відображення у проєкті нового КПК України (докладніше про це див.: *Зеленецький В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. — Х., 1979. — С. 11; *Його ж.* Доследственные ситуации в советском уголовном процессе // Следственные ситуации: Сб. научн. трудов. — М., 1985. — С. 30–33; *Його ж.* Информационные основы доследственного уголовного процесса // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам. — Красноярск, 1987. — С. 59–60; *Його ж.* Проблеми правової регламентації дослідчого кримінального процесу в КПК України // Іменем закону. — 1994. — № 17. — С. 5–6; *Його ж.* Державне обвинувачення в системі кримінально-процесуальних стадій // Вісник Академії правових наук України. — 1995. № 4. — С. 98–106; *Його ж.* Види ініціатиї доследственного уголовного процесса // Правова держава: Проблеми, перспективи розвитку. Короткі тези доповідей. — Х., 1995. — С. 331–332; *Його ж.* Про кодифікацію законодавства, що регламентує дослідчий кримінальний процес: Третя Всеукраїнська конференція «Стан кодифікаційного процесу в Україні: системність, пріоритети, уніфікація». — К., 1995. — С. 112; *Його ж.* Структура дослідчого кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7. — С. 126–133; *Його ж.* Возбуждение уголовного дела. — Х., 1998. — С. 370; *Його ж.* Принципы доследственного уголовного процесса // Бизнес Информ. — 1998. — № 3 (223), № 4 (224). — С. 21–24; *Його ж.* Проект Закону України «Про порядок прийняття, реєстрації, перевірки та вирішення заяв, повідомлень, іншої інформації про злочини» // Питання боротьби зі злочинністю. — 1999. — Вип. 3. — С. 890, 118; *Його ж.* Проблеми правової регламентації дослідчого кримінального процесу // Концепція формування законодавства України. — Запоріжжя, 2002 — С. 184–189; *Його ж.* Проблемы инициации доследственного уголовного процесса // Весы Фемиды. — Симферополь, 2001. — № 2(18) та ін.

рушенні кримінальної справи (приблизно 65–67 %), то зв'язок його зі слідчим процесом здійснюється лише в 25% випадків, коли за заявою чи повідомленням про злочин приймається рішення про порушення кримінальної справи. Оскільки не всі порушені кримінальні справи доходять до судового розгляду, тому що багато з них закінчуються провадженням у стадії досудового слідства, а до суду надходить ще менше, ніж порушено, то зв'язок дослідчого кримінального процесу із судовим реалізується лише у відносно незначній кількості випадків, а точніше, по тих справах, що, будучи порушеними в дослідчому кримінальному процесі, все-таки дійшли до основного судового розгляду і там, у встановленому законом порядку, одержали своє вирішення у відповідному вирокі суду. Саме в таких випадках дослідчий кримінальний процес робить свій внесок в успішне вирішення питання про кримінальну відповідальність винного за вчинений ним злочин.

Дослідчий кримінальний процес має особливу, властиву тільки йому структуру. Якщо під структурою чого-небудь прийнято розуміти закон зв'язку елементів, що утворюють у своїй єдності конкретне ціле¹, то для розкриття сутності цілого, яким у нашому випадку є дослідчий кримінальний процес, варто дати характеристику кожного структурного елемента цього процесу.

Ознайомлення з предметом дослідження, у тому числі з назви цієї роботи видно, що як названі структурні елементи дослідчого кримінального процесу виступають приймання, реєстрація, перевірка та вирішення заяв і повідомлень про злочини. Кожний з перелічених елементів має особливу, тільки йому властиву специфіку і вже тому заслуговує на самостійну характеристику. Однак обсяг даної роботи не дозволяє зробити цього, у зв'язку з чим зупинимося лише на таких моментах, що мають певною мірою дискусійний характер. Першим таким елементом дослідчого кримінального процесу є прийняття конкретною особою заяв, повідомлень, так само як і іншої інформації про вчинений або той, що готується, злочин. Труднощі в цій частині виникають у тих випадках, коли та чи інша посадова особа не приймає від громадянина подану їй заяву чи повідомлення про злочин. Виходячи з цього, деякі наші опоненти стверджують, начебто в таких випадках немає в загальноприйнятому сенсі приймання заяви чи повідомлення про злочин,

¹ Див.: *Философский словарь*. – М., 1972. – С. 395; *Венцковский Я. Э. Философские проблемы развития науки*. – М., 1982. – С. 110.

і якщо це так, то немає і того елемента, що є вихідним для формування структури дослідчого кримінального процесу, а коли так, то немає і самого названого процесу. Чи так це? Хибність такого роду тверджень походить від нерозуміння специфіки спонукальних сил, що ініціюють дослідчий кримінальний процес.

Закон не вимагає, щоб який-небудь з компетентних правоохоронних органів виразив свою згоду на прийняття поданої йому заяви чи повідомлення. Незалежно від характеру ставлення посадової особи до поданої заяви чи повідомлення про злочин процес провадження по даному джерелу інформації про злочин виник і продовжує функціонувати в чеканні своєї перевірки і прийняття по ньому відповідного рішення. Такий порядок виникнення кримінального процесу ще в 1981 р. я назвав автодинамічним, оскільки конкретним посадовим особам даного правоохоронного органу нічого не залишається робити, як під страхом відповідальності прийняти і, констатуєючи цей факт, зареєструвати джерело інформації, котра надійшла, в тому обліково-реєстраційному документі, що встановлений для даного правоохоронного органу. Дії посадової особи названого органу, пов'язані з реєстрацією джерела інформації, що надійшла, про вчинений чи той, що готується, злочин, і утворюють зміст другого елемента, який разом з раніше названим становить структуру дослідчого кримінального процесу.

Третій структурний елемент даного процесу — перевірка інформації, що надійшла, про вчинений чи той, що готується, злочин. Іноді можна чути від практичних працівників, а нерідко і читати в різних публікаціях, що прийняти передбачене законом рішення можна і без перевірки інформації, котра надійшла, про злочин. Можливо і можна, але чи буде таке рішення законним і обґрунтованим, сумніваюся. Відомо, що для обґрунтування будь-якого рішення потрібні дослідження, аналіз, а відтак, і перевірка інформації, що надійшла. Практика свідчить про те, що переважна більшість рішень про закінчення кримінальних справ чи про скасування постанов про відмову в їх порушенні приймалися прокурорами через односторонню, неповну, недостатню чи необ'єктивну перевірку заяв і повідомлень про вчинені злочини. З огляду на цю обставину і наполягаючи на обов'язковості провадження перевірок заяв і повідомлень, що надійшли, про злочини, мною була розроблена система дослідчих пізнавальних дій, своєчасне і доброякісне провадження яких покликане забезпечити встановлення істини, прийняття законних і обґрунтованих рішень у дослідчому

кримінальному процесі. До них я відношу: дослідче опитування громадян (що відображається у відповідному протоколі); відібрання власноручних пояснень громадян з наступною фіксацією їх в однойменних процесуальних актах; дослідчий огляд предметів, документів, приміщень, території та інших значущих для встановлення істини об'єктів; витребування матеріалів, що належать до даного провадження; контрольні закупівлі, виміри тощо; доручення посадовим особам установ, підприємств і організацій провадження в підпорядкованих їм підрозділах перевірок, ревізій чи відомчих експертиз; виготовлення відбитків і зліпків; дослідче дослідження об'єктів, що належать до даного провадження, особами, які володіють спеціальними знаннями; прийняття з'явлення з повинною; прийняття доказової інформації, що надається установами, підприємствами, організаціями, посадовими особами і громадянами; провадження дослідчої кіно-фото-відеозйомки; виготовлення дослідчих графічних зображень (схем, графіків, розрізів, креслень та ін.); опечатування приміщень; здійснення відео- і магнітофонних записів; огляд транспортних засобів, багажу й особистих речей правопорушника. Вичерпний перелік таких дій, як і процесуальний порядок провадження кожного з них, має бути докладно регламентований певною сукупністю взаємопов'язаних норм. При цьому в законі має бути визначено їх місце в загальній системі пізнавальних дій (тобто співвідношення дослідчих дій зі слідчими і судовими), а також цілком конкретно зазначені ті наслідки, що можуть настати у разі порушення процесуального порядку їх провадження.

Зміст усіх видів діяльності відображається у відповідній системі процесуальних актів. Серед них особливе місце посідають, з одного боку, протоколи дослідчих процесуальних дій, що констатують факт, зміст і результати їх провадження, а з другого — сукупність процесуальних рішень, що визначають як перебіг, так і результат даного процесу. У новому КПК України усі види процесуальних актів дослідчого кримінального процесу повинні бути докладно регламентовані, нормативно визначена специфіка їх взаємозв'язку із системою слідчих і судових актів, а також зазначені процесуальні наслідки порушення порядку їх складання або винесення.

Використання всієї системи названих дослідчих пізнавальних дій забезпечує самодостатність дослідчого кримінального процесу в успішному вирішенні всього комплексу завдань, що постають перед ним. Серед них насамперед завдання кримінально-правового, кримінологічного і процесуального характеру. При цьому під самодостатністю слід розуміти такий характер провадження, що за-

безпечує вирішення названих завдань властивими йому дослідчими процесуальними (і насамперед пізнавальними) засобами. Для забезпечення самодостатності цього процесу на основі вивчення чинного законодавства, досвіду і досягнень різних галузей науки якраз і розроблено систему перелічених вище дослідчих процесуальних дій, провадження яких забезпечить успішне вирішення всіх завдань, що постають перед даним провадженням.

У проєкті нового КПК України всі названі дослідчі пізнавальні дії отримали докладний опис, про який, у разі прийняття КПК, можна буде говорити як про достатню їх правову регламентацію, здатну забезпечити самодостатність дослідчого процесу. Разом з тим прагнення деяких членів робочої групи по розробці проєкту КПК до підвищення пізнавальних можливостей розглядуваної частини провадження призвело до включення до загального переліку пізнавальних дій засобів, що давно отримали статус слідчих дій і як такі успішно застосовуються в стадії попереднього (досудового) розслідування злочинів. Йдеться про огляд, освідування, обшук, виїмку, ексгумацію трупа, накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 177 проєкту КПК), тобто про сім слідчих дій із тих дванадцяти, які передбачені чинним КПК. При такому підході до правової регламентації засобів пізнання, використовуваних у дослідчому процесі, створюється своєрідний симбіоз сурогатних засобів провадження, що не відповідають природі дослідчого процесу. І чим більше в загальну систему дослідчих пізнавальних дій включатимуться слідчі дії, тим очевиднішою є трансформація (перетворення) дослідчого кримінального процесу в слідчий. Вважаю, що для успішного вирішення в цій частині процесу завдання всебічного, повного й об'єктивного встановлення ознак злочину, так само як і для законного й обґрунтованого порушення кримінальної справи (чи про відмову в цьому), цілком достатньо півтора десятка перелічених вище дослідчих пізнавальних дій.

Нарешті, зупинимось на характеристиці ще одного структурного елемента дослідчого кримінального процесу, яким є прийняття передбаченої законом певної сукупності кримінально-процесуальних рішень. Звичайно до числа таких рішень належать тільки ті, перелік яких викладено у ч. 2 ст. 97 КПК, тобто про порушення кримінальної справи; про відмову в порушенні кримінальної справи і про направлення заяв чи повідомлень, так само як і іншої інформації про вчинений злочин, за належністю, тобто за під-

слідністю чи підсудністю. Тим часом до дослідчого кримінального процесу надходить інформація про вчинення і таких злочинів, щодо яких можливий початок досудової підготовки матеріалів у протокольній формі (ст. 425 КПК). Для того щоб таке провадження розпочати, його теж слід порушити. Бажаємо ми того чи ні, але на практиці з прийняття такого рішення фактично і починає здійснюватися протокольна форма дізнання. По суті, йдеться про винесення ще одного, четвертого за порядком рішення, прийнятого в дослідчому кримінальному процесі. Якщо прийняття трьох перших рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК, досліджено в літературі досить глибоко, то четвертому рішенню — про порушення протокольної форми досудової підготовки матеріалів — увага практично не приділялася. Саме з цієї причини розглянемо процесуальний порядок прийняття рішення про порушення протокольної форми досудової підготовки матеріалів, або, що одне і те ж, про порушення протокольної форми дізнання в дослідчому кримінальному процесі. Дане рішення (як і ті, котрі називалися) може бути прийнято тільки за наявності передбачених законом приводів і достатніх для того підстав. У законі наведено вичерпний перелік приводів до порушення кримінальної справи (ч. 1 ст. 94 КТЖ), але при цьому не говориться, що ті ж самі джерела інформації про вчинені злочини є також і приводом до порушення протокольної форми дізнання. Оскільки на практиці в основу прийнятих рішень про порушення протокольної форми дізнання покладається інформація, отримана з тих же джерел, що і для порушення кримінальної справи, то правомірно вважати їх приводами до порушення не тільки кримінальної справи, а й протокольного провадження. У зв'язку з викладеним до назви ст. 94 КПК має бути внесено відповідні зміни.

Відомо, що будь-яке рішення може бути прийнято лише за наявності достатніх для того підстав. Відповідно до ч. 2 ст. 94 КПК останнє є складним, складеним чи, краще сказати, комплексним. Його структуру складають три види компонентів: 1) кримінально-правові (ознаки конкретного злочину); 2) фактичні (сукупність фактичних даних, що встановлюють ознаки злочину); 3) процесуальні (наявність даних про вчинення такого злочину, щодо якого законом дозволяється протокольна форма дізнання).

Таким чином, єдність кримінально-правового, фактичного і процесуального утворює необхідну і достатню підставу для порушення протокольної форми дізнання. Згідно зі ст. 130 КПК зазначене рішення має складатися у формі постанови, назва якої і відображатиме адекватно характер прийнятого рішення. Розглянуті

структурні елементи дослідчого кримінального процесу, при всій їх індивідуальній самостійності, перебувають в об'єктивно властивому їм взаємозв'язку, а отже, і у відповідній функціональній залежності. У реальному дослідчому кримінальному процесі названі взаємозв'язок і взаємозалежність реалізуються поступально, у тій послідовності, в якій їх тут розглянуто. У загальній системі їх послідовної реалізації названі структурні елементи дослідчого кримінального процесу виступають як вихідні, проміжні і кінцеві. У той же час вони стосовно одне одного реалізуються як попередні і наступні. Така їх кваліфікація має важливе не тільки теоретичне, а й безпосередньо практичне значення. Останнє проявляється в тому, що до виконання свого функціонального призначення попереднім, наприклад вихідним, елементом, яким у даному разі є прийняття інформації про вчинений злочин, не може реалізувати свою функцію наступний, тобто проміжний, елемент, яким у розглядуваній системі є реєстрація заяв, повідомлень, іншої інформації про злочини. Зрозуміло, що із зазначених причин виключається можливість вирішення відповідних завдань на етапах дослідження (перевірки) і вирішення заяв та повідомлень, так само як і іншої інформації про злочини. Ті ж причинно-наслідкові чинники роблять неможливою зміну черговості у вирішенні завдань кожним структурним елементом поза тією послідовністю, що характерна для їх взаємозв'язку і взаємозалежності, які у своїй єдності утворюють стабільну структуру дослідчого кримінального процесу.

Надійшла до редколегії 25.08.04

*А. Осетинський, заступник Голови
Вишого господарського суду України,
Заслужений юрист України*

Функціональна основа організації касаційної судової інстанції господарської юрисдикції

Сучасний правопорядок, що характеризується динамічністю та тенденціями різновекторної інтеграції, вимагає від касаційної судової інстанції підвищеної дієвості та ефективності. Питання про те, якою має бути касаційна інстанція в сучасній системі госпо-

дарських судів України, червоною ниткою пройшло через всі здійснені етапи нинішньої судової реформи і попередньо отримало відображення в Законі України «Про арбітражний суд» (1991 р.), схваленій Верховною Радою України Концепції судово-правової реформи в Україні (1992 р.), пакеті законів так званої «малої судової реформи», зокрема в Законі України «Про господарські суди» (2001 р.) та процесуальному законодавстві. Кожний черговий крок розвитку законодавства про судоустрій надавав новій якості в розумінні статусу вищого спеціалізованого суду.

Нині відповідно до Конституції України Законом України «Про судоустрій України» за Вищим господарським судом України як вищим судовим органом спеціалізованих судів господарської юрисдикції закріплено повноваження щодо розгляду справ у касаційному порядку, ведення та аналізу судової статистики, вивчення й узагальнення судової практики, надання методичної допомоги судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики, надання спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства (ст. 39).

Реалізація цих напрямків функціонально вимагає чіткої діяльній диференціації між окремими організаційними утвореннями, з яких складається касаційна інстанція, чіткої міжінстанційної взаємодії всіх ланок судової системи.

Ця компетенційна визначеність, звичайно, не є результатом лише абстрактного моделювання, вона цілковито відображає об'єктивні потреби сьогодення і ті сучасні завдання, що стоять перед системою господарських судів. В її основі лежить соціально зумовлена функціональна схема діяльності вищої спеціалізованої судової інстанції. Остання є касаційною інституцією, виконує функцію касації як найвагомішу складову в системі перегляду судових рішень. Але чи можна було б в умовах динамічного розвитку законодавства, коли суди нижчих ланок постійно потребують комплексної методологічної допомоги, коли збереження стабільності судової практики стає завданням загальнодержавного значення, обмежитись лише вузьким, суто процесуальним розумінням функції касації при визначенні завдань та компетенції вищого суду? Вищий суд у певній судовій системі є відповідальним не тільки за остаточний розгляд конкретної справи, а й також і за стан системи в цілому.

Таким чином, функціональну основу організації касаційної судової інстанції господарської юрисдикції невірно було б пов'язувати тільки з виконанням завдань процесуальної форми, завдань щодо перегляду рішень у конкретних судових справах. Вищий спеціалізований господарський суд є ваговою державною інституцією, що реалізує функції загальнодержавного рівня, насамперед, функцію утвердження правопорядку в сфері господарювання шляхом здійснення правосуддя. В теорії права механізм держави вірно характеризується як система всіх державних організацій, які здійснюють її завдання і реалізують функції¹. В ряду інших інституцій в діяльності господарського суду міститься авторитетний прояв регування держави на факти правопорушень у сфері господарських відносин. А тому основи організації та діяльності, роль та значення Вищого господарського суду України як вищого спеціалізованого суду слід розглядати не тільки з позиції дослідження внутрішніх зв'язків, зумовлених процесуальною формою, а також у площині зовнішніх зв'язків на найвищому рівні правової системи.

Вищий спеціалізований господарський суд за своєю сутністю є касаційним судом. Саме касаційна функція відображає його основну якісну характеристику. І, звісно, недаремно в багатьох країнах світу вищі судові інстанції безпосередньо і мають назву касаційних судів. Але касаційний статус Вищого спеціалізованого господарського суду не означає, що він виконує тільки одну-єдину функцію, а саме функцію касації. Цей статус передбачає, що дана функція є основною, визначальною, системоутворюючою функцією, навколо якої або поряд з якою необхідна та можлива реалізація також інших об'єктивно зумовлених функцій. Наприклад, Вищий господарський суд України функціонально взаємодіє з широким колом правоохоронних та контролюючих органів. Ця взаємодія реалізується і при спільному обговоренні та вивченні найскладніших проблем у сфері господарювання, і у справі координації заходів з навчання та підвищення кваліфікації спеціалістів, і при обміні досвідом і т. ін. Це важливі, але допоміжні функціональні напрямки. Доречно також згадати, що до прийняття Конституції України відповідно до ст. 12 Закону України «Про арбітражний суд» Вищий господарський суд України виконував функцію законодавчої ініціативи, реалізація якої дозволила оперативно на державно-

¹ Див.: Теорія держави і права: Навчальний посібник / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков. – К., 2002. – С. 100–102.

му рівні вирішити чимало питань удосконалення як матеріально-го господарського, так і процесуального законодавства. Слід визнати, що в той період виконання вищим судом цієї функції мало вагому об'єктивну зумовленість.

Функціональна основа впорядкування діяльності інституцій загальнодержавного рівня знаходиться в центрі постійних наукових досліджень, глибинних пошуків політико-правової думки, коріння яких сягає «сивої давнини». У вітчизняному праві питання теорії функцій на державному рівні розглядали чимало дослідників, при цьому в першому ряду можна назвати праці В. Копейчикова, В. Погорілка, М. Козюбри, О. Скакун, А. Зайця, П. Рабіновича, теоретичні напрацювання яких створили надійний фундамент не тільки для розвитку теорії права, а й також для широкої палітри галузевих та вузькоспеціальних досліджень.

Функції є предметом наукового пошуку тому, що саме через їх характеристику відкривається можливість глибокого з'ясування змісту та природи відповідної правової інституції, напрямків її діяльності, саме на основі комплексної оцінки всієї системи функцій органу держави розкривається його статус. Комплексний підхід до оцінки системи функцій, що виконує певна інституція, є єдино виправданим і обґрунтованим. Так, Д. Притика, характеризуючи функції господарських судів України, зокрема функцію захисту економічних прав та інтересів господарюючих суб'єктів і держави як основну, вірно здійснив чітке виокремлення головних (основних) та другорядних (додаткових) функцій. При цьому він підкреслив, що додаткові функції відіграють у діяльності господарського суду не останню роль, вони мають велике, хоча і не вирішальне значення¹.

В науці також застосовується рівневий підхід до визначення функціональної основи у правовій системі, зокрема, як справедливо визначив В. Коваль, перший рівень — це функції держави в цілому, другий — функції окремих гілок влади, третій — функції окремих державних органів, четвертий — функції окремих посадових осіб². Важливе значення має і, так би мовити, внутрішня диференціація тієї чи іншої функції. Так, В. Смородинський запропонував розділити функції судової влади на дві групи, а саме: функції

¹ Див.: Притика Д. М. Правові засади організації і діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення. — К., 2003. — С. 65–69.

² Див.: Коваль В. Актуальні проблеми функціонування судової системи України // Право України. — 2003. — № 12. — С. 22.

охоронювальної спрямованості і функції правосуддя, судового контролю¹.

Вивчення правових явищ через розкриття змісту функцій сформувало окремий метод наукових досліджень, що має назву функціонального методу. Інколи його називають методом функціонального аналізу. Цей метод тісно взаємопов'язаний з діяльнісним методом. І це зрозуміло, адже зміст функції неможливо розкрити без всебічної оцінки діяльності відповідної інституції чи органу.

Функція — це вид, напрям діяльності, спосіб впливу права. Функція (від лат. *functio* — виконання, здійснення) — це діяльність, обов'язок, робота, зовнішній прояв якостей певного об'єкта в цій системі відносин, це роль, яку виконує відповідна інституція чи процес щодо цілого². Функції визначають не всі, а лише основні, загальні, домінуючі, пріоритетні, постійні види та напрями діяльності суб'єкта. Функція завжди існує у відповідному співвідношенні з метою та завданнями, компетенцією суб'єкта, його організаційною структурою. Функція має об'єктивний, первісний характер, у той час як організаційні надбудови є похідними і можуть час від часу змінюватись, у тому числі в межах однієї правової ідеології, межах одного якісно однорідного етапу розвитку правової системи. Пізнання функцій відбувається в тому числі через їх класифікацію, розподіл на окремі види.

Використання зазначених наукових методів слід вважати абсолютно обов'язковим при дослідженні місця та ролі вищого суду як касаційної інстанції. При цьому важливим є вибір самої функції чи системи функцій, які кладуться в основу здійснення аналізу. Функція правосуддя, безперечно, є першоосновою в розумінні ролі, значення, завдань судової влади в суспільстві. За своїм змістом вона відображає високий рівень узагальнення всіх напрямків діяльності судової системи. Дослідження функціональної основи судової влади через функцію правосуддя фактично «не має меж». Залежно від точки відліку поряд або в межах функції правосуддя є можливість виділити прояви функцій охорони права³, реального забезпечення принципу верховенства права і повної реалізації вимог закону, за-

¹ Див.: *Смородинський В. С.* Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 7.

² Див.: *Советский энциклопедический словарь.* — М., 1989. — С. 1453.

³ Див.: *Організація судових і правоохоронних органів: Навчальний посібник / Марочкін І. Є., Афанасьєв І. В., Бабкова В. С.* — Х., 2000. — С. 13.

хисту прав та інтересів суб'єктів права¹, судового контролю за діяльністю посадових осіб та органів інших гілок влади² і т. ін. І це так, оскільки розглядати функції поза певною системою відносин неможливо. Лише в «системному оточенні» функція дає можливість проявитись тим чи іншим властивостям її носія. Ця функція є методологічною базою в питанні визначення засад організації та діяльності суду в цілому. Разом з тим для з'ясування організаційно-функціональних параметрів окремої судової інстанції, зокрема касаційної, більш «придатним» і точним інструментом дослідження має виступати не сама функція правосуддя, а її прояв — функція касації. Саме остання може дати більш чітке уявлення про роль і місце касаційної інстанції в судовій системі та механізмі держави.

Застосування функціонального методу дає можливість констатувати, що при визначенні функціональної основи організації касаційної судової інстанції господарської юрисдикції важливим є як розкриття змісту функцій, так і правильне визначення функціональних акцентів. Так, якщо йдеться про Вищий господарський суд України як окрему цілісну інституцію, то розуміння виконання ним касаційної функції слід пов'язувати з реалізацією загальнодержавної функції здійснення судової влади в суспільстві. Але ж Вищий господарський суд України як цілісна інституція не виступає органом правосуддя у конкретних справах. Конкретні судові справи розглядаються визначеними законом складами суду, які організаційно діють у межах відповідних судових палат. Тобто процесуальна функція здійснення перегляду справ у касаційному порядку об'єктивно зумовлює формування саме судової палати, зумовлює її організаційно-правові зв'язки.

В свою чергу процесуальна функція касаційного перегляду, що реалізується при провадженні у конкретних справах, трансформується через узгоджену діяльність судових палат Вищого господарського суду України у функцію реалізації судової влади (господарської юрисдикції) на загальнодержавному рівні.

Якщо акцент процесуальної функції касації пов'язується з розглядом конкретної справи відповідно до закону, то акцент розуміння касації як функції загальнодержавного рівня слід зробити на аспекті узагальнення практики, формування на цій основі послідовних правових позицій та авторитетних роз'яснень. Відповідно, реалізація процесуальної функції касації пов'язана з тлумаченням матеріаль-

¹ Див.: *Притика Д. М.* Вказана праця. — С. 15, 68.

² Див.: *Орзих М. Ф.* Судебная власть в механизме защиты прав человека: доктрина и практика // *Юридичний вісник.* — 2001. — № 4. — С. 123.

них та процесуальних норм через оцінку конкретних обставин справи, а касації як функції загальнодержавного рівня — з абстрагованим від фактичної конкретики тлумаченням правової норми на широкій узагальненій основі прикладів правозастосування.

Розстановка зазначених акцентів у розумінні функції касації, безумовно, не передбачає протиставлення прояву процесуальної функції та функції загальнодержавного рівня. Вони тісно взаємопов'язані, мають елементи єдності, неможливі одна без одної. Реалізація касації як функції здійснення судової влади на загальнодержавному рівні є продовженням процесуальної функції перегляду конкретних справ. А, відповідно, реалізація процесуальної функції касаційного перегляду з огляду на постійний розвиток права та деякі його законодавчі неузгодженості об'єктивно потребує «допомоги» як узагальнено на державному рівні сформульованих авторитетних рекомендацій вищої судової установи.

Тобто функцію касації в системі господарської юстиції необхідно досліджувати в площині реалізації двох її форм, двох проявів. Обидві ці форми мають власне організаційне забезпечення та здійснюються через окремі організаційні утворення. Як уже зазначалось, виконання функції касації в її суто процесуальному змісті забезпечується шляхом упорядкування та організації судових палат, які насамперед виконують роль організаційно-кадрового ресурсу для формування складів суду при касаційному перегляді конкретних судових справ. Реалізація касаційної функції через діяльність з узагальнення практики та надання рекомендацій щодо застосування законодавства забезпечується дещо в інший спосіб. Так, організація роботи з узагальнення судової практики пронизує всю систему господарських судів знизу догори. Це завдання прямо покладено на апеляційні суди та Вищий господарський суд України, передбачає активну участь судів місцевого рівня. Воно конкретизовано у переліку повноважень голів та заступників голів апеляційних судів, є складовою діяльності судових палат апеляційних судів, однією із функцій президії апеляційного суду. У Вищому господарському суді України питанням, пов'язаним з узагальненням судової практики, приділено надзвичайно велике значення. Так, робота з вивчення та узагальнення судової практики, надання судам нижчого рівня методичної допомоги та рекомендаційних роз'яснень з метою однакового застосування норм Конституції України та законів у судовій практиці є важливою складовою діяльності його судових палат, президії та пленуму, в організаційному плані прямо передбачена серед повноважень Голови Вищого гос-

подарського суду України та його заступників. На виконання цього напрямку діяльності націлені організаційні можливості та функціонально спрямовані апарати всіх господарських судів.

Функція з узагальнення судової практики в господарських судах діє як єдине ціле. З прийняттям у парламенті чергового важливого для господарської сфери нормативного акта вся система вивчення та узагальнення судової практики невідкладно вступає в дію з метою якомога швидше забезпечити суб'єктів господарських правовідносин чіткими роз'ясненнями щодо складних та спірних моментів його застосування.

З огляду на зазначене слід підкреслити, що розглядати діяльність з узагальнення практики та надання рекомендацій нижчим судам щодо застосування чинного законодавства поза функцією касації означало б віднесення цього важливого напрямку роботи, що забезпечує єдність системи господарських судів та цілісність і послідовність у правозастосуванні, до допоміжного, факультативного, другорядного, що саме по собі не відповідає ані реаліям діяльності Вищого господарського суду України з цих питань, ані теоретичному розумінню змісту функції касації.

Зміст функції касації в різних аспектах нині активно досліджується фахівцями різних галузей права¹. Його наукове розуміння розвивається разом з законодавчим забезпеченням. За радянських часів функція касації здійснювалась судами другої ланки, а на вищий суд покладалось завдання щодо нагляду. Звісно, за такого стану речей узагальнення практики і надання роз'яснень з питань застосування законодавства розглядалися як зовсім відокремлений напрям діяльності. Інша справа нині. Функція касації набула принципово нового значення і стала виключною функцією вищого суду.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що функціональну основу організації касаційної судової інстанції господар-

¹ Див.: *Тимченко П.* Научно-правовое исследование проблем обжалования судебных решений в гражданском процессе: история и современность. – Полтава, 2002. – С. 324–326; *Шевчук П. І., Кривенко В. В.* Апеляційне і касаційне оскарження судових рішень (коментар цивільного процесуального законодавства). – К., 2003. – С. 42–48; *Гузь Л. Е.* Апелляционное и кассационное производство. Теория, проблемы и практика применения судами первой, апелляционной и кассационной инстанций. – Х., 2003. – С. 158–159; *Шишкін В. І., Куйбіда Р. О.* Оскарження й перегляд судових рішень в Україні. – К., 2003. – С. 89–91; *Ємельянова І.* Апеляційний і касаційний перегляд судових рішень у цивільному судочинстві: теоретичні та практичні аспекти // *Право України.* – 2004. – № 2. – С. 20–21.

ської юрисдикції становить функція касації як прояв функції правосуддя. При цьому на організаційну побудову касаційної інстанції впливають обидва прояви касаційної функції та її процесуальна складова, що реалізується в порядку перегляду судових рішень, і складова з забезпечення узагальнення практики та надання рекомендацій щодо застосування законодавства.

Реалізація в сучасних умовах нових функцій вищими судовими установами є підтвердженням нової сутності держави, держави демократичної та правової, підтвердженням реальності поділу влади в суспільстві. Саме через розвиток касаційної судової функції відбуваються утвердження судової влади і зменшення впливу адміністрування в правовій системі. Фактично касація витісняє елементи надмірного адміністрування із сфери правового регулювання і утверджує засади верховенства права та законності.

Надійшла до редколегії 16.07.04

В. Шепітько, член-кореспондент
АПрН України

Психологія судової діяльності: проблеми теорії та практики

Суддя — посадова особа відповідного суду, носій судової влади. Це та особа, яка уповноважена виносити судові рішення від імені держави¹. З цим пов'язане його підкорення тільки законам, заборона впливу на нього в будь-який спосіб. Відповідно до Конституції України правосуддя здійснюють професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні. Професійні судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу

¹ І. Фойницький зазначав, що всі судові рішення постановляються ім'ям верховної державної влади, за указом Його Імператорської Величності. Ця основа державного суду має силу як для кримінального, так і для цивільного суду. В обох випадках суд служить не приватним інтересам окремих осіб, окремих громадських гуртків чи окремих відомств, а загальним державним інтересам правосуддя (див.: *Фойницький І. П. Курс уголовного судопроизводства*. — СПб., 1996. — Т. 1. — С. 8).

оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої (ст. 127).

Професія судді є найбільш складною серед юридичних професій. Це пов'язано з необхідністю приймати важливі та відповідальні рішення, визначати долі інших людей, їхню винуватість чи невинуватість у вчиненні злочинів. Тому суддя повинен мати високу відповідальність за свої вчинки та дії.

Основна і виключна функція суду — вирішення справи по суті. Суд здійснює правосуддя у формі розгляду і вирішення кримінальних, цивільних, господарських, адміністративних та деяких інших категорій справ у встановленому законом процесуальному порядку.

Психологічні особливості процесуальної діяльності суду пов'язані з такими обставинами: 1) чітким порядком розгляду справ у суді (точна правова регламентація процедури); 2) стадійністю здійснення діяльності (процес проходить декілька чітко визначених етапів); 3) активністю різних учасників процесу (прокурора, захисника, цивільного позивача, цивільного відповідача та ін.); 4) зовнішніми умовами, в яких здійснюється правосуддя (зал судового засідання, технічне оснащення процесу, наявність атрибутики тощо).

Пізнавальна діяльність судді спирається на вже зібрані на досудовому слідстві матеріали (докази по кримінальній справі). Суд повинен перевірити пред'явлені докази, «зважити» їх і винести відповідне рішення. Йдеться про професійні якості судді, наявність відповідного досвіду, вміння розібратися у життєвій ситуації. Саме з цим пов'язано віковий ценз судді — не молодше двадцяти п'яти років. Необхідний також стаж роботи у галузі права — не менше трьох років.

У процесі пізнання події суддя конструє уявні моделі, висуває судові версії. Наявність обвинувального висновку в матеріалах кримінальної справи не повинна мати суттєвого впливу на суддю. Поряд з версією обвинувачення можуть висуватися і контрверсії. У цьому проявляється і роль захисту в змагальному кримінальному процесі. Л. Владимиров зазначав, що суд не аудиторія, де читаються лекції, які складаються з узагальнень різноманітного матеріалу. Суд є розслідуванням індивідуальної події, і захисник повинен усі свої міркування черпати з даного випадку. Тут не може йтися про злочинність узагалі, а лише про злочинність саме цієї людини, яка сидить на лаві підсудних. Перебуваючи у межах того злочину, який засуджується і який він вивчає, захисник повинен тільки з нього черпати свої дані та доводи, ґрунтуючись тільки на клінічному вивченні окремого випадку. Йдеться про винуватість не класу, не групи, не професії, не партії, а саме цієї окремої людини, проти якої пред'явлено обвинувальний акт. Не слід змішувати два

трибунали: науковий і судовий. Перший не знає ніяких строків і умовностей, другий за самим своїм завданням пов'язаний строками й умовностями. Кримінальна справа є краплиною води, в якій живе цілий світ істот, здебільшого невидимих для неозброєного ока¹.

Судді у змагальному процесі (обвинувачення — захист) належить регулююча роль. Вона полягає у створенні ділової обстановки судового процесу, визначенні та регулюванні спілкувань, усуненні різкоконфліктних відносин, зниженні надмірного емоційного збудження учасників.

Діяльність судді пов'язана з розглядом різних за своїм характером справ (кримінальних, цивільних, адміністративних та ін.). Відсутність належної спеціалізації суддів, високий ступінь інтелектуальних і емоційних навантажень, перевищення нормативів кількості розгляду справ призводять до виникнення негативних емоцій, психологічних перевантажень, а зрештою і до професійної деформації (використання схематичності та шаблону в діяльності, негативного ставлення до людей, спрощення процедури розгляду кримінальних чи цивільних справ та ін.)².

Суддя має відрізнятися високими моральними параметрами, прагненням до справедливості. Необхідні індивідуальний підхід до кожної людини, поважне ставлення до її особистості. Правосуддя зачіпає долі багатьох людей. Судити потрібно справедливо, з урахуванням усіх обставин справи. Суддя ж повинен бути об'єктивним.

¹ Див.: *Владимиров Л. Е. Advocatus miles* (Пособие для уголовной защиты) (Извлечение) // Судебное красноречие русских юристов прошлого. — М., 1992. — С. 46.

² Вплив на особу судді різних негативних чинників, надто великі емоційні навантаження дійсно сприяють деформації її психологічної структури. Водночас незадоволення рішеннями суду, певною мірою озлоблення діями суддів породжують гостросатиричні характеристики їх процесуальної фігури. Так, прем'єр-міністр Італії Сільвіо Берлусконі продовжує дивувати світ своїми незвичними висловлюваннями на адресу суддів: «Лише розумово неврівноважені люди, люди з психічними проблемами можуть виконувати цю роботу. Вони це роблять тому, що з антропологічної точки зору відрізняються від інших представників людської раси» (Велик і могуч італійський язык // Событие. — 2003. — 2—8 окт. — С. 5). А ось як описує Віктор Пюго психологічний стан суддів, котрі винесли смертний вирок: «Судді сиділи спереду із вдоволенням виглядом — мабуть раділи, що справа доходить кінця. На обличчі голови, м'яко освітленому відблиском віконного скла, був мирний, добрий вираз; а молодий член суду, смикаючи свої брижі, майже весело патякав із знайомою гарненькою дамою у рожевому капелюшку, яка сиділа позаду нього. Лише присяжні були бліді та похмурі — слід гадати, втомилися від безсонної ночі, деякі позіхали. Так не поведуть себе люди, які щойно ухвалили смертний вирок; на обличчях цих добродушних обивателів я читав лише бажання поспати» (*Гюго В. Собрание сочинений: В 6 т. — М., 1988. — Т. 1. — С. 89*).

Пізнання у суді передбачає зіткнення різних інтересів, виникнення суперечливої інтерпретації тих або інших фактів. У цій ситуації суддя повинен уміти виокремити головне, усунути перекручування, відрізнити емоції від існуючих реальностей. Судді доводиться взаємодіяти з широким колом осіб з різним процесуальним становищем, які по-різному ставляться до справи, відрізняються за своїм інтелектом, віком, професією, соціальним станом та ін. Ця взаємодія має бути суворо процесуальною. Суддя не повинен виконувати не властиві йому функції у наданні «правової допомоги населенню». Щодо цього справедливо слова: «Суд довідок не дає».

Суддю вирізняє висока культура мови. За допомогою мови суддя здійснює комунікативну функцію, регулює спілкування різних осіб, здійснює у допустимих формах психологічний вплив. Мова судді повинна вирізнятися лаконічністю, чіткістю формулювань, юридичною грамотністю. У діяльності судді важливе значення мають письмова мова, вміння складати процесуальні документи.

Професійна діяльність судді передбачає чіткий добір осіб на ці посади, вироблення своєрідних критеріїв відповідності. У психологічній літературі пропонувалася розробка професіограми судді (необхідний набір якостей залежно від виконуваної діяльності). Стосовно діяльності судді виділяють такі сторони (В. Васильєв): соціальну (висока відповідальність за свою діяльність, неупередженість тощо); реконструктивну (загальний та спеціальний інтелект, пам'ять, уява, аналітичне мислення, інтуїція судді та ін.); комунікативну (чуйність, емоційна стійкість, уміння слухати і розмовляти та ін.); організаційну (воля, зібраність, цілеспрямованість, наполегливість та ін.); посвідчувальну (загальна і спеціальна культура письмової мови, навички в складанні письмових документів та ін.).

Діяльність учасників судочинства детально регламентується законом, що встановлює певну процесуальну форму (структуру судового процесу, його стадій, порядку проведення процесуальних дій). Процесуальна форма є гарантією захисту прав і законних інтересів особи.

Судова діяльність характеризується певною послідовністю, стадійністю. Судовий процес складається зі стадій, що змінюють одна одну. На кожній стадії виносяться процесуальні рішення. Стадійність процесу полягає у повній відповідності з науковою організацією праці (НОП). Стадії процесу обмежені часовими інтервалами, розташовуються у логічній послідовності, дозволяють успішно здійснювати судову діяльність.

Функція суду полягає в тому, щоб розв'язати конфлікт, відновити справедливість. Судді при здійсненні правосуддя незалежні та

підкоряються тільки законові. Це означає дотримання законодавчих розпоряджень, здійснення діяльності відповідно до процедури, встановленої чинним законодавством. Судовий процес передбачає виникнення процесуальних правовідносин.

Психологія стосунків учасників судового розгляду передбачає поділ процесуальних функцій, змагальність сторін. Змагальний процес будується на засадах процесуальної рівності сторін. При цьому обвинувач несе «тягар доказування» винуватості обвинуваченого. Активна діяльність суду полягає у забезпеченні рівних прав сторін (обвинувачення і захисту). В змагальному процесі можна говорити про психологічні особливості діяльності обвинувача, захисту, суду.

Функція підтримання державного обвинувачення у суді покладається на органи прокуратури. Прокурор, підтримуючи перед судом державне обвинувачення, подає докази, бере участь в їхньому дослідженні (ст. 264 КПК України), повинен сприяти встановленню об'єктивної істини по кримінальній справі.

У змагальному процесі важливе значення надається обвинувальній промові прокурора¹. Необхідно, щоб його доводи були не лише цікаві, а й втілені в красиву форму і передавалися б слухачам у певній послідовності; інакше промова справить враження окремих уривків, що заступають і затіняють один одного. Щоб усунути ці недоліки, оратор зобов'язаний попрацювати над планом, тому що все вчення про красу і ясність мови зводиться до вміння побудувати план, розподіливши в ньому вигідним чином усі докази й усі свої висновки².

Промова обвинувача повинна мати наступальний характер, справляти психологічний вплив і відповідати соціальним очікуванням. Про-

¹ Не можна забувати, що прокурор — це обвинувач з притаманною йому психологією. Мальовничу психологічну характеристику прокурора наводить Віктор Гюго: «Не можна спокійно говорити про те, що таке королівський прокурор з кримінальних справ. Це людина, яка заробляє собі на життя тим, що відправляє інших людей на смерть. Це штатний постачальник ешафота. І водночас це пан, який претендує на освіту і літературний стиль, а головне, на ораторське красномовство, який прагне справити враження і потішити своє жалюгідне самолюбство там, де для інших вирішується питання життя; у нього свої класичні зразки, свої недосягненні ідеали, для нього Бєлар і Маржанші те саме, що для іншого поета Расин або Буало. Він схиляє судові дебати в бік гільйотини, саме така його роль, його посада. Обвинувальна промова для нього — літературна вправа, він розцвічує її метафорами, прикрашає цитатами, турбуючись про те, щоб причарувати публіку, а головне дам. У нього в запасі є набір непристойностей, які сприймаються недосвідченими провінціалами як новина, він хизується вишуканими прийомами, манірністю і кривлянням» (Гюго В. Вказ. праця. — С. 71–72).

² Див.: Левенстим А. Речь государственного обвинителя в уголовном суде (Извлечения) // Судебное красноречие русских юристов прошлого. — С. 157.

курор має переконати суд у правильності пропонованої ним моделі події злочину й особах, що вчинили його. Промова повинна містити раціональне й емоційне. Судова трибуна — засіб виховання громадян. Виховний вплив адресується не лише підсудному, а й іншим особам.

Природа захисної діяльності є певним чином дослідженою. Деякі спроби у вивченні тактики захисту в кримінальному судочинстві були зроблені Т. Варфоломеевою¹. Тактика захисту передбачає обрання оптимальної позиції (лінії поведінки) захисника, доцільних прийомів її реалізації під час судових та інших дій. І. Фойницький зазначав, що захист є відповіддю на обвинувачення і становить сукупність прав і заходів, спрямованих на захист невинуватості підсудного та його прав і інтересів перед кримінальним судом². За образним висловлюванням Р. Белкіна, захисники — «санітари» кримінального судочинства. Їхню роль неможливо переоцінити. Саме від них законодавець чекає своєчасного запобігання судовим помилкам, коли до відповідальності притягується невинуватий, коли покарання не відповідає ступеню суспільної небезпеки вчиненого, коли слідчий і суд ігнорують обставини, які виключають можливість кримінального переслідування чи пом'якшують покарання³.

Захисник повинен організувати захист так, як вважає за доцільне, використовуючи різні тактико-психологічні прийоми. При цьому він має діяти у межах закону, не допускати порушень норм адвокатської етики. Захисник може використовувати «слабкі місця» обвинувачення. Однак неприпустимим є «свавілля захисту» недобросовісних адвокатів, які використовують протиправні й аморальні засоби. «Захистити клієнта будь-якими засобами» не можна підносити до рангу принципів діяльності адвоката.

Л. Владимиров писав, що кримінальний захисник повинен бути *vir bonus et aequus*⁴, озброєний знанням і глибокою чесністю, поміркований у висновках, безкорисливий у матеріальному відношенні, незалежний у судженнях, стійкий у своїй солідарності з товаришами. Він повинен бути лише правозаступником обвинуваченого, а не його повіреним⁵. Запропоновані Л. Владимировим прийоми захисту є актуальними й дотепер: 1) демонстрація доказів

¹ Див.: Варфоломеева Т. В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника. — К., 1987.

² Див.: Фойницький І. Я. Вказ. праця. — Т. 2. — С. 59.

³ Див.: Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. — М., 2001. — С. 201.

⁴ Муж добрий і справедливий (лат.).

⁵ Див.: Владимиров Л. Е. Вказ. праця. — С. 58.

(демонстраційний спосіб надання і розроблення доказів має незмінно супроводжуватися захистом, що має докази; захисту ж, що не має жодних доказів, залишається шукати порятунку поза сферою доказів, у сфері моральності чи права взагалі); 2) вагомий доказ (не нападайте на супротивника, якщо у вас немає у руці сильного знаряддя; неспроможні витівки проти обвинувачення підривають довіру до захисту; краще мовчати, ніж виявляти сердце безсилля); 3) найбільш зручний порядок надання доказів захистом¹.

Важливе значення має промова адвоката у суді. Цицерон говорив: «*Erit eloquens, qui in foro causisque civilibus ita dicet, ut probat, ut delectet, ut flectat. Probare necessitatis est, delectare suavitudinis, flectere victoriae*»². За рецептом риторики давніх промова адвоката поділялася на шість частин: 1) вступ (*exordium*); 2) розповідь (*narratio*); 3) визначення предмета промови (*propositio et divisio*); 4) доведення (*confirmatio*); 5) спростування (*refutatio*); 6) висновок (*conclusio sive peroratio*). Щось подібне ми знаходимо й у сучасних джерелах: 1) вступ; 2) аналіз фактичних обставин справи; 3) аналіз особистісних особливостей; 4) аналіз мотивів учинення діяння підзахисним; 5) висновок (М. Єнікеєв). На нашу думку, ще Л. Владимиров справедливо зазначав, що поділ промови на частини, як він викладається у давніх, на даний час втратив своє значення, тому що промови виголошуються після судового слідства, на якому все злочинне діяння проходить перед судом у живій, драматичній формі³. Виокремлення певних частин у промові є надто умовним, ситуаційно визначеним наперед, залежним від конкретних обставин справи.

Ухвалення рішень судом має ґрунтуватися на внутрішньому переконанні. Зокрема, у кримінально-процесуальному законодавстві встановлено, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, котре ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом (ст. 323 КПК України). Таке переконання являє собою усвідомлену потребу особи, використання нею власних думок, поглядів і знань. При ухваленні рішень на основі внутрішнього переконання не допускається ніяких сумнівів. Існує правило, згідно з яким сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого (підсудного).

¹ Див.: Владимиров Л. Е. Вказ. праця. — С. 67–70.

² Кожний, хто хоче бути промовистим у цивільній справі, має бути і доказовим, і приємним, і захопленим. Доказовість — необхідна, приємність порядже задоволення, захопленість приводить до перемоги (лат.).

³ Див.: Владимиров Л. Е. Вказ. праця. — С. 81–82.

Внутрішнє переконання пов'язане з правосвідомістю судді. Правосвідомість розглядається як форма суспільної свідомості, що поєднує систему поглядів, ідей, уявлень, теорій, а також почуттів, емоцій і переживань, що характеризують ставлення людей і соціальних груп (у тому числі і через фактичну поведінку) до діючої і бажаної правової системи. У структурі правосвідомості виділяються сторони: світоглядна або інтелектуальна (погляди, ідеї, теорії); психологічна (почуття, емоції, переживання); поведінкова (правомірна поведінка, правова активність, правопорушення тощо, які характеризують фактичну реакцію людини на функціонування елементів правової системи)¹. Суддя є представником конкретного суспільства на певному етапі його розвитку. Правосвідомість судді багато в чому визначається устоями самого суспільства, умовами життя людей, традиціями. Саме з цим пов'язана заборона щодо можливої належності суддів до політичних партій і профспілок. Специфіка правосвідомості суддів полягає в такому: 1) їхня правосвідомість характеризується цілеспрямованістю, прагненням установити об'єктивну істину; 2) пов'язана з усвідомленням права й обов'язку ухвалювати та обґрунтовувати рішення у справі; 3) ґрунтується на впевненості у своїй незалежності і самостійності; 4) виходить з необхідності брати на себе всю повноту відповідальності за законність, обґрунтованість і справедливість кожного з рішень, що складають вирок, і усього вироку в цілому².

При ухваленні рішення суддею повинні бути виключені сторонні, сугестивні впливи. Тому суддям законодавчо забороняється вступати в будь-які стосунки на даній стадії. Так, вирок постановляється в окремому приміщенні — нарадчій кімнаті. Існує таємниця наради суддів. Під час наради і постановлення вироку в нарадчій кімнаті можуть бути лише судді, які входять до складу суду в даній справі. Присутність у нарадчій кімнаті запасних суддів або секретаря судового засідання та інших осіб не допускається (ст. 322 КПК України).

Існують певні психологічні особливості при ухваленні рішень складом суду під час колегіального обговорення. Тут необхідно пам'ятати про такі психологічні явища, як конформізм і сугестія. У будь-якому випадку судді піддаються груповій поведінці, впливу лідера. Тому необхідні процесуальні гарантії при ухваленні рішень. Кримінально-процесуальний закон містить перелік питань, що вирішуються судом при постановленні вироку (ст. 324 КПК Ук-

¹ Див.: *Надь Л. Приговор в уголовном процессе / Под ред. В. М. Савицкого. — М., 1982. — С. 119—120.*

² Див.: *Левенстим А. Вказ. праця. — С. 9.*

раїни). При цьому головуючий повинен ставити кожне питання в такій формі, щоб на нього можна було дати тільки позитивну або негативну відповідь. При вирішенні кожного окремого питання ніхто з суддів не має права утримуватися від голосування. Головуючий голосує останнім. Усі питання вирішуються простою більшістю голосів (ст. 325 КПК України). Йдеться про формування власної думки суддів й усунення будь-яких сторонніх впливів.

Кожен член суддівської колегії може мати свою позицію, висловити особливу думку. Так, суддя, який залишився в меншості, має право викласти свою особливу думку, яка приєднується до справи, але оголошенню не підлягає (ст. 339 КПК України). Особлива думка являє собою позицію судді або народного засідателя (викладену письмово), не згодного з рішенням чи вироком суду. Така думка може бути по справі в цілому чи з окремих питань, що вирішуються судом при винесенні рішення, вироку, ухвали.

У психологічному аспекті важливе значення мають зовнішні умови, в яких здійснюється правосуддя. До таких умов може бути віднесене приміщення, в якому відправляється правосуддя, зал судового засідання, меблі, що знаходяться в залі, тощо. Винесення рішень суддею від імені держави передбачає наявність у залі засідання державної символіки (герба, прапора), а сам суддя повинен бути вбраний у мантию. Ці зовнішні умови сприяють виробленню поваги до суду, впливають позитивно на психіку осіб, що потрапили в орбіту судочинства.

Надійшла до редколегії 20.09.04

В. Журавель, професор НЮА України,
завідувач сектору ІВПЗ АПрН України,
В. Білоус, асистент НЮА України,
молодший науковий співробітник
ІВПЗ АПрН України

Фіктивні підприємства у механізмі легалізації «брудних» коштів

Гасло «Нам потрібна легальність», проголошене економічними злочинцями на початку минулого століття, якнайкраще демонструє прагнення сучасної організованої злочинності будь-якими спо-

собами набути легального прикриття для безперешкодного здійснення своєї протиправної діяльності. Організовані злочинні угруповання прагнуть вкласти злочинні кошти від наркобізнесу, контрабанди, організованої проституції, шахрайств тощо у високоприбуткові легальні підприємства, аби поступово встановити контроль над цілими галузями чи видами підприємницької діяльності, засобами масової інформації, політичними інститутами, органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Метою діяльності більшості організованих злочинних угруповань було і залишається одержання надприбутків. Злочинний характер походження доходів передбачає необхідність їх легалізації, надання вигляду законності, створення можливості вкладення грошових коштів або іншого майна в новий етап одержання прибутку¹. Ззовні бездоганна реалізація цього завдання можлива лише у тій сфері, де одержання прибутку є основною законною метою. Саме у галузі легальної підприємницької діяльності, з використанням статусу суб'єкта підприємництва і тих можливостей, які він надає, реалізується переважна більшість злочинних схем з легалізації «брудних» коштів.

П. Андрушко, А. Волобуєв, В. Зеленецький, Г. Матусовський, Д. Файер та інші вчені вважають діяльність фіктивних підприємств одним із ключових елементів механізму легалізації злочинних доходів².

Визначальною особливістю фіктивних підприємств є те, що вони виконують роль своєрідного містка між «світлом» і «тіню», реверсивно спрямовуючи рух товарно-грошових потоків з легальної до тіньової економіки та у зворотному напрямку, залежно від поточних потреб їх власників. Конвертаційні центри та фіктивні фірми, що діють під оболонкою легальних підприємницьких структур, на сьогодні залишаються найбільш поширеними інструментами для відмивання «брудних» грошей³. Протиправна діяльність, пов'язана з проведенням не-

¹ Див.: Шепитько В. Ю. Криміналістика: Курс лекцій. — Х., 2003. — С. 326.

² Див.: Андрушко П. П. Фіктивне підприємництво: проблеми кваліфікації та вдосконалення відповідальності // Предпринимательство, хозяйство и право. — 1998. — № 11. — С. 28; Волобуєв А. Фіктивне підприємництво як способ сокрытия тяжких экономических преступлений // Российская юстиция. — 2001. — № 6. — С. 54; Зеленецький В. С., Файер Д. А. Економіко-правова характеристика процесів тінізації і криміналізації кредитно-фінансової і банківської системи України // Весы Фемиды. — 2000. — № 3. — С. 12; Матусовський Г. А. Экономические преступления: криміналістический анализ. — Х., 1999. — С. 273.

³ Див.: «Грязные» деньги в «конвертах» // Власть и политика. — 2002. — 4—10 окт. — № 40. — С. 7.

законних конвертаційних операцій, на сьогодні є одним з найперспективніших шляхів для «відмивання» значних коштів представниками злочинних угруповань¹. Тому особливої уваги насамперед потребує дослідження взаємозв'язку фіктивного підприємництва з легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом, місця і ролі фіктивних підприємств у механізмі легалізації злочинних доходів.

Результати анкетування 150 слідчих прокуратури, МВС та державної податкової служби України засвідчили, що 73 % респондентів вважають легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, однією з основних цілей створення (придбання) фіктивних підприємств. Разом з тим результати узагальнення 110 кримінальних справ про фіктивне підприємництво демонструють, що лише у 1,8 % справ слідчими було доведено наявність при вчиненні фіктивного підприємництва мети легалізації злочинних доходів. Існування таких диспропорцій зумовило необхідність дослідити механізми використання фіктивних підприємств з метою легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, а також визначити криміналістично значущі ознаки, що характеризують фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності, які використовуються для легалізації злочинних доходів.

Основоположним чинником, що характеризує фізичну діяльність особи з учинення злочину, є спосіб. Спосіб легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна — це зумовлена суб'єктивними властивостями суб'єкта, предметом легалізації, поставленими суб'єктом цілями та елементами обстановки, що об'єктивно склалася, система дій суб'єкта, що включає в себе попереднє відмивання (легалізацію) грошових коштів та іншого майна, одержаних завідомо злочинним шляхом, відокремлення злочинних доходів від джерела їх походження, інтеграцію їх в економіку, в кінцевому рахунку — спрямування на створення цивільно-правових підстав придбання права власності на ці грошові кошти та інше майно, тобто на надання правомірною вигляду володінню, користуванню та розпорядженню цим майном².

У сучасній вітчизняній та зарубіжній криміналістичній літературі способи легалізації злочинних доходів вивчено ще недостатньо. Ра-

¹ Див.: *Файер Д. А.* Особливості виявлення злочинів, що вчиняються організованими злочинними групами у кредитно-фінансовій системі // Злочини у сфері кредитно-фінансової та банківської діяльності: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. — Х., 2000. — С. 101–104.

² Див.: *Курс криміналістики: В 3 т. — Т. 3: Криміналістическая методика: Методика расследования преступлений в сфере экономики, взяточничества и компьютерных преступлений / Под ред. О. Н. Коршуновой и А. А. Степанова.* — СПб., 2004. — С. 230.

зом з тим проведені дослідження дозволяють зробити висновок про те, що значна частина капіталів злочинного походження легалізується за допомогою способів, побудованих на використанні можливостей юридичних осіб, зокрема фіктивних підприємств. Так, М. Салтевський серед способів легалізації виокремлює підставну підприємницьку діяльність, що здійснюється шляхом створення фіктивних підприємств¹. У свою чергу В. Шепітько в числі таких способів називає неконтрольоване введення в комерційний обіг грошових коштів (або майна) за допомогою легальних господарських структур на території України, відкриття дочірніх підприємств закордонних фірм, створення підприємницької оболонки, бачення високої рентабельності для приховування здійснюваних операцій².

Легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом за допомогою фіктивних підприємств, передбачає: а) документальне оформлення витрати товарно-матеріальних цінностей, які фактично були реалізовані за готівку; б) коректування цін реально діючих суб'єктів господарювання у випадках, коли товарно-матеріальні цінності їм реалізуються неофіційно за готівку за більш високою ціною, в той же час оформлення витрат відбувається на фіктивну фірму за більш низькою ціною з метою скорочення офіційно одержаного сукупного валового доходу і зменшення податкових зобов'язань; в) легалізацію коштів, що знаходяться у «тіньовому» обороті, з метою здійснення офіційних інвестицій, капіталовкладень, придбання нерухомості, цінних паперів тощо; г) використання багаторівневих схем товарно-грошових потоків, у яких між реальними суб'єктами господарювання розташовується фіктивна фірма, через котру спрямовується рух товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів, з метою коректування вартості товарно-матеріальних цінностей на етапі їх проходження через фіктивне підприємство³.

¹ Див.: Салтевский М. В. Основы методики расследования легализации денежных средств, нажитых незаконно. Конспект лекций. — Х., 2000. — С. 5.

² Див.: Шепітько В. Ю. Легалізація грошових коштів, отриманих незаконним шляхом: криміналістичний аспект // Злочини у сфері кредитно-фінансової та банківської діяльності // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції — Х., — 2000. — С. 76–77.

³ Дослідники відзначають, що специфіка утворення вітчизняних нелегальних капіталів полягає в тому, що їх основним джерелом є не наркобізнес чи торгівля зброєю, а ухилення від сплати податків (див.: Борьба с отмыванием грязных денег в Украине возложена на налоговую службу // Вестник налоговой службы Украины. — 2001. — № 6. — С. 11). З огляду на це залишається дискусійним виключення із складу предикатних злочинів щодо легалізації таких складів, як ухилення від повернення в Україну виручки в іноземній валюті (ст. 207 КК України) та ухилення від сплати податків (ст. 212 КК України).

У самому механізмі легалізації злочинних доходів із застосуванням фіктивного підприємства можна виділити такі етапи:

1) надання суб'єктом легалізації допомоги володільцю злочинних доходів у перериванні безпосереднього зв'язку цих доходів зі злочином, у результаті якого вони одержані, тобто здійснення певного дистанціювання злочинних доходів від джерела їх походження і маскування (заплутування) слідів злочину, в результаті якого були одержані доходи, що легалізуються (фактична передача предметів, одержаних злочинним шляхом, фіктивному підприємству з наступним документальним оформленням правомірності володіння таким майном);

2) наступне включення доходів, одержаних злочинним шляхом, у легальний цивільно-правовий обіг з метою остаточного надання їм правомірного вигляду (оформлення фіктивних договорів, документів первинного огляду та проведення відповідних фінансових операцій між фіктивним підприємством і замовником легалізації).

Отже, у разі легалізації злочинно здобутого майна та коштів ставиться за мету їх подальше використання, але вже як таких, що мають законне джерело походження. При цьому здебільшого ставиться мета перевести злочинно набуте майно у безготівкові кошти.

Для переведення готівкових грошових коштів у безготівкові та легалізації таким чином коштів, здобутих злочинним шляхом, використовуються різноманітні операції, в тому числі доміцилювання векселів. Ця операція здійснюється таким чином. Реальне підприємство з метою збільшення обігових коштів або здійснення оплати за угодою у безготівковій формі передає у розпорядження фіктивної фірми готівкові грошові кошти. Фіктивна фірма емітує вексель та перераховує грошові кошти у сумі забезпечення векселя та певного відсотка як плату банківській установі. Далі фіктивне підприємство оформлює виконання безтоварної операції з «транзитним» підприємством, за яку розраховується векселем. Реальне та «транзитне» підприємства у свою чергу документально оформлюють безтоварну операцію, за виконання якої реальному підприємству як плата надається вексель, емітований фіктивною фірмою. Оскільки вексель має повне грошове забезпечення банком, то він надається реальним підприємством для погашення до банківської установи (банк перераховує грошові кошти реальному підприємству). Використання такої фінансової схеми дозволяє легалізувати кошти, одержані злочинним шляхом, збільшити обсяг обігових коштів та виключити безпосередній контакт з фіктивною

фірмою (грошові кошти не перераховуються безпосередньо з банківського рахунка фіктивної фірми). Для зменшення податкового навантаження (суми одержаного доходу реальним підприємством) оформляється виконання зустрічних вимог з «транзитним» підприємством¹.

Для надання злочинним зв'язкам легально діючих підприємств з фіктивними фірмами видимості фінансово-господарських зв'язків укладаються різноманітні фіктивні угоди². Останні у всьому їх розмаїтті становлять основу більшості кримінальних схем легалізації злочинних доходів за допомогою фіктивних підприємств. Вони використовуються і як разові акції для легалізації конкретної суми, а також у складних комбінаціях з залученням прикриття банківських операцій та виробничих циклів великих підприємств для здійснення довготривалого та великомасштабного процесу легалізації. При цьому, схеми з залученням псевдоіноземних фірм, фірм-одноденок, виведення операцій легалізації у офшорні зони — всі ці прийоми слугують лише для прикриття, завуальовування чи підвищення ефективності (наприклад, для зниження податкової ставки під час легалізації) достатньо простої основи злочинного діяння — фіктивної угоди. Найбільш поширеними видами фіктивних угод, що використовуються під час легалізації злочинних доходів, є договори: купівлі-продажу (зокрема цінних паперів), оренди, страхування, довірчого управління, доручення, комісії, контракції, поруки, про надання інформаційно-консультаційних, аудиторських, юридичних, бухгалтерських, маркетингових, брокерських та інших послуг³.

Псевдопідприємницькі (фіктивні) угоди є потужним джерелом тіньових доходів і вкрай небезпечним інструментом тінізації суспільно-економічних відносин. Вони супроводжують переважну частину ухилень від оподаткування та інші економічні злочини —

¹ Див.: Лисенко В. В. Фіктивні суб'єкти підприємництва у злочинному механізмі переведення безготівкових грошових коштів у готівку // Актуальні проблеми криміналістики: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. — Х., 25–26 вересня 2003 р. / Ред. кол.: М. Панов (голов. ред.), В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова та ін. — Х., 2003. — С. 106–108.

² Див.: Волобуєв А. Про деякі стандарти злочинної поведінки в технології організованої економічної злочинності // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 1 (24). — С. 181.

³ Див.: Николайчук И. А. Соккрытие преступлений как форма противодействия расследованию // Под ред. Р. С. Белкина. — М., 2000. — С. 190.

від привласнення шляхом «переведення» майна державних підприємств у комерційні структури до хабарництва та відмивання коштів злочинного походження¹. З огляду на викладене укладення службовими особами або власниками діючих суб'єктів підприємницької діяльності господарських чи фінансових угод без наміру їх виконання вважаємо за необхідне криміналізувати як самостійний склад злочину, на чому наполягають П. Андрушко, В. Куц, Г. Матусовський, В. Навроцький².

В особливу групу слід виділити операції щодо легалізації злочинних доходів, здобутих шляхом реалізації контрабандних, контрафактних або незаконно привласнених товарів, майна, підпільно виготовленого в Україні або здобутого від здійснення незаконної підприємницької, у тому числі торговельної, діяльності чи здійснення заборонених видів діяльності тощо. Легалізація товарів контрабандного походження здійснюється відповідно до такої схеми: реально діюче підприємство, отримавши контрабандним шляхом від іноземного партнера певні товари та ухилившись у такий спосіб від сплати податків і митних платежів, укладає з фіктивним підприємством відповідний «безтоварний» договір постачання, на підставі якого здійснює розрахунки та оприбутковує у себе контрабандні товари. Надалі ці товари залучаються до легального товарообігу шляхом реалізації законно діючим суб'єктам підприємництва або кінцевим споживачам. Аналогічним чином здійснюється легалізація неврахованої продукції власного виробництва або викраденого майна.

Істотною особливістю національної економіки останніх років стали значні обсяги тіньового обігу готівкового капіталу. Загальна тінізація підприємницької діяльності зумовила зміну структури грошових запасів на користь готівки. Серед найвагоміших причин намагання багатьох суб'єктів господарювання здійснювати розрахунки готівкою, а населення — накопичувати заощадження в готівковій формі — невизначеність перспектив розвитку економіки, уникнення оподаткування. Причини, які спонукають

¹ Див.: Попович В. Кримінологічний аналіз способів ухилення від оподаткування як джерел тінізації суспільно-економічних відносин // Економіка, фінанси, право. — 2002. — № 3. — С. 4.

² Див.: Андрушко П. П. Фіктивне підприємництво... — С. 20; Куц В. М. Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути. — Х., 1999. — С. 116; Матусовський Г. А. Вказ. праця. — С. 274; Навроцький В. Господарські злочини. Лекції. — Львів, 1997. — С. 41.

службових осіб легально діючих підприємств займатись конвертацією грошових коштів у готівку, загальновідомі. Це, зокрема, високий рівень оподаткування фонду заробітної плати, який зумовлює економічну доцільність позакасових форм оплати праці (так звана тіньова частина зарплати — «чорна готівка»), прагнення ухилитись від сплати податку на додану вартість і податку на прибуток підприємств, бажання мати готівкові кошти для здійснення повсякденної фінансово-господарської діяльності¹. «Готівкові гроші працюють швидше». Значення цього популярного гасла полягає в тому, що в даний час не завжди можна одержати гостродефіцитну сировину чи матеріали, термінові роботи чи послуги за безготівковий розрахунок. Велика кількість продавців (виконавців) наполягає на проведенні повністю готівкового або комбінованого («чорно-білого») розрахунку, пропонуючи взамін найвигідніші ціни та найкоротші строки поставки (виконання). Юридичні особи тримають грошові кошти у готівковому вигляді як для розрахунків із заробітної плати зі своїми працівниками поза розрахунковими відомостями («у конвертах»), так і для виплати незаконних винагород посадовцям органів державної влади та органів місцевого самоврядування, особам, що знаходяться у трудових чи ділових відносинах з підприємствами-конкурентами (за невиконання або неналежне виконання ними своїх службових обов'язків, задля схилення працівників конкурентів до розголошення комерційної таємниці), для задоволення власних потреб, майнових вимог, що висуваються кримінальними структурами, або для сплати за надані ними послуги².

Незаконна конвертаційна діяльність тісно пов'язана з так званою «реконвертацією». Потреба в останній виникає навіть у легально діючих підприємств з різних причин, наприклад, коли потрібно приховати факт реалізації товарів за реальними цінами у готівці та одночасно одержати безготівкові кошти для проведення офіційних платежів — сплати податків, повернення банківських кредитів, сплати відсотків за ними, здійснення розрахунків за укладеними угодами у безготівковій формі, виплати офіційної заробітної плати тощо. За оцінками експертів, відношення обсягів «реконвертації» до обсягів незаконної конвертації в даний час становить від 20–25 до 80–75. При цьому намітилась стійка тенденція до збіль-

¹ Див.: Дудоров О. О., Мельник М. І., Хавронюк М. І. Злочини у сфері підприємництва. Навчальний посібник / За ред. М. І. Хавронюка. — К., 2001. — С. 235.

² Див.: Матусовский Г. А. Вказ. праця. — С. 267.

шення частки «реконвертації», що викликано внесенням суттєвих змін до податкового законодавства, і зокрема формуванням практики застосування «непрямих» методів визначення бази оподаткування¹.

Потреба широкого кола суб'єктів фінансово-господарських відносин у неконтрольованих державою та суспільством «тіньових» готівкових грошах, а також у легалізації злочинних доходів стала об'єктивною причиною систематичного створення різних схем і структур для задоволення названих потреб. Домінуюче місце у механізмі незаконної конвертації/реконвертації посіло використання як окремих фіктивних фірм, так і високо організованих конвертаційних центрів.

Незаконна конвертація безготівкових грошових коштів — це злочинне переведення в готівку безготівкових грошових коштів, яке вчиняється організованими злочинними угрупованнями з метою ухилення від сплати податків або легалізації злочинних доходів шляхом створення та використання фіктивних підприємств і легальних фінансово-господарських інструментів ринкової економіки. Незаконна конвертація залишається досить прибутковим і поширеним видом нелегального бізнесу для обслуговування як організованої злочинності, так і цілком легальних підприємств, службові особи яких у такий спосіб ухиляються від сплати податків. Протиправна діяльність, пов'язана з проведенням незаконних конвертаційних операцій, на сьогодні є також одним з найперспективніших шляхів для легалізації злочинних доходів представниками кримінальних кіл². Аналітики Міжнародного валютного фонду стверджують, що в цілому відмивання грошей у світі щорічно сягає 1,5 трильйона доларів США. Українські експерти вважають, що обсяги відмивання грошей походженням з України становлять близько 5 мільярдів доларів США на рік. Левова частка утворення і легалізації злочинного капіталу в Україні здійснюється шляхом використання фіктивних підприємств та конвертаційних центрів. Злочинні схеми реалізуються в процесі легальної підприємницької діяльності через протиправне використання можливостей, які вона надає, а також шляхом зловживання статусом суб'єкта підприємницької діяльності³.

¹ Див.: *Бизнес*. — 2001. — № 9. — С. 68.

² Див.: *Файер Д. А.* Вказ. праця. — С. 101–104.

³ Див.: *Валобуєв А.* Про деякі стандарти злочинної поведінки... — С. 175–181.

Спектр незаконних фінансових операцій конвертаційних центрів є досить широким і включає в себе позабанківський незаконний обмін безготівкових коштів у готівкові, в тому числі й обмін безготівкової валюти України на готівкову іноземну валюту, а також придбання безготівкової іноземної валюти за безготівкову валюту України з наступним її перерахуванням за кордон, як правило, за фіктивними зовнішньоекономічними контрактами тощо. Мета здійснення подібних операцій може бути різною: легалізація коштів, здобутих злочинним шляхом, наприклад, від реалізації контрабандних товарів чи товарів, підпільно вироблених в Україні, здобутих від здійснення незаконної підприємницької, у тому числі торговельної, діяльності чи здійснення заборонених видів діяльності тощо; одержання без сплати податків готівкових коштів для виплати заробітної плати; привласнення проконвертованих коштів, здійснення розрахунків з іншими суб'єктами за невідображені у звітності господарські операції; незаконне перерахування коштів у закордонні банки; надання легальності придбання товарів, які фактично одержані незаконно (викрадені, контрабандні тощо), тобто оприбуткування «лівих» товарів; незаконне одержання права на відшкодування ПДВ із бюджету, тобто фактичне привласнення державних коштів тощо. Призначенням конвертаційних центрів є створення можливості легальним суб'єктам підприємництва ухилитися від сплати податків, перекласти податкові зобов'язання на фіктивні фірми, одержати готівкові кошти і використовувати їх у тіньовому бізнесі¹.

Під час проведення незаконних фінансових операцій з відмивання «брудних» грошей конвертаційні центри використовуються таким чином. Спочатку грошові кошти вводяться шляхом прямого (формально законного) їх розміщення в банківських установах. З цією метою створюється мережа фіктивних фірм, на рахунки яких перераховуються «брудні» гроші. Для обґрунтування платежів надаються фіктивні угоди про придбання продукції, виконання робіт або надання послуг. Потім грошові кошти під виглядом взаєморозрахунків за фіктивними договорами з іноземними партнерами, як правило, також фіктивними, переміщуються по кореспондентських рахунках з метою ускладнення або повної нейт-

¹ Див.: Андрушко П. П. Проблеми кваліфікації незаконної конвертації грошових коштів // Злочини у сфері кредитно-фінансової та банківської діяльності: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – Х., 2000. – С. 50–51.

ралізації фінансового та іншого контролю над ними, приховування власника та джерела надходження і розміщення на незаконно відкритих за межами України валютних рахунках фізичних та юридичних осіб. Після цього легалізовані кошти повертаються їх власнику для використання. Цей етап є найбільш характерним для всіх операцій з легалізації грошових коштів, здобутих злочинним шляхом. Саме тут можна простежити весь механізм вчинення злочину, виявити конкретних осіб і довести їх причетність до злочинної діяльності. Після здійснення таких операцій протягом часу, встановленого для подання звітності в податкові органи, фіктивні фірми припиняють свою діяльність, а для подальшого їх здійснення створюються нові¹.

«Універсальні» фіктивні фірми об'єднані в постійно оновлювану розгалужену систему фіктивних фірм, підконтрольних банків (або зв'язків зі службовими особами банківських установ, що дозволяє тісно співпрацювати з ними), закордонних офшорних фірм (для розміщення безготівкової іноземної валюти поза межами України), валютних рахунків фізичних осіб у банках України (для подальшого переведення у готівкову вільно конвертовану валюту), так званих «вікон» на кордоні (для ввезення контрабандним шляхом готівкової валюти), широкого кола постійних «клієнтів», яке забезпечується наявністю дилерської мережі в різних регіонах. Так, викритий у м. Києві підпільний конвертаційний центр діяв під виглядом товариств з обмеженою відповідальністю «Алмекс», «Солекс», «Торгмет» і «Рубін». За допомогою двох банків та 16 фіктивних фірм організатори підпільного бізнесу щоденно перераховували «у тінь» понад 500 тис. грн. У організаторів конвертаційного центру вилучено 40 тис. грн., 30 тис. доларів США, апарат модемного зв'язку «клієнт-банк», журнали обліку клієнтів з відомостями про дати і суми перерахованих на власні рахунки грошей, статистичні документи і печатки фіктивних фірм². До складу ковертаційного центру, викритого у Дніпропетровській області, входило 11 фіктивних фірм. За період його існування було проконвертовано понад 120 млн грн. Під час обшуків у офісах та за місцем проживання підозрюваних було виявлено та вилучено 150 печаток фіктивних підприємств, 11 комплектів оргтехніки, ноутбук, модем, цінні папери, а також готівку в сумі 81 тис. грн. та 3 тис. дол. США. Було та-

¹ Див.: Зеленецький В. С., Файер Д. А. Вказ. праця. – С. 11.

² Див.: Юридичний вісник України. – 2001. – № 42. – С. 7.

кож накладено арешт на банківські рахунки фіктивних фірм із залишком коштів у сумі 740 тис. грн. і 16 тис. дол. США¹. Викрита у м. Києві злочинна група щоденно через мережу фіктивних фірм конвертувала більш ніж по 2 млн грн. Диспетчерська конвертаційного центру, звідки здійснювався контроль за грошовими ресурсами, знаходилась у звичайній київській квартирі. Через цілодобово працюючі комп'ютери злочинці відслідковували рух грошових коштів по банківських рахунках, здійснювали фінансові операції за межами України. З тіньового обігу правоохоронцям вдалось вилучити понад 600 тис. грн. та 40 тис. дол. США, які були призначені для розрахунків з клієнтами підпільного банку².

Отже, фіктивні підприємства є невід'ємним елементом у механізмі легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Процес їх створення і подальшого використання невпинно вдосконалюється, що потребує застосування адекватних засобів протидії фіктивному підприємництву, розробки відповідних наукових рекомендацій.

Надійшла до редколегії 15.07.04

В. Батургарєєва, учений секретар
Інституту вивчення проблем
злочинності АПрН України,
кандидат юридичних наук

Застосування монографічного методу в дослідженні особи рецидивістів: можливості та результати

Одним із проявів міждисциплінарних наукових зв'язків є запозичення інструментарію, за допомогою якого відбуваються первинне накопичення, оброблення та аналіз теоретичного або емпіричного матеріалу, а також розширення і поглиблення знань про вже відомі явища або процеси в тій чи іншій галузі знання. Важливішою складовою дослідницького інструментарію є методи. Під час збирання та оброблення кримінологічної інформації практикується

¹ Див.: Операція «Конверт» // Урядовий кур'єр. — 2002. — 26 вер. — С. 5.

² Див.: Факты. — 1999. — 26 окт. — С. 1.

застосування різних методів, серед яких виділяються статистичні, соціологічні (конкретно-соціологічні), психологічні, математичні та ін.¹

Роботи багатьох учених-кримінологів присвячено проблемам застосування методик та методів проведення досліджень. Значний внесок у розвиток наукової думки щодо зазначеного розділу знання свого часу було зроблено Ю. Блувштейном, А. Долговою, А. Зелінським, В. Устиновим, О. Яковлевим та ін. Але й зараз питання вибору оптимального дослідницького інструментарію під час проведення певних досліджень залишаються актуальними. Це не випадково і пояснюється тим, що названі питання, з одного боку, внаслідок своєї міжгалузевої природи не зовсім прості для розуміння та ефективного використання на практиці, а з другого — вони є невід'ємною частиною уявлень дослідника про зміст явища або процесу, що вивчається. Тому проблема застосування у кримінології тих чи інших методів не зводиться лише до їх вибору, оскільки вона має концептуальний характер і її вирішення залежить від предмета дослідження, його завдань, дослідницьких парадигм та загальної методологічної орієнтації ученого тощо. Як зазначає О. Мягков, вибір адекватного методу збирання даних та його обґрунтування — один із важливих та відповідальних етапів будь-якого соціологічного дослідження². Висловлене уявляється цілком слушним і стосовно досліджень, що проводяться у кримінологічній науці, до того ж багато методів, що застосовуються кримінологами, мають саме конкретно-соціологічну спрямованість. Як підтвердження висловленому слід навести справедливе зауваження Ю. Блувштейна і О. Яковлева, котрі зазначали, що кримінологія фактично є соціологією злочинності³.

Викладені міркування спонукають ще раз звернутися до складної теми вибору та використання тих чи інших методів при проведенні кримінологічних досліджень. Як ілюстрацію спробуємо обґрунтувати вибір та показати можливості певного методу, використаного при вивченні особи рецидивіста.

¹ Див.: Кримінологія: Загальна та Особлива частина: Підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голіна та ін.; За ред. І. М. Даньшина. — Х., 2003. — С. 21.

² Див.: Мягков А. Ю. Опросные методы сбора данных: предпочтения респондентов // Социологические исследования. — 2000. — № 8. — С. 98.

³ Див.: Блувштейн Ю. Д., Яковлев А. М. Введение в курс криминологии. — М.; Мн., 1983. — С. 8–9.

Свого часу кримінологічна наука з арсеналу емпіричної соціології, становлення якої припало на кінець ХІХ- початок ХХ ст., взяла на озброєння метод монографічного дослідження. І хоча у кримінології цей якісний метод загальновідомий, але прикладів його використання під час проведення кримінологічних досліджень майже немає (винятком в останні роки є лише колективна монографія за загальною редакцією О. Ярмиша¹). Проте щоб знайти і описати «точку зламу» в житті злочинця, вивчити усі обставини, що впливають на людину та штовхають на певний вибір, кількісних методів, на думку І. Руценка, недостатньо. Отже, треба звертатися до таких методів, як монографічний опис, вільне інтерв'ю, спостереження, біографічне інтерв'ю тощо². Ось тут і виникає потреба звернутися до монографічного методу дослідження.

Як виявилось, у спеціальній літературі існують дещо відмінні визначення монографічного методу. Так, під ним розуміють комплексний всебічний опис соціального об'єкта, який за умови відбору є репрезентативним у межах дослідницького завдання та предмета вивчення³; дослідження випадку чи окремої спільноти, що орієнтоване на пізнання унікального об'єкта у сукупності його взаємозв'язків⁴. Іноді кажуть про монографічне дослідження, що визначають як вид емпіричного соціологічного дослідження, в якому об'єктом вивчення, як правило, виступає тільки одна одиниця певного виду явищ. При цьому передбачається, що цей об'єкт є характерним для цього класу явищ⁵.

Незважаючи на певні відмінності у визначенні даного методу, що обумовлюється скоріше термінологічними особливостями викладення думки тих чи інших авторів, ніж наявністю будь-яких принципових розбіжностей, сутність цього методу є достатньо ясною. По-перше, у центрі уваги дослідника знаходиться одиничний випадок із групи явищ певного класу чи незначна їх кількість. По-друге, явище, що є об'єктом дослідження, розглядається у сукупності, ком-

¹ Див.: *Организованные преступные группы в Украине: традиционное и типичное (социологический очерк)* / Под общ. ред. А. Н. Ярмиша. – Х., 2002.

² Див.: *Руценко І. П.* Соціологія злочинності: кількісні і якісні методи // *Вісті Кримінологічної асоціації України. Альманах. Вип. 1.* – Х., 2004. – С. 54.

³ Див.: *Организованные преступные группы в Украине...* – С. 162.

⁴ Див.: *Терентьев И. Н.* Анализ ситуаций как метод обучения и контроля // www/nntu.sci-nnov.ru.

⁵ Див.: *Соціологія: терміни, поняття, персоналії: Навчальний словник-довідник* / Укладачі: В. М. Піча, Ю. В. Піча, Н. М. Хома та ін. / За заг. ред. В. М. Пічі. – К., Львів, 2002. – С. 231.

плексі його взаємозв'язків та характерологічних особливостей. Портрети, висновки, одержані за допомогою використання даного методу, мають неабияке значення для всіх або більшості одиниць певного класу явищ. По-четверте, застосування цього методу є особливо корисним стосовно проблем, які ще потребують свого вивчення та ідентифікування, але вже на ранніх етапах дослідження прогнозується, що певний клас явищ, який знаходиться у центрі уваги, є достатньо монолітним, типологічним феноменом.

У нашому дослідженні одиницями монографічного опису були обрані декілька рецидивістів, звільнених із місць позбавлення волі, за якими встановлено адміністративний нагляд.

Згідно з п. 1 ст. 3 Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» адміністративний нагляд встановлюється у тому числі щодо повнолітніх осіб, засуджених два і більше разів до позбавлення волі за умисні злочини, якщо під час відбування покарання їх поведінка свідчила, що вони вперто не бажають стати на шлях виправлення і залишаються небезпечними для суспільства.

Вибір з усього класу рецидивістів саме цих осіб не є випадковим, оскільки з великою імовірністю можна стверджувати, що вони — своєрідне ядро рецидивної злочинності, уособлення світу рецидивістів, типові представники категорії злочинців-рецидивістів. Ті риси та якості, що притаманні їм, у більшості випадків властиві й іншим особам, які припускаються у своїй поведінці рецидиву злочинів. Отже, монографічний метод вивчення особи рецидивістів уявляється цілком правомірним, оскільки при всій індивідуальності життєвих шляхів окремих осіб можна виокремити низку спільних аспектів, притаманних багатьом з них.

У зв'язку з цим ще раз підкреслимо, що на початковому етапі дослідження для виявлення найбільш значущих характерологічних рис особистості рецидивістів та визначення напрямків подальшого наукового пошуку достатньо зупинитися на дослідженні лише декількох осіб — яскравих представників певного злочинного класу. До речі, науці відомі випадки, коли вивчення лише одного випадку надавало підстави для остаточних і досконалих теоретичних висновків. Так, докторську дисертацію відомого німецького психолога і психоневролога К. Гольдштейна написано на підставі клінічного та психологічного дослідження одного пацієнта Ш.¹

¹ Див.: Братусь Б. С. Психологический анализ изменений личности при алкоголизме. — М., 1974. — С. 21.

Наведені нижче описи складено на підставі монографічного вивчення рецидивістів, яке відбувалося у формі вільної розмови та аналізу офіційних документів, наявних в особовій справі піднаглядних, із фокусуванням уваги на вузлових життєвих етапах людини та проблемах, що пов'язані з їх життям і становлять, власне, предмет нашого дослідження. Тут слід сказати декілька слів про ті параметри, за якими складалася приблизна схема розмови з рецидивістами. По-перше, ставилося за мету ознайомитися із соціально-демографічними характеристиками рецидивіста (даними про батьківську та власну сім'ю, навчання, спеціальність, роботу, побутове оточення та ін.). По-друге, особливий інтерес з боку дослідника звичайно ж викликала злочинна кар'єра рецидивіста (факт вчинення особою першого злочину, чинники, що зумовили його вчинення, наступні злочини, відбування покарання та ставлення до нього; ставлення до субкультури та ієрархії злочинного світу тощо). По-третє, важливий блок проблем, який викликав жвавий інтерес з боку самих рецидивістів, був пов'язаний з їх життєвими планами та перспективами на майбутнє, захопленнями, життєвими орієнтирами, ставленням до політики, економіки, мистецтва та ін. Крім того, розмова з рецидивістами доповнювалася вивченням їх особових справ та розмовою із працівниками органів внутрішніх справ, які безпосередньо проводять роботу з піднаглядними.

Андрій Р., 42 роки. Виховувався матір'ю, яка багато зусиль докладала до його виховання. Проте Р. з дитинства втікав з дому, оскільки хотів мандрувати, бути більш самостійним. Братів та сестер немає. Ріс і розвивався нормально, хоча був дещо замкнутим, ніякої спеціальності не набув. У 22 роки вперше вчинив квартирну крадіжку, оскільки мав потребу в грошах. Зі слів Р., на шлях вчинення злочину став доволі пізно: «Злочинна кар'єра починається раніше». Потім ще чотири рази засуджувався за вчинення аналогічних злочинів. Після четвертого засудження Р. був визнаний особливо небезпечним рецидивістом¹. Загалом у місцях позбавлення волі провів 18,5 років. Не одружений, дітей не має. Крадіжки вчиняв майже завжди один, а деякі з них — з постійним співником. Кожного разу, крім бажання роздобути гроші, зі слів Р., «щось тягнуло» до вчинення злочину. У колонії, в якій довелося пережи-

¹ Хоча законодавець у новому Кримінальному кодексі України 2001 р. відмовився від поняття особливо небезпечного рецидивіста, проте для створення всебічного портрету осіб, які стали об'єктом нашого дослідження, ми відмічаємо цей факт злочинної біографії.

ти «голодні часи» не лише для засуджених, а й для персоналу, не працював, оскільки часто мав можливість «відкупитися» від роботи і не працювати на старому травмонебезпечному обладнанні. За відмову від роботи в колонії вважався особою, яка не стала на шлях виправлення. Зараз Р. відмічає поліпшення умов тримання засуджених у колоніях. Стверджує, що у колонії завжди була злочинна ієрархія, однак сам Р. намагався триматися від цього осторонь. Себе не відносить до професійних злочинців, вважаючи що вчинення злочинів не може бути професією у прямому значенні слова. Не можна перенести «закони зони» до життя на свободі, де, на думку Р., вони мало що значать. З боку оточуючих відчуває насторожене ставлення до себе, але вважає, що не можна бути хорошим для всіх.

Під час розмови Р. не намагався ідеалізувати злочинний світ, злочинне ремесло, відмітив, що крадіжки стають дедалі більш «нерентабельними», оскільки «за простими дверима можна взяти лише пусті склянки». Крім того, зараз немає дефіциту товарів, а збувати крадені речі за безцінь не вигідно. Для «серйозної» справи потрібна група осіб та застосування насильства, зброї, що «за принципами» Р. є для нього неприйнятним. Отже, «майбутнє — за розбоями та вимаганням, що є справою більш молодих та енергійних». Злочинну діяльність продовжувати не збирається, оскільки треба заробити пенсію, піклуватися про матір. Своєї сім'ї так і не створив. Зараз навчається на курсах екскурсоводів. Як здалося досліднику, Р. має певну перспективу адаптуватися до життя на волі. Багато розповідав про свою майбутню роботу, яка йому подобається, але непокоїться, що у трудовому колективі до нього ставитимуться упереджено та можуть не довірити роботу. Зовні врівноважений, спокійний, контактний, має достатній обсяг знань. Як відмічає Р., на волі виявилось багато чого цікавого. Алкоголем не зловживає, лише на свята «приймає трішки». Політикою майже не цікавиться. З часу звільнення з колонії порушень порядку адміністративного нагляду не має. На думку працівників міліції суспільної безпеки, у цього піднаглядного є непогані шанси порвати з кримінальним минулим.

У даному випадку застосування монографічного методу дослідження дало змогу виявити, що рецидивіст, про якого йшлося, без сумніву, належить до категорії професійних злочинців, але, так би мовити, прагматичного типу із раціональним складом характеру, який не ідеалізує злочинний світ і готовий відмовитися від вчинення злочинів, коли виявилось, що це заняття стає дедалі більш «нерентабельним». Таке утилітарне ставлення до злочинного ремесла підтверджує факт лібералізації злодійських традицій, котрі раніше,

як відомо, були своєрідним жорстким нормативом у житті багатьох злочинців і відступ від них розцінювався як зрада злочинської ідеї. З цього приводу у спеціальній літературі справедливо відзначається, що у сучасних злочинців поступово виробилася нова філософія — більш прагматична, менш романтична¹.

Анатолій Т., 43 роки. Ріс разом із сестрою у повній сім'ї, в якій батьки сварилися між собою. Підлітком багато часу проводив у вуличній компанії. Інтересу до навчання взагалі не мав. У 14 років у групі з іншими підлітками з хуліганських спонукань заподіяв випадковому перехожому, який ішов з магнітофоном, тяжкі тілесні ушкодження, що спричинили смерть потерпілого. «Причиною» злочину стала голосна музика, яка нібито заважала оточуючим відпочивати. Перебуваючи у місцях позбавлення волі, на шлях виправлення не став і неодноразово вчиняв дії, що дезорганізували роботу виправної установи, зокрема, напад на адміністрацію, тероризування інших засуджених, за що ще двічі засуджувався і був визнаний особливо небезпечним рецидивістом. Перший раз у цілому відбув, не залишаючи виправну установу, 21 рік позбавлення волі. Після звільнення, пробувши менше одного року на свободі, Т. знову вчинив умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, за що був засуджений до позбавлення волі. Загалом цей рецидивіст у місцях позбавлення волі провів 25 років. Зараз перебуває у фактичних шлюбних стосунках, хоча офіційно жодного разу не був одружений. На питання дослідника визначити найдорожче у житті людини, Т. відмітив: «Любові гідна тільки мати». Проте, пам'ятаючи широко відоме у злочинному світі татуювання з аналогічним змістом, слід зауважити, що ця фраза виявляється двозначною, оскільки серед рецидивістів «матір'ю» зветься й тюрма.

Своїм життєвим шляхом явно пишається, має завищену самооцінку, визнає злочинну ієрархію, кажучи про себе, що він є «не останньою людиною» в цій структурі, хоча і не є злочинним авторитетом. На думку Т., коли «на зоні» є авторитет, то її адміністрації «живеться» спокійно. Під час розмови також заявив, що на його прикладі можна вивчати увесь злочинний світ, оскільки «відсидів у таборах від Молдови до Камчатки»: численні татуювання самі за себе говорять про географію «тюремного життя» Т. Зараз до зони «у принципі не збирається, але все може статися».

Як уявляється, цей рецидивіст — яскравий представник імпульсивно-анархічного типу, в поведінці якого простежується чітка тен-

¹ Див.: Организованные преступные группы в Украине... — С. 37.

денція до насильницьких дій. Проте, на нашу думку, віднести таку особу до типу професійного злодія не можна, оскільки її дії не вирізняються раціональністю, логікою, врешті-решт, будь-якою вигодою, що слугувала б основним чи додатковим джерелом її існування, задоволення життєвих, хоча б і гіпертрофованих, потреб. Отже, у цьому разі злочинна кар'єра рецидивіста виглядає як низка алогічних, невиправданих учинків. Проте із спілкування з Т. відчувається його спроба ідентифікувати себе зі злочинним світом. На його думку, злочинні ідеї, «норми» вагомі «для поважаючого себе злодія, як у тюрмі, так і на волі».

Валерій Д., 36 років. Ріс у повній матеріально забезпеченій сім'ї. З дитинства мав усе найкраще. Добре навчався, отримав середню спеціальну освіту. Після закінчення торговельного технікуму працював заступником директора ринку у невеликому курортному місті. Був одружений та має дитину. Як зазначив Д., гроші у нього були завжди, звідси й усі негаразди — став наркоманом. Хотів зазнати нових відчуттів, припускаючись відомої серед таких осіб помилки, що зможе відмовитися від вживання наркотиків самостійно у будь-який час. Потім грошей стало бракувати. Перший злочин, пов'язаний із незаконним обігом наркотичних засобів, вчинив у 20 років. Від покарання звільнився за амністією, не працював. Намагався лікуватися від опійної наркоманії, потім зустрівся з тими ж торговцями наркотичних засобів — і «все стало як і раніше». Із дружиною розлучився, вихованням дитини не займався. Через деякий час його знову засуджено за аналогічний злочин. Д. не вважає себе злочинцем, стверджуючи, що наркоманія — це хоча, напевно й хвороба, але вона стала нормою у сучасному світі. До того ж, власне, він нічого ні в кого не вкрав і нікого не вбив. Тому місце більшості наркоманів, на його думку, у всякому разі не в колонії. Відбуваючи покарання, припускався порушень, оскільки «важко було додержуватися порядків, установлених у колонії для злодіїв». Про відбування покарання взагалі розповідав неохоче. Постійної роботи зараз не має і заробляє на життя випадковими заробітками, має співмешканку. Зі слів Д., він продовжує вживати наркотики раз на тиждень. Про свою перспективу каже, що побоюється повернутися до «зони», але це рано чи пізно все ж таки станеться. Тому зараз «головна» мета — знову не потрапитися на наркотиках.

У Д. відмічається нервозна манера спілкування, яка пояснюється бажанням поділитися, розповісти про себе одночасно із побоюванням, що будь-яка інформація, одержана від нього, в подальшому буде використана проти нього. Крім того, Д. притаманні звужений

світогляд, відсутність зацікавленості у будь-чому, домінування ідеї переслідування людини, у якої й без того тяжке життя. Із розмови з Д. стає зрозумілим, що він непослідовний у своїй поведінці.

Досліджений випадок — це типовий життєвий шлях для багатьох наркоманів, які, на жаль, навіть не усвідомлюють, наскільки тонка грань між уживанням наркотиків та вчиненням з метою одержання коштів на їх придбання тяжких злочинів, що часто мають ситуативний характер. Серед рецидивістів особи, хворі на наркоманію, становлять особливий різновид, «наполегливість» у продовженні злочинної діяльності яких багато в чому пов'язана із хворобливими змінами в організмі. Взагалі їх поведінка дуже важко піддається корекції, якщо взагалі це можливо. Тому відмовитися від вчинення злочинів, пов'язаних як із незаконним обігом наркотиків, так і зі здобуванням коштів на їх придбання, навряд чи вони зможуть самотійно без серйозної попереджувальної роботи з ними.

Дмитро В., 32 роки. Виховувався у повній сім'ї, в якій був єдиною дитиною. Ріс і розвивався нормально. У дитинстві мав багато друзів, добре навчався. Але після закінчення школи перебивався випадковими заробітками, оскільки спеціальності не набув. При цьому В. завжди підтримували батьки, навіть коли перебував у колонії. Перший злочин — крадіжку з проникненням у житло — вчинив у дорослому віці — у 24 роки. На вчинення крадіжки В. ніхто не підштовхував, рішення прийняв самотійно. Свій вчинок пояснив бажанням «романтичної пригоди». Після відбуття покарання ще двічі засуджувався за вчинення аналогічних злочинів. Дев'ять років провів у місцях позбавлення волі. «Об'єктами» інтересу В. ставало майно громадян у приміщеннях санаторіїв та пансіонатів. При цьому брав усе, що «погано лежить». Кожного разу розраховував на те, що не буде викритий. Своєрідним психологічним виправданням своїх вчинків у В. став такий тезис: «Дурнів треба провчати». Проте, незважаючи на цю «ідеологію вихователя дурнів», кошти, одержані від реалізації викраденого майна, тривалий час були основним джерелом його існування. У вчиненому не розкався та не виказує наміру «зав'язати» із крадіжками, говорить, що «ще молодий, щоб думати про майбутнє. Про це треба думати десь після сорока років». У всякому разі він не бачить нічого поганого у такому способі життя, тюрма його не лякає, оскільки на «зоні» зустрів багато однодумців, цікавих людей, так би мовити, «експропріаторів багатих», таких собі «Робін Гудів».

В. «із сумнівом» зазначив, що зараз спостерігається масовий відхід кримінального середовища від старих злочинських принципів, злочинського «братерства», оскільки «кожний діє сам по

собі». Тому не має значення чітке додержання злодійських традиції, це особиста справа злодія. Також у розмові В. відмітив, що в Україні формується новий бандитський рух так званих «беспредельщиків», у той час як у «зонах» більшість із тих, хто відбуває покарання, належать до найнижчого прошарку кримінального світу.

Під час відбування покарання В. припускався численних порушень вимог режиму, головним чином відмовлявся від роботи, на шлях виправлення не став, що послужило підставою для встановлення після звільнення адміністративного нагляду за ним. Зараз не працює, живе, як говорить, випадковими заробітками, алкоголем не зловживає. Має намір одружитися, але в особистому житті, зі слів В., йому не щастить. Захоплюється художньою та публіцистичною літературою з кримінальної тематики. Має доволі високий рівень знань, але не збирається його якимось чином використовувати.

Отже, за допомогою монографічного методу дослідження вдалося дійти висновку про те, що злочинна «кар'єра» В. — типовий випадок злочинного професіоналізму, з відповідною психологією, «філософським» ставленням до категорій волі і тюрми, праці, демонструванням своєї неординарності тощо. Як зазначили співробітники міліції, із великою імовірністю скоро В. знову потрапить до місць позбавлення волі.

Наприкінці зазначимо, що використання монографічного методу дослідження особи рецидивістів на початковому етапі збирання та оброблення емпіричного матеріалу надало можливість виявити основні тенденції щодо формування злочинної «кар'єри» таких осіб та вибудувати низку гіпотез із цього приводу, які у подальшому підлягають більш ретельній перевірці. По-перше, виявлено той факт, що злочинна «кар'єра» рецидивіста тяжіє до спеціального рецидиву; по-друге, встановлено існування певного вікового бар'єру, після якого особа замислюється про відмову від активної злочинної діяльності; по-третє, рецидивісти констатують, що на сьогодні злочинний світ вже не є тим монолітним утворенням зі своїми «поняттями», «принципами», «злодійськими законами», які існували раніше; по-четверте, дослідником намічено деякі принципи майбутньої типологізації рецидивістів; по-п'яте, в цілому уточнено методологічні підстави та правила застосування, а також показано перспективність використання монографічного методу під час проведення так званих польових кримінологічних досліджень.

Надійшла до редколегії 10.07.04

Ш. Монгуш, заступник прокурора
Республіки Тива

Щодо питання про криміногенні чинники тяжкої насильницької злочинності в Республіці Тива

Проблема детермінації злочинності є однією з найскладніших у кримінології, що й дотепер не знайшла свого однозначного розуміння та вирішення. Сьогодні зазначена проблема є навіть більш актуальною, ніж будь-коли. Це пояснюється активізацією в російському суспільстві негативних процесів, як-от: подальше майнове розшарування населення, падіння рівня життя основної маси росіян, зростання алкоголізму і наркоманії, безпритульність і бездоглядність тощо.

Слід відзначити, що питання детермінації злочинів, у тому числі й насильницьких, завжди були у центрі уваги вчених і практиків. Вагомий внесок у вирішення складних питань зумовлення насильницької злочинності внесли такі вчені, як С. Абельцев, Ю. Антонян, С. Бородин, В. Голіна, Г. Чечель та ін.¹ Однак проблеми детермінації тяжкої насильницької злочинності в сучасних умовах суспільного життя окремих суб'єктів РФ, у тому числі й у Республіці Тива, ще не були предметом дослідження. У багатьох національних регіонах РФ відзначається більш напружена криміногенна ситуація порівняно з європейською частиною Росії, що пояснюється накладенням на загальноросійські причини злочинності специфічних криміногенних чинників, характерних лише для того чи іншого регіону. До того ж на сьогодні рівень злочинності в Республіці Тива, зокрема й тяжкої насильницької, майже удвічі вищий, ніж у середньому по Росії, що свідчить про необхідність розробки і вжиття кардинальних заходів, спрямованих на боротьбу із зазначеними злочинними проявами. Все викладене зумовлює необхідність аналізу криміногенних чинників тяжкої насильницької злочинності в Республіці Тива.

¹ Див.: Абельцев С. Н. Личность преступника и проблемы криминального насилия. — М., 2000; Антонян Ю. М. Насильственная преступность в России. — М., 2001; Бородин С. В. Преступления против жизни. — СПб., 2003; Голіна В. В. Попередження тяжких насильницьких злочинів проти життя й здоров'я особи: Навчальний посібник. — Х., 1997; Чечель Г. И. Уголовно-правовые и криминалогические проблемы борьбы с преступлениями против личности: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Урал. гос. юрид. акад. — Екатеринбург, 1995.

У системі криміногенних чинників злочинності в РФ у цілому й у Республіці Тива, що є суб'єктом РФ, в останні 10–15 років спостерігаються зміна і модифікація колишніх і виникнення нових криміногенних чинників, що сприяють існуванню і відтворенню злочинних проявів як насильницького, так й іншого характеру. Гадаємо, криміногенні чинники тяжких насильницьких злочинів проти особи можна розділити на кілька умовних груп: 1) соціально-економічного; 2) соціально-політичного та 3) соціально-психологічного характеру. На наш погляд, така класифікація охоплює всі основні сфери продукування кримінальних проявів.

1. Чинники соціально-економічного характеру. На початку 90-х років ХХ ст. у Росії значно зросла кількість людей, вибитих з колії нормального життя, які втратили роботу та регулярний заробіток і тим самим позбавлені нормальних умов існування. Спад виробництва, зростання цін при вкрай низькій заробітній платі і пенсійних виплатах спричинили істотне падіння рівня життя основної маси населення, що проживає на території РФ. У результаті втрати колишнього соціального статусу все більше людей почувають невпевненість у майбутньому і не мають можливості одержати роботу за фахом, а тому змушені орієнтуватися на спосіб життя, нерідко поєднаний з порушеннями норм моралі та права. У такій обстановці кримінальне насильство стає повсякденним явищем, яке в сучасному суспільстві все частіше намагаються подати як певну боротьбу за виживання, більш-менш гідні умови існування. Причому під цим виживанням мається на увазі і переділ сфер кримінального впливу, і так зване домашнє насильство з метою позбутися, наприклад, зайвих їдоків у родині, і розбої як спосіб «заробітку» тощо.

Проведене нами дослідження показало, що соціально-економічні чинники тяжкої насильницької злочинності в Тиві не мають будь-яких принципівих відмінностей від загальноросійських показників. Разом з тим, враховуючи особливості життя в Республіці, зазначені чинники все-таки набувають певної специфіки. Це зумовлюється насамперед особливостями соціально-економічної інфраструктури. По-перше, значна частина зайнятого населення в Тиві працює в бюджетній сфері, а серед непрацюючого населення практично єдиним джерелом доходів є грошова допомога на дітей та пенсії. В умовах перманентного скорочення робочих місць створення нових у найближчі роки є вкрай проблематичним. Грошова допомога на дітей теж обмежується досягненням дитиною

певного віку. Тому втрата даних джерел існування також тягне за собою падіння рівня життя досить значної кількості людей, що у свою чергу може провокувати окремих громадян на вчинення різного роду насильницьких злочинів, зокрема вбивств з корисливих мотивів з метою заволодіння майном потерпілих. У подібній ситуації неவிпадковим виглядає збільшення в Республіці Тива розбоїв, зростання яких з 1996 по 2000 р. склало аж 110,3%.

По-друге, посилення дезінтеграційних процесів, розвал сільськогосподарської кооперації, підвищення конкурентоспроможності сільськогосподарських товаровиробників більш потужних сусідніх областей — Красноярського краю, Республіки Хакасія, Новосибірської області, в яких кращі умови проживання та більш розгалужена інфраструктура, що переробляє сільськогосподарську сировину, промисловість тощо, — вплинули на сільськогосподарський сектор економіки Тиви. Зазначені обставини спричинили відтік молодих кадрів із сіл Республіки. Разом з цим у містах Тиви поки що не відзначається відчутного зростання виробництва, отже, не очікується і збільшення додаткових робочих місць. За даними Уряду Республіки Тива, чисельність непрацюючого населення в 2002 р. досягла 28,2 тис. чол., що склало 16,6% від усього працездатного населення Республіки. У це число входять 4,2 тис. чол., офіційно зареєстрованих як безробітні, що відповідно становить 2,48% від категорії працездатних громадян. У зв'язку з цим слід констатувати пряму залежність між відсутністю легальних джерел існування і злочинними способами «заробітків». Як показують офіційні статистичні дані, у Республіці Тива непрацюючі щорічно вчиняють до двох третин від усіх зареєстрованих злочинів. 54–56% убивств і близько 45% фактів умисного заподіяння тяжких ушкоджень здоров'я також припадають на частку непрацюючих.

По-третє, великого навантаження, зумовленого особливостями демографічної ситуації в Республіці Тива, працездатне населення зазнає з боку старих і дітей, що призводить до збільшення кількості осіб, які знаходяться на утриманні працездатних членів родини, і відповідного зменшення доходів на кожного члена окремо взятої родини. Подібна ситуація також викликає необхідність пошуку додаткових джерел існування, а іноді й можливостей «порятунку» від непрацездатних членів родини.

Таким чином, в умовах глибокого економічного спаду багато громадян Республіки Тива опинилися перед необхідністю суто фізичного виживання, не кажучи вже про задоволення потреб ду-

ховного і культурного плану, які для сучасної людини є невід'ємною частиною її життя. Як вірно зазначає Б. Головкін, у складній соціально-економічній ситуації, що стала наслідком кризових трансформацій перехідного періоду, більшість людей не змогли адаптуватися до нових соціально-економічних умов, у яких панують жорстока конкуренція, економічна нерівність, гонитва за прибутками, безробіття, соціальна незахищеність тощо¹.

Крім того, майнове розшарування населення, різкий контраст у рівнях життя так званих «нових росіян», які одержують надприбутки від приватизації галузей народного господарства, фінансових махінацій, та більшості населення, значна частина якого живе на межі або ж за межею бідності, також сприяють посиленню соціальної напруженості в Республіці. Належність до незаможного класу робить апріорі марними і безперспективними спроби багатьох громадян вирватися з бідності.

Слід також зазначити, що приблизно з середини 90-х років ХХ ст. у Республіці Тива проявилися й такі явища, що раніше не зустрічалися в ній. Це бродяжництво, жебрацтво, значно зросла кількість осіб без певного місця проживання. Більш пізніший порівняно із загальноросійськими показниками прояв зазначених негативних тенденцій у суспільному житті Республіки Тива, як видається, можна пояснити історичними та культурними особливостями укладу життя тувинців і, у першу чергу, міцними родинними зв'язками. Однак навіть цього чинника виявилось недостатньо для протидії загостренню криміногенної ситуації. Внаслідок цього бродяжництво, жебрацтво, втрата колишнього місця проживання негативно вплинули на стан тяжкої насильницької злочинності в Республіці.

2. *Чинники соціально-політичного і правового характеру.* В літературі неодноразово вказувалося на взаємозв'язок і взаємозумовленість політичного режиму держави, політико-ідеологічних чинників та різних видів злочинності². При жорстких диктаторських

¹ Див.: Головкін Б. М. Кримінологічні проблеми умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень, що вчиняються у сімейно-побутовій сфері. – Х., 2004. – С. 81.

² Див.: Кальман О. Г. Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні: теоретичні та прикладні проблеми. – Х., 2003; Лінкан В. А. Неопарадигма боротьби з тероризмом // Збірник наукових праць Харківського Центру по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні. Вип. сьомий. – Х., 2003; Шнайдер Г. Й. Кримінологія: Пер. с нем. / Под общ. ред. и пред. Л. О. Иванова. – М., 1994.

режимах, що характеризуються тотальним контролем, відбуваються зростання злочинів влади проти свого народу і зниження загальнокримінальної злочинності. У зв'язку з цим В. Лунеев слушно зазначив, що тоталітаризм різних мастей (фашистський, комуністичний, релігійно-фундаменталістський тощо) надзвичайною жорстокістю та державним насильством може удержати традиційну кримінальну злочинність на соціально контрольованому рівні, але він є кримінальним за своєю суттю, і форми його боротьби зі злочинністю небезпечніші за саму злочинність¹. У результаті цього, утримуючи загальнокримінальну злочинність у певних рамках, тоталітаризм не рятує суспільство від масової віктимізації. Навпаки, демократичні режими зумовлюють перевагу загальнокримінальної злочинності над політичною з постійним зростанням диспропорції між ними.

Політика ліберальної демократії, що проводиться у РФ, на тлі сплеску націоналістичних проявів в її окремих суб'єктах, на жаль, поєднана зі створенням несприятливого клімату соціально-політичного розвитку тих чи інших регіонів. А посилення соціально-політичної напруженості в суспільстві, при якій пересічний громадянин нерідко відчуває себе ураженим у політичних і соціальних правах, завжди загрожує небезпекою сплеску злочинної поведінки, зростанням спроб вирішити назрілі проблеми насильницьким шляхом, у тому числі із застосуванням насильства щодо особи.

У Республіці Тива, де здавна спільно проживали росіяни і тувинці, у 1990–1992 р. на хвилі сепаратизму були спровоковані міжетнічні зіткнення, що набули форми російських погромів. Причини такої ситуації в Республіці пересічні громадяни вбачають у невірній міжнаціональній політиці. Внаслідок зіткнень між тувинцями і росіянами загинуло понад 90 чол. Зусиллями влади конфлікт було врегульовано, однак почався значний відтік росіян з Республіки. Цей процес не зупинений і дотепер: щорічно Тиву залишають 15–17 тис. чол., оскільки міжетнічні конфлікти час від часу все-таки продовжуються.

На наш погляд, цілком логічним уявляється поряд із чинниками соціально-політичного плану, які впливають на тяжку насильницьку злочинність, одночасне проведення аналізу і правових чинників, що зумовлюють цей вид злочинних проявів. Зв'язок зазна-

¹ Див.: Лунеев В.В. Преступность в России: тенденции, эффективность борьбы, прогноз // Организованная преступность, терроризм и коррупция: Криминологический ежеквартальный альманах. Вып. 3. – М., 2003. – С. 97.

чених груп чинників визначається наперед тим, що недостатня політична воля щодо виконання державою своїх соціальних зобов'язань перед громадянами, а також відсутність підтримки соціально незахищених груп населення у країні впливають на істотне зниження рівня правосвідомості людей, що негативно позначається на загальному стані законності. Внаслідок цього багато громадян починають досить скептично ставитися до діяльності правоохоронних органів, насамперед органів внутрішніх справ, вважають марним звернення по допомогу до них і прагнуть самостійно вирішувати конфліктні ситуації, що виникають, використовуючи для цього в тому числі і насильницькі методи¹. Отже, з одного боку, суспільство постає перед масовими фактами нігілістичного ставлення до нормативних розпоряджень, що породжує психологію допустимості відступів від вимог законів, а з другого — громадяни не бачать сенсу у зверненні до правоохоронних органів у разі порушення їх прав і законних інтересів навіть злочинними діями інших осіб. Так, шкала довіри молодого населення зазначеним інстанціям не перевищує 10%. Подібна полярність ставлень громадян до закону і правоохоронної системи негативно позначається як на загальному рівні злочинності, так і на рівні тяжких насильницьких злочинів проти особи.

3. Чинники соціально-психологічного характеру. Соціально-економічні та соціально-політичні чинники, що детермінують тяжку насильницьку злочинність, так чи інакше позначаються на суспільній свідомості людей, тим самим значною мірою впливаючи на формування їх ціннісного ставлення до людського життя як такого і переконання неприпустимості порушення норм кримінально-правової охорони цього блага. Інакше кажучи, соціально-психологічні чинники, розглянуті, зрозуміло, під кутом їх впливу на зазначений вид злочинності, — це негативні явища і процеси у сфері соціальної психології суспільства, окремих груп та індивідуумів², що відповідає масовому, груповому або індивідуальному рівню. Ці чинники можуть містити в собі суспільний настрій, механізми міжособистісної взаємодії, психологічні процеси формування особи, завоювання групового і соціального статусу, а також місцеві тра-

¹ Див.: Противодействие незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ: Учебное пособие / Под общ. ред. А. Н. Сергеева. — М., 2001. — С. 231.

² Див.: Кузнецова Н. Ф. Проблемы криминологической детерминации / Под ред. В. Н. Кудрявцева. — М., 1984. — С. 52.

диції та звичаї¹. Таким чином, характер і рівні подібних процесів та явищ надзвичайно різноманітні.

На масовому рівні соціально-психологічні чинники виступають як усталені та звичні стереотипні норми, традиції, поширені у певних національних і регіональних культурах і субкультурах, і такі, що розглядають насильство як спосіб вирішення різноманітних конфліктів. Крім того, як слушно зазначив В. Лунеев, у РФ відбувається соціально-психологічний процес інтенсивного звикання населення до зростання злочинності, у тому числі й до її відносно нових форм — організованої, терористичної та корупційної². Отже, на рівні суспільної свідомості відбувається свого роду адаптування до масових фактів кримінальних форм «життєдіяльності» своїх же співгромадян.

На груповому рівні — у родині, побуті, неформальних угрупованнях тощо — нерідко самотійно виробляються ті чи інші «етичні» норми, що забезпечують ефективне існування, функціонування або виживання даної групи. Насильство в таких групах розглядається як поведінка, що заохочується, оскільки передбачається, що вона служить на користь групі в цілому.

На індивідуальному рівні психологічні установки особи на насильницьке вирішення проблем, що виникають, знаходять свій вираз у мотивах злочинних дій, які несуть найбільшу інформацію про зміст специфічної причини тяжких насильницьких злочинів. У спеціальній літературі підкреслюється, що специфічними причинами вбивств і є антисуспільні погляди та звички людини³, що, власне, і виступають як певний стереотип її поведінки. Це положення цілком справедливе й щодо фактів заподіяння тяжких ушкоджень здоров'ю.

Вивчення кримінальних справ у Республіці Тива й аналіз статистичних даних свідчать про те, що основними мотивами вчинення тяжких насильницьких злочинів проти особи виступають особисті неприязні стосунки між злочинцем і потерпілим, що виникають, як правило, після спільного вживання алкоголю. На наш погляд, група мотивів особистої ворожості представлена декілько-

¹ Див.: Насильственная преступность / Бородин С. В., Кригер Л. Г., Кудрявцев С. В. и др.; Под ред. Кудрявцева В. Н. и Наумова А. В., Ин-т гос-ва и права РАН. — М., 1997. — С. 39.

² Див.: Лунеев В. В. Вказ. праця. — С. 98.

³ Див.: Сравнительное криминологическое исследование преступности в Москве в 1923 и 1968—1969 гг. / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой. — М., 1971. — С. 55.

ма її різновидами — помстою, озлобленістю, ревнощами, ворожістю тощо. Зазначені особливості психології насильницьких злочинців тісно пов'язані з такими негативними соціально-психологічними «традиціями», що, на жаль, нерідко присутні й у сучасному суспільстві, як неповага до жінки, «право» сильнішого, відсутність елементарної культури взаємин, що сприяє ще більшій нестриманості з боку винного навіть за найменшого приводу, особливо якщо таким приводом є неправильна поведінка самих потерпілих. Вчинення тяжких насильницьких злочинів з мотивів особистої ворожості було констатовано слідчо-судовими органами Республіки Тива в 62,6% випадків.

На початку 90-х років ХХ ст. у Тиві все більшої ваги почала набувати так звана націоналістична мотивація, інакше кажучи, вчинення злочинів проти життя і здоров'я людини, її волі, честі та гідності залежно від її національної належності. В основі подібної мотивації, на наш погляд, найчастіше лежать мотиви помсти, ненависті та особистої ворожості, що виявляються тільки стосовно осіб іншої національності, ніж самі винні. На жаль, у Республіці спеціально не ведеться статистика тяжких насильницьких злочинів, учинених саме на національному ґрунті. Однак, на наш погляд, певна частина зазначених злочинів, у вчиненні яких слідчосудовими органами констатовано мотиви помсти, хуліганські спонукання, користь, може бути віднесена до проявів націоналістичної мотивації.

Помітну роль у вчиненні тяжких насильницьких злочинів відіграють також корисливі мотиви. З корисливих спонукань, як показало проведене нами дослідження, було вчинено кожне п'яте злочинне діяння (21,7%). При цьому корислива мотивація в абсолютній більшості випадків пов'язана із розбійними нападами та вимаганням.

Третім за значущістю мотивом тяжкої насильницької злочинності є хуліганські спонукання (8,4%), які не лише поширені, а й виступають досить усталеним різновидом антисуспільних поглядів і звичок насильницьких злочинців. На наш погляд, показовим є той факт, що в Республіці Тива засудження за хуліганство нерідко передувало вчиненню тяжких насильницьких злочинів (приблизно у 14% винних). Крім того, багато винних до засудження систематично вдавалися до дрібного хуліганства, що, однак, у рідких випадках викликало відповідне реагування з боку громадськості та правоохоронних органів.

Інші мотиви вчинення тяжких насильницьких злочинів у Республіці Тива констатовано в 6,3% усіх досліджених нами випадків. Як такі мотиви слід зазначити сексуальні мотиви, страх перед викриттям або помстою за вчинення іншого злочину, бажання приховати або полегшити вчинення іншого злочину тощо.

Як вірно відмічається у спеціальній літературі, мотивація злочинів не завжди може бути визначена досить чітко. Іноді за злочином стоїть цілий комплекс мотивів¹. Наприклад, прагнення одержати матеріальну вигоду (корисливий мотив) може поєднуватися з почуттям особистої ворожості, помсти потерпілому тощо. Це положення цілком підтверджується практикою.

У висновку відзначимо, що створення ефективної системи протидії тяжкій насильницькій злочинності припускає глибоке знання природи криміногенних чинників, що зумовлюють існування та відтворення цих злочинних проявів.

Надійшла до редколегії 19.05.04

Е. Сімакова-Єфремян, заступник
директора з наукової роботи
Харківського НДІ судових експертиз,
кандидат юридичних наук.

Методи дослідження як основа методології вирішення завдань судової експертизи

Проблеми методології судової експертизи вже тривалий час є предметом досліджень науковців та практиків. Буквально методологія — це вчення про метод. Вона використовується щонайменше у двох сенсах: по-перше, під методологією розуміють систему нематеріальних засобів пізнання та перетворення дійсності; по друге — вчення про нематеріальні засоби пізнання та перетворення дійсності. На наш погляд, дуже важливим є вирішення завдань розроблення системи засобів пізнання обізнаною особою фактичних даних та обставин справи за допомогою спеціальних знань. Тут виникає необхідність системного підходу до розв'язання пробле-

¹ Див.: Криминологія: Учебник / Под общ. ред. А. И. Долговой. — М., 1997. — С. 450.

ми. Під системою розуміють сукупність взаємопов'язаних елементів. У розглядуваному нами питанні ці елементи являтимуть собою методи судової експертизи.

Під методом експертного дослідження розуміють систему логічних та (або) інших інструментальних операцій (способів, прийомів) одержання даних для вирішення питання, що поставлене перед експертом¹. У криміналістичній літературі методологічні аспекти судової експертизи розглядаються з точки зору аналізу арсеналу методів, якими володіють судові експерти для вирішення поставлених перед ними завдань, різних їх класифікацій, розроблення понятійного апарату та інших аспектів учення про методи судової експертизи.

Так, А. Вінберг і О. Шляхов запропонували таку градацію методів судової експертизи за ступенем їх спільності та субординації:

1) всеохоплюючий діалектико-матеріалістичний метод та розглядувані на цьому рівні методи логіки (абстрагування, аналіз, синтез, порівняння, індукція, дедукція, ідеалізація, формалізація, аксіоматичний, системно-структурний методи, «метод чорної скриньки» та ін.).

2) загальні (загальнопізнавальні) методи: спостереження, вимірювання, описування, планування, експеримент, моделювання, побудова гіпотез, програмно-математичні методи та ін.

3) окремі методи (інструментальні та допоміжно-технічні): судова фотографія (в тому числі мікрофотографія), мікроскопія, мас-спектроскопія та ін.

4) спеціальні методи: конкретні методики вирішення експертних завдань².

На наш погляд, наведена систематика методів є прийнятною для будь-якого виду експертного дослідження.

На вибір методів дослідження, крім предмета, завдань, об'єктів експертизи, значною мірою впливає ступінь ефективності того чи іншого методу, що виражається в його дійовості, умовній економічності, допустимості з погляду закону, складності, можливості проведення повторного дослідження, надійності, тривалості тощо.

Залежно від впливу методів на збереження об'єкта як речового доказу запропонована така їх класифікація:

¹ Див.: Словарь основных терминов судебных экспертиз. – М., 1980. – С. 43.

² Див.: Винберг А. И., Шляхов А. Р. Общая характеристика методов экспертного исследования // Общее учение о методах судебной экспертизы. – М., 1977. – Вып. 28. – С. 54–94.

1) група методів, що не впливають на властивості речових доказів (фотографія, оптична мікроскопія, відображувальна спектроскопія);

2) методи, що не змінюють зовнішніх ознак, але частково впливають на властивості матеріалу, речовини об'єктів (люмінесцентний аналіз, рентгеноструктурний аналіз);

3) методи, що змінюють цілісність об'єкта, руйнують його форму та змінюють його властивості;

4) методи, що призводять до знищення речових доказів¹.

Наведена класифікація стосується не тільки речових доказів, а й інших матеріальних об'єктів судової експертизи, тобто тих об'єктів експертного дослідження, яким не надано статусу речових доказів (живих осіб, трупа або його частин, тварин, рослин, споруд, місця події, зразків тощо). Для судово-експертної практики додержання принципу максимального збереження об'єкта при дослідженні є дуже важливим. Саме тому цей принцип одержав законодавче закріплення в ст. 5 Закону України «Про судову експертизу»: «Під час проведення судових експертиз об'єкти дослідження можуть бути пошкоджені або витрачені лише у тій мірі, в якій це необхідно для дослідження». Це дуже важлива норма, оскільки в процесі проведення експертизи можуть застосовуватися методи, що призводять до часткового пошкодження або повного знищення об'єкта (наприклад, речового доказу). Це може призвести, наприклад, до неможливості проведення повторної експертизи таких об'єктів, що знижує гарантії повного та об'єктивного судово-експертного дослідження. Саме тому, якщо експерту необхідно застосувати метод дослідження, що призводить до таких негативних наслідків, він має одержати на це відповідний дозвіл особи або органу, що призначили експертизу.

Згідно з характером властивостей, ознак об'єктів, що вивчаються, виділяють методи, за допомогою яких досліджуються: морфологічні властивості, ознаки; компонентний склад; фізичні константи; елементний склад; молекулярний склад; фізико-хімічні властивості².

Залежно від мети можливі й інші диференціації методів, наприклад, за цільовим призначенням та одержуваними результатами, за стадіями експертного дослідження тощо.

¹ Див.: *Бибиков В. В.* Схема комплексного исследования веществ, материалов, изделий. — М., 1985. — Вып. 23. — С. 39.

² Див.: *Шляхов А. Р.* О классификации методов судебной экспертизы // Реф. науч. сообщ. на теоретическом семинаре — криминалистических чтениях. — М., 1977. — Вып. 18. — С. 3—11.

Слід погодитися з думкою А. Вінберга і Н. Малаховської, згідно з якою, взявши за основу класифікації методів їх предметні, галузеві судові науки, які, в свою чергу, ґрунтуються на даних материнських наук і трансформовані в спеціальні експертні знання, ми досягаємо подвійного ефекту. З одного боку, вносяться в предметну науку для наших цілей методи материнських наук, а з другого — самі предметні науки на шляхах пізнання притаманних їм закономірностей не тільки застосовують методи материнських наук, а й породжують свої специфічні методи¹. Прикладом цього можуть бути методичні підходи до вирішення завдань комплексної експертизи контактної взаємодії об'єктів, яка, використовуючи традиційні та нові методи судової трасології, судової медицини, судового ґрунтознавства, судового матеріалознавства тощо, одержані, в свою чергу, шляхом трансформації знань материнських наук (криміналістики, медицини, ґрунтознавства, матеріалознавства тощо), являє собою абсолютно своєрідний тип експертизи, що породжує притаманні тільки їй методики дослідження.

Під методикою експертизи (експертного дослідження) розуміють систему методів (прийомів, технічних засобів), що застосовуються при вивченні об'єктів судової експертизи, для встановлення фактів, що стосуються предмета певного роду, виду та підвиду судової експертизи². В «Словнику основних термінів судових експертиз» виділяється методика експертизи (експертного дослідження) за конкретною справою (конкретна методика) — це окрема формалізована методика експертизи, або методика, яка формується безпосередньо під час дослідження на основі загальної методики та досвіду експерта з урахуванням поставленого завдання.

Взагалі в літературі виділяють щонайменше чотири рівні методик: будь-якого роду (загальне вчення про методику експертизи даного роду); певного виду (загальна методика); окремого підвиду експертизи (окрема методика); методика вирішення завдання судової експертизи (спеціальна методика)³. Класифікація експертиз,

¹ Див.: *Вінберг А. И., Малаховская Н. Т.* Разграничение предметов, методов и объектов судебных экспертиз // Соц. законность. — 1978. — № 8. — С. 64.

² Див.: *Словарь основных терминов судебных экспертиз.* — С. 43.

³ Див.: *Шляхов А. Р.* Понятие методик, методов судебных экспертиз: Методические рекомендации. — М., 1979. — С. 12; *Його ж.* Определение методик и методов судебных экспертиз с позиций внедрения научных разработок. Рекомендации в экспертную практику: Материалы к ученому совету ВНИИСЭ. — М., 1977. — С. 11.

з огляду на ієрархічну визначеність, здійснюється за класами, родами, видами, різновидами, причому, крім предмета, завдань та об'єктів, здійснюється за методами дослідження. Отже, можна говорити про те, що існують різні рівні загальної методики певних класів, родів, видів, підвидів експертиз. А. Вінберг та О. Шляхов запропонували, крім того, поняття «конкретної методики» судової експертизи, коли на основі знання окремої методики, особистого досвіду експерт розробляє методику вирішення кожного окремого завдання, що стоїть перед ним у даний момент, а також програму дослідження конкретної ситуації¹. Д. Мирський відмічав, що конкретна методика існує в уявленні експерта: це не написана, рязова методика, і тільки наукове узагальнення ряду однотипних, конкретних методик (за літературними публікаціями і, головним чином, за копіями висновків експертів) дозволяє створити нову окрему методику².

Вважаємо за доцільне навести власні міркування щодо класифікації методів судової експертизи. Цілком природно, що судова експертиза як основний метод пізнання використовує діалектичний метод, бо діалектика включає в себе теорію пізнання, гносеологію, що розглядають будь-яке явище, вивчаючи та узагальнюючи історію його походження в розвитку, переходячи від незнання до знання. Експертне дослідження являє собою саме такий процес.

Основні закони діалектики (заперечення заперечень, розвиток по спіралі, розриви поступовості, перехід кількісних змін у якісні, єдність та боротьба протилежностей, взаємозв'язок та близька залежність усіх сторін кожного з'явлення, здатність матерії до відображення її первинності стосовно пізнання), а також такі категорії, як одиничне та особливе, частина та ціле, форма та зміст тощо, є базисом для розвитку методології експертизи. Діалектичний метод означає, що основні поняття судової експертизи можуть бути вірно уявлені та сприйняті у свідомості тільки в тому разі, коли вони беруться у розвитку, як мінливі категорії. Такий підхід дозволяє розкрити сутність предмета, об'єктів, завдань і методів експертизи, їх внутрішній зміст. Проілюструємо наведено на прикладі діалектичного закону переходу кількісних змін у якісні. Проводячи будь-яке

¹ Див.: *Винберг А. И., Шляхов А. Р.* Вказ. праця. — С. 54—94.

² Див.: *Мирский Д. Я.* Понятие и структура методики экспертного исследования. Обобщенная модель методического руководства по судебным экспертизам // Проблемы теории судебной экспертизы. — М., 1980. — Вып. 44. — С. 33.

ідентифікаційне дослідження, експерт вивчає слід з метою ототожнення предмета, що його залишив, встановлюючи ідентифікаційні ознаки (форму, розміри, характер поверхні, якісний склад тощо). При певному наборі необхідної кількості загальних та окремих ознак ці кількісні зміни переходять у якісно нову форму — висновок експерта про походження сліду від конкретного об'єкта.

Методологічне значення законів та категорій діалектики важко переоцінити. Вони слугують основою пізнання об'єктів судової експертизи; їх використання дозволяє розкрити сутність властивостей та станів об'єктів, сутність їх ідентифікації за матеріально фіксованими відображеннями та процесів взаємодії, використати результати ідентифікації для пізнання обставин події злочину, встановлювати механізм взаємодії та умови, за яких вона відбувалася.

Діалектичний метод, будучи базовим методом пізнання в судовій експертизі, основою її методології, не вичерпує її наукового потенціалу. До арсеналу методів експертизи входять такі загальні (загальнопізнавальні) методи, як спостереження, вимірювання, описування, планування, моделювання, побудова гіпотез тощо, а також методи логіки — абстрагування, аналіз, синтез, індукція, дедукція, ідеалізація, порівняння, аналогія, експеримент та ін. Ці методи застосовуються на різних етапах експертного дослідження. Продемонструємо це на деяких прикладах.

Спостереження при вирішенні завдань експертизи поєднує в собі почуттєве та раціональне пізнання, при якому цілеспрямовано та планомірно сприймається об'єкт дослідження з метою вивчення через ознаки його властивостей, станів та процесів як цілісної структури. Спостереження здійснюється особисто експертом, тобто є безпосереднім, як при огляді речових доказів та інших об'єктів при їх надходженні, так і при безпосередньому дослідженні з метою ідентифікації, діагностики та ситуалогічного аналізу. Спостереження може бути як простим (візуальне сприйняття об'єкта), так і кваліфікованим (із залученням технічних засобів, наприклад, мікроскопа).

Як результат практичного використання спостереження постає описування — необхідна умова фіксації спостереження, інших методів пізнання та оцінки виявлених ознак (властивостей, станів, процесів). Без описування неможливо проведення експертизи. Воно відображається у літерних та цифрових знаках, графіках, схемах, фотознімках, рисунках, розмітці, символах тощо.

Аналіз і синтез виявлених ознак — це процес уявного поділу та уніфікації загального об'єкта дослідження. Так, виділивши ознаки досліджуваних слідів на різних транспортних засобах та проаналізувавши їх, експерт надалі проводить синтез, що дозволяє встановити механізм слідоутворення (відомості про характер контактування, положення транспортних засобів на момент зіткнення, напрямок впливу деформуючої сили та ін.).

Метод порівняння може застосовуватися дуже широко при проведенні ідентифікаційних досліджень, коли порівнюються різні властивості, ознаки предметів, явищ за їх відображеннями — слідами. Порівняння може здійснюватися як простим (візуальним) способом, так і з використанням порівнювальних мікроскопів, приладів оптичного накладення, інших технічних приладів, які дозволяють порівнювати якісний чи кількісний зміст об'єктів. Уявний процес порівняння завжди присутній і при діагностичному та ситуаційному аналізах, коли для встановлення властивостей чи станів об'єктів або механізму взаємодії експерт для встановлення їх сутності уявно порівнює встановлювані властивості, стани та механізми з аналогічними категоріями, які вже відомі в науці та практиці. Відмінність сутності методу порівняння, що використовується при вирішенні діагностичних завдань, від ідентифікаційних полягає у тому, що при перших вивчається сам об'єкт, без порівнювання його ознак з відображеннями, в основному з метою віднесення до відомих, загальноприйнятих розрядів, тобто для встановлення «що це таке?». При вирішенні ж ситуаційних завдань процес порівняння полягає у тому, що експерт використовує уявні ситуаційні «моделі-еталони» з метою вирішення питання: чи має місце в даному випадку такий же ситуаційний «еталон», який зафіксований у свідомості експерта, банку даних експертних методик?

Часто порівнянню передують експеримент, який може застосовуватися для підтвердження (спростування) тієї чи іншої експертної версії. Експертний експеримент широко використовується для перевірки можливості або варіабельності відображення тих чи інших ознак слідів на конкретній слідоприймаючій поверхні, залежно від станів об'єктів контактування та різних механізмів слідоутворення.

Метод моделювання при проведенні експертизи спрямований на створення та використання різних моделей об'єктів, ситуацій у практичній діяльності (матеріальне моделювання відбитків, предметів, графічне моделювання тощо) та при уявному пізнанні (уявне моделювання). Матеріальне моделювання проводиться шляхом

виготовлення зліпків з відбитків одягу, взуття, ходових частин транспортних засобів тощо, складання схем, виготовлення рисунків, фотографічного відтворення об'єкта та ін.; уявне моделювання — шляхом відтворення уявних образів, моделей будь-чого.

Дедукція (принцип пізнання від загального до окремого) та індукція (від окремого до загального) при проведенні судової експертизи постійно змінюють та доповнюють одна одну на різних стадіях дослідження шляхом сумування одноякісної інформації, відображеної у взаємопов'язаних слідах, різноякісної інформації, відображеної у одному й тому ж сліді, різноспрямованої інформації, що міститься в слідах, об'єднаних процесом взаємодії об'єктів.

Вимірювання в судовій експертизі проводиться шляхом використання різних одиниць та вимірювальних приладів. Воно важливе як для описування результатів зовнішнього огляду, так і при аналітичному дослідженні.

Наведені та багато інших загальнопізнавальних методів експертизи нерозривно взаємопов'язані, виходять та переходять один в інший і породжують окремі методи.

До окремих методів, за основу виділення яких ми беремо факт їх використання в окремих (не в усіх) галузях знань, належать, наприклад, судова фотографія (у тому числі мікрофотографія), мікроскопічні методи дослідження. Судова фотографія застосовується як з метою фіксації зовнішнього вигляду досліджуваних об'єктів, так і для вирішення безпосередніх завдань ідентифікаційного, діагностичного та ситуалогічного характеру (фотографування в УФ- та ІЧ-променях, із різними світлофільтрами тощо). Мікроскопічні методи дослідження використовуються при дослідженні слідів, матеріалів, предметів, речовин тощо на предмет встановлення їх мікроознак. Ці методи можуть бути пов'язані з вимірюванням, порівнянням, виділенням об'єктів та їх компонентів; вони допомагають посилити гостроту зору та подолати поріг сприйняття дрібних або невидимих неозброєним оком деталей, часток.

В арсеналі судової експертизи присутні окремі методи визначення фізичних, оптичних, хімічних та інших їх властивостей, станів; якісного та кількісного складу речовини об'єктів залежно від природи їх походження.

При виборі методів дослідження важливу роль відіграє саме природа досліджуваних об'єктів. Наприклад, якщо досліджуваним загальним об'єктом є контактано-взаємодіючий комплекс «людина — певна ділянка відкритої місцевості», то експерт використовує ок-

ремі методи, що стосуються безпосереднього вивчення речовини ґрунту: методи визначення фізичних та морфологічних властивостей ґрунту (кольору, гігроскопічної вологості, гранулометричного складу та ін.); методи геолого-мінералогічного дослідження ґрунту (за фізичними, оптичними, хімічними властивостями; петрографічний аналіз та ін.); методи дослідження органічної речовини ґрунту (визначення втрат при прожарюванні; визначення елементного складу органічної частини; екстракція гумусових речовин; дослідження гумінових кислот методом електрофорезу на папері тощо); методи дослідження хімічних властивостей ґрунтів (визначення кислотності, карбонатності; емісійний спектральний аналіз; перкурметричний метод кількісного визначення кальцію та магнію та ін.); методи дослідження біологічної частини ґрунтів (споро-пилковий, діатомовий, ензиматичний аналізи та ін.). Крім методів дослідження речовини ґрунту, застосовуються й окремі методи вивчення властивостей рослинних та тваринних об'єктів, що розташовуються на відкритій ділянці місцевості (різні види ботанічного та зоологічного аналізів), а також методи дослідження різноманітних матеріалів, з яких виготовлено одяг, взуття, що були на людині в момент взаємодії з навколишнім середовищем, тощо.

Відповідно при дослідженнях контактано-взаємодіючого комплексу «транспортний засіб — пішохід — ділянка дороги» експерти використовують окремі методи, що стосуються безпосереднього вивчення слідів на транспортному засобі, пішоході, ділянці дороги, вивчення станів та властивостей згадуваних об'єктів (діагностика систем транспортного засобу; аналіз ушкоджень на тілі людини, аналіз її крові, волосся та ін., якщо на транспортному засобі або на ділянці дороги є їх сліди), тобто застосовуються різні методи інженерії, медицини та багато інших.

При цьому одразу ж відмітимо, що «цементуючою» ланкою, яка скріплює всі застосовані окремі методи в єдину систему, буде використання трасологічних методів дослідження, спрямованих на дослідження слідів як об'єктів трасології. На наш погляд, саме вони дозволяють використовувати інтеграційний підхід при дослідженнях контактано-взаємодіючого комплексу. З огляду на переваги та необхідність комплексного вирішення завдань експертизи в науці розробляють цілеспрямовані системи методів — методики (спеціальні методи).

Спеціальними методами судової експертизи є методики, спрямовані на вирішення тих чи інших завдань певних видів експертиз.

Наприклад, методика встановлення особи за її почерком є спеціальним методом, притаманним тільки судовій почеркознавчій експертизі; особи за відбитками пальців рук — судовій дактилоскопічній експертизі; методика встановлення розміру матеріальної шкоди, що заподіяна власнику транспортного засобу в результаті дорожньо-транспортної пригоди, — судовій автотоварознавчій експертизі; методика встановлення вартості відновлювального ремонту після залиття квартири водою — судовій будівельно-технічній експертизі; методика встановлення механізму утворення нашарувань ґрунту на предметах одягу та взуття — комплексній криміналістичній ґрунтознавчо-трасологічній експертизі тощо.

Наведене дозволяє дійти висновку про те, що методи судової експертизи являють собою складну, динамічну, детерміновану систему, функціонально спрямовану на вирішення судово-експертних завдань, використання елементів якої має відповідати цілям законодавства, з одного боку, та закономірностям певних галузей науки, техніки тощо — з другого.

Надійшла до редколегії 12.07.04

О. Дашковська, доцент НЮА України

Правові форми реалізації жінками своїх політичних прав

У деяких країнах світу, особливо з розвиненим феміністським рухом, спостерігається процес так званої «селективної інкорпорації жінок в органи державної влади під впливом вимог жіночої громадськості», при якій доступ до прийняття рішень у політичній, економічній, соціальній та інших важливих сферах життя суспільства одержує лише вузьке коло жінок, що мають високий рівень загальної і професійної підготовки¹.

Стаття 7 Конвенції ООН 1979 р. «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» покладає на держав-учасниць обов'язок вживати відповідних заходів для ліквідації дискримінації щодо жінок у політичному та суспільному житті країн, зокрема, забезпечувати жінкам на рівних умовах з чоловіками право:

1) голосувати на всіх виборах і публічних референдумах та бути обраними до всіх публічно-виборних органів;

2) брати участь у формуванні і здійсненні політики уряду, обіймати державні посади, а також здійснювати всі державні функції на всіх рівнях державного управління;

3) брати участь у діяльності неурядових організацій і асоціацій, що займаються проблемами громадського та політичного життя країни.

Дослідженням правового становища жінок займалися в різні часи такі відомі вчені, як Дж. Мілль, Ж. Кондорсе, А. Бебель, К. Орович, В. Щеглов, М. Баймуратов, М. Буроменський, Г. Дмитрієва, Л. Завадська, В. Костицький, Т. Мельник, В. Орзіх, П. Рабінович, С. Поленіна, Ю. Тодика, Л. Трофименко та ін., проте форми реалізації жінками своїх політичних прав постійно змінюються і на

¹ Див.: *Sexual Politics and the European Union. The New Feminist Challenge*. Providence. — Oxford, 1996. — P. 21–22.

сучасному етапі українського державотворення потребують урахування гендерного підходу.

Участь жінок-депутатів у роботі парламентів та інших представницьких органів державної влади важлива не тільки для жінок, а й для суспільства в цілому. Існують певні розходження в інтересах, що становлять пріоритетне значення для жінок і чоловіків. Увага жінок переважно концентрується на питаннях охорони здоров'я, захисту прав та інтересів дітей, екології, соціального захисту населення тощо, які іноді перебувають на периферії чоловічих інтересів. Пошук ефективних шляхів використання людських ресурсів, збалансоване врахування поглядів та інтересів чоловіків і жінок, які мають різний досвід, знання та інтуїцію, є необхідною умовою формування і реалізації державної політики в сучасній Україні.

Представництво жінок і чоловіків в органах державної влади в ідеалі повинно бути пропорційним кількості осіб кожної статі серед населення країни. ООН вважає, що тільки тоді, коли жінки становлять 20% депутатського корпусу тієї чи іншої країни, парламенти починають відповідально ставитися до розробки законопроектів в інтересах дітей. А коли жінки становлять 30% депутатського корпусу, в країнах починають прийматися закони і державні програми, що відповідають інтересам жінок¹. Наукою визначено мінімум — 33% усього складу представницького органу — необхідний для того, щоб та чи інша група осіб, що входить до складу певного органу чи організації, могла реально впливати на його роботу².

На жаль, у середньому жінки становлять не більше 10% депутатів в парламентах різних країн світу. Склалася ситуація, коли жіночі інтереси найменше захищені, особливо в соціальній сфері, що є сумним уроком небажаності передоручення представництва інтересів одних груп населення іншим³.

Надання жінкам права голосу ще не створює необхідних правових передумов гендерної рівноправності при прийнятті парламентами і органами місцевого самоврядування політичних рішень. Кількість жінок в складі парламенту залежить від особливостей виборчого законодавства кожної країни. При цьому важливими є

¹ Див.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Отв. ред. Л. Н. Завадская. — М., 2001. — С. 54.

² Див.: Мельник Т. М. Міжнародний досвід гендерних перетворень. — К., 2004. — С. 77.

³ Див.: Клименкова Т. А. Женщина как феномен культуры. Взгляд из России. — М., 1996. — С. 137.

два моменти: 1) законодавче закріплення або відсутність «гендерних» квот; 2) вид виборчої системи (мажоритарна, пропорційна, змішана).

Пряме закріплення нормативними актами «гендерних» квот — явище у світі не таке вже і рідкісне. Квотування є тимчасовим спеціальним заходом ліквідації нерівності у представництві чоловіків і жінок у владних структурах держави і тому відповідно до ст. 4 Конвенції ООН 1979 р. «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» гендерне квотування не вважається дискримінаційним заходом. За даними Міжнародного інституту демократії та підтримки у виборах (IDEA), опублікованими у 2003 р., гендерні квоти закріплені в конституціях та національному законодавстві близько 30 країн світу, зокрема Аргентини, де жінки становлять 30,7% депутатів парламенту, Бельгії — 35,3%, Мексики — 22,6%, Пакистану — 21,1%, Франції — 12,1%, Філіппін — 17,8%, Руанди — 48,8%, Тайваню — 22,2%, Танзанії — 22,3%, Уганди — 24,7% та ін.¹

До Верховної Ради України в 2002 році було обрано 22 жінки, серед яких 14 — за партійними списками в багатомандатних округах і 8 — в одномандатних округах. Отже, жінки становлять тільки 4,8% загального складу українських парламентарів, що є надзвичайно низьким показником порівняно з іншими країнами світу. До того ж цей показник відчутно знизився порівняно з виборами 1998 року, коли жінки становили 8% (36 осіб) парламентського складу України.

При висуванні кандидатів у депутати та на заміщення державних посад населення віддає перевагу чоловікам. Традиції недооцінки участі жінок у державних структурах, де приймаються важливі рішення, ще досить живучі. Вони потребують нового гендерного наповнення, і в цьому мають відіграти роль як чоловіки, так і жінки. Якщо суспільство реально створюватиме відносини, побудовані на принципі паритетної демократії, воно зобов'язане забезпечити, в тому числі правовим шляхом, підвищення активності перш за все жіночої частини населення.

Участь жінок у політичній діяльності потребує оволодіння ними технологіями цього процесу, що може бути ефективним лише за умов спільної підтримки жінок-депутатів, коли на них працюватимуть політичні консультанти, професійні організатори виборчої реклами, громадські об'єднання і рухи, засоби масової інформації.

¹ Див.: Мельник Т. М. Вказ. праця. — С. 77–78.

Труднощі обрання жінок до вищих представницьких органів влади пов'язані і з тим, що жінкам важче отримати фінансову допомогу для проведення передвиборних кампаній. Тому необхідно навчитися максимально ефективно використовувати засоби, які можуть надати громадські організації, що беруть участь у реалізації механізмів гендерної рівноправності.

Важливим аспектом забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків і жінок є удосконалення виборчого законодавства та законодавства про політичні партії. Доцільним видається встановити норму, відповідно до якої кількість чоловіків і жінок у списках кандидатів не може бути меншою визначеного відсотку від загальної кількості кандидатів, висунутих виборчим об'єднанням.

Досвід більшості демократичних країн свідчить про те, що найбільше жінки представлені в державних органах країн з пропорційною виборчою системою, коли всі місця в представницькому органі розподіляються пропорційно голосам, поданим за партійними списками. Це пояснюється тим, що в сучасних умовах легше забезпечити обрання депутатів за списками, де жінки представлені по можливості максимально пропорційно, ніж добитися різкого збільшення кількості виборців, які голосуватимуть саме за жінок.

Важливу роль у забезпеченні гендерної рівноправності у виборчому процесі традиційно відіграють ліві партії. Вони не тільки закріплюють принцип реальної рівноправності осіб обох статей у своїх статутах, а й досить часто передбачають квоти на пропорційне представництво чоловіків і жінок у керівництві партією на всіх рівнях партійної ієрархії, що зумовлює їх почесне місце й у партійних списках під час виборчих кампаній. Цікавим є приклад скандинавських країн, де процес інтеграції жінок у політичне життя розпочався зі збільшення їх представництва в керівництві насамперед лівими партіями¹. Тому найбільше жінки представлені в парламентах таких країн, як Швеція (45% жінок обрано за списками партії зелених Швеції, Шведської соціал-демократичної партії, Партії лівих); Норвегія (36,4% жінок обрано за партійними списками Норвезької лейбористської партії); Бельгія (35,3% жінок обрано за партійними списками Соціалістичної партії Flemish, Соціалістичної партії French, Партії зелених). У наш час існує понад сто політичних партій у 46 країнах світу, які закріпили в статутних

¹ Див.: Skjeie H. The Feminization of Power Norway's Political Experiment. — Oslo, 1986. — P. 3, 11–16, 36.

документах і застосовують під час виборів гендерні квоти в своїх партійних списках.

Внаслідок ієрархічності виконавчої влади збільшення кількості жінок повинно проходити по всій її вертикалі, особливо в її вищих і середніх ешелонах, де практично розробляються і реалізуються важливі економічні, політичні, соціальні та інші програми. В Україні ці процеси розвиваються повільно, до того ж часто супроводжуються періодичним поверненням до початкових показників.

Як свідчать дані ООН, за відсотком представленості жінок на посадах міністерського рівня Україна посідає 28-е місце серед таких країн світу, як Болівія, Камбоджа, Лаос, Непал та ін. Жінки обіймають приблизно 7% міністерських посад у країнах світу. Серед загальної кількості міністрів різних урядів 14% становлять жінки, які займаються переважно соціальними питаннями. Що стосується політичної сфери діяльності уряду, то частка жінок-міністрів становить лише 3%¹.

Про недостатню участь жінок в органах державного управління відзначалося в рішеннях IV Всесвітньої конференції жінок у Пекіні, яка рекомендувала урядам і громадським організаціям здійснювати систематичний контроль та оцінку поступового збільшення представленості жінок на всіх рівнях керівних посад у державному і приватному секторах; для цього щорічно повідомляти громадськість про кількість жінок і чоловіків, які обіймають різні посади в урядах, забезпечувати жінкам і чоловікам рівний доступ до всіх державних посад.

За традицією не лише представницькі, а й адміністративні органи в більшості країн світу значною мірою є сферою чоловічої діяльності. Хоча жінки поступово прокладають собі шлях до урядових посад, однак їх кількість на вищих керівних щаблях залишається надто низькою, що, на жаль, не викликає стурбованості у держав і не розглядається суспільством як викривлення основ паритетної демократії.

В Україні порівняно з представницькими органами влади значно більше жінок працює в системі державного управління, особливо серед спеціалістів. Кількість державних службовців у центральних органах виконавчої влади характеризується певною гендерною збалансованістю і навіть незначним переважання представників жіночої статі.

¹ Див.: Гендерний аналіз українського суспільства. ПРООН. – К., 1999. – С. 67.

Так, в апараті Адміністрації Президента України жінки становлять приблизно 57%, в апараті Верховної Ради України — 66%, в апараті Кабінету Міністрів України — 53%. Простежується певна закономірність: чим вищий орган в ієрархії державної влади, тим менший відсоток жінок-працівників у його апараті. З одного боку, це свідчить про високий професіоналізм жінок як спеціалістів, а з другого — демонструє, що жінки як спеціалісти на рівні підготовки рішення сприймаються нормально, а на рівні прийняття цього ж рішення — на рівні керівника — їм часто не знаходиться місця¹.

Подібна ситуація потребує негайного реагування з боку держави і суспільства за рахунок впровадження комплексу дій, що забезпечить плюралізм кандидатів різних статей на заміщення керівних посад, створення програм підготовки і перепідготовки жінок-службовців, формування резерву кадрів жінок для роботи в органах управління різного рівня, широке впровадження системи конкурсів тощо. Прикладом вирішення пропорційного представництва чоловіків і жінок може бути Фінляндія, де в усіх управлінських структурах знизу доверху є п'ятирічні плани забезпечення гендерної рівноправності, контроль за виконанням яких ведеться з боку як компетентних державних органів, так і громадськості².

В цьому питанні, як і в інших, що стосуються формування паритетної демократії, необхідна точно орієнтована і спланована за часом і суб'єктами державна політика, оформлена відповідними програмами на державному і регіональному рівнях подібно до програми забезпечення зайнятості населення в Україні.

Встановлення паритетного представництва жінок в органах судової влади має особливе значення насамперед для країн загального права, де судові прецеденти і, отже, гендерні установки суддів впливають на розвиток правової системи і правосвідомості населення. Так, у Канаді непрацюючі дівчата, які потрапили в автокатастрофи, одержують нерідко менше відшкодування шкоди порівняно з юнаками, оскільки судді вважають, що дівчата змогли б заробити лише 60 центів від кожного долара порівняно з юнаками. Після розлучення суми аліментів, які дружина за судовим рішенням одержує від колишнього чоловіка на дітей, обкладаються по-

¹ Див.: Гендерний аналіз українського суспільства. ПРООН. — К., 1999. — С. 69.

² Див.: Мельник Т. М. Вказ. праця. — С.111.

датком, а в чоловіків ці суми виключаються з їх доходу і не підлягають оподаткуванню. В результаті після розлучення, за даними статистики, доходи колишніх чоловіків у Канаді зростають приблизно на 43%, а в колишніх дружин зменшуються на 73%. Крім того, чоловіки звільняються судами від обов'язку надавати дружині матеріальну підтримку, якщо вона має вчені ступені і звання, однак за станом здоров'я або через догляд за дітьми не може повністю реалізувати свої можливості, та ін.¹

Збалансоване гендерне представництво в органах судової влади загострюється двома моментами. По-перше, у розвинутих країнах судді і працівники правоохоронних органів належать до високооплачуваних службовців, тому саме в цій сфері чоловіки становлять для жінок певну конкуренцію. По-друге, у низці країн (Ізраїлі, мусульманських державах) діють релігійні суди, доступ і відправлення правосуддя в яких жінкам узагалі заборонено.

В колишньому СРСР до жовтня 1917 р. жінки взагалі не допускалися до відправлення правосуддя. Радянська влада вперше в світі стала широко залучати їх до роботи в органах суду, юстиції і прокуратури, що не тільки свідчило про можливість жінок брати участь у прийнятті політичних рішень, а й було результатом перебудови психології населення, яке не уявляло, що жінки можуть відправляти правосуддя. В СРСР у 1987 р. було понад 5 тис. жінок народних суддів, що становило 44,5%, тобто серед народних суддів — кожна друга².

В Україні найбільш пропорційно чоловіки і жінки представлені саме в органах судової влади, що пояснюється і певним наступництвом колишньої політики СРСР. Для того щоб працювати в органах судової влади, необхідно мати фахову освіту. З цього погляду правознавство належить до числа, умовно кажучи, гендерно нейтральних спеціальностей. Це означає, що кількість юнаків і дівчат, які відвідують вищі юридичні навчальні заклади і факультети, приблизно однакова. Проблеми гендерного характеру виникають під час працевлаштування, оскільки дівчата нерідко розглядаються роботодавцями як менш надійні працівники через їх можливе материнство.

¹ Див.: Investigation the Gender Bias. Law, Courts and the Legal Profession / Ed. Brockman Y., Smith D. — Vancouver, 1993. — P. 78.

² Веломости Верховного Совета СССР. — 1987. — № 26. — Ст. 506.

В умовах ринкової економіки важливим є поєднання заходів державних органів з ініціативами підприємців, профспілок і громадських організацій, зокрема в ході підготовки бюджету та різних економічних і соціальних програм. У свою чергу це вимагає наближення до гендерного паритету не тільки керівного складу відповідних державних органів, а й приватних підприємств та профспілок. Україна може скористатися досвідом США, де в 70-х роках ХХ ст. склалася практика розробки планів позитивних дій щодо жінок приватними підприємцями, які виконують державні замовлення. Виконання цих програм стимулюється державою, а ухилення — тягне за собою виплату компенсації¹.

У справі залучення жінок до процесу прийняття політичних рішень, у тому числі в сфері економіки, принципове значення має співробітництво державних органів з неурядовими жіночими організаціями. Підвищення ролі жінок у прийнятті політичних рішень на всіх рівнях влади багато в чому залежатиме від шляхів розвитку жіночого руху в Україні, координації і вироблення загальної цілеспрямованої лінії неурядових жіночих організацій.

Отже, політична влада в більшості країн світу (в тому числі в Україні) пропонує суспільству переважно чоловічі цінності і стандарти. А якщо врахувати, що держава є найвпливовішим суб'єктом політичної системи, то воля чоловіків фактично стає панівною майже в усіх сферах громадського життя.

З такої політичної картини можна зробити деякі висновки:

— рівень гендерної свідомості як жінок, так і чоловіків залишається недостатнім для реалізації пропорційного представництва в політичних органах і структурах, а тому найефективнішим засобом встановлення паритетної демократії в умовах сьогодення є введення гендерних квот у партійних списках під час виборчої кампанії;

— необхідно встановити на законодавчому рівні норми, відповідно до яких при формуванні керівних органів у системі державної служби рекомендується дотримання представленості чоловіків і жінок пропорційно до складу населення;

¹ Див.: *Me Elroy W. Sexual Correctness. The Gender Feminist Attack on Women.* — Jefferson, North Carolina and London, 1996. — P. 77–80.

— необхідно розробити і запровадити державні кадрові програми з метою істотного збільшення кількості жінок на керівних посадах вищої і середньої управлінської ланки органів державної влади і органів місцевого самоврядування.

Зазначені проблеми не можуть бути вирішені тільки чоловіками, які традиційно сприймають місце і роль жінки в суспільних відносинах. Потрібна активна діяльність самих жінок, особливо на найвищому рівні, де приймаються рішення загальнодержавного характеру.

Надійшла до редколегії 25.09.04

М. Погорецький, доцент НЮА України

Поняття «діяльність» та його значення для теорії оперативно-розшукової діяльності

Однією з спірних проблем в теорії оперативно-розшукової діяльності (далі — ОРД) є визначення поняття ОРД. Про це свідчить те, що на сьогодні, крім його законодавчого визначення в ст. 2 Закону України від 18 лютого 1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність» як системи гласних і негласних пошукових, розвідувальних та контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів, існує понад півтора десятка його наукових дефініцій. Неоднозначно тлумачиться й сутність ОРД і не тільки в теорії, а й у відомчих нормативно-правових актах органів СБУ, МВС та ін., що негативно позначається на цій діяльності при вирішенні завдань, поставлених перед її суб'єктами, здійсненні прокурорського нагляду та судового контролю за нею.

Одна з причин проблем визначення поняття ОРД, на наш погляд, полягає в тому, що деякі науковці при його формулюванні не враховують загальнофілософських, психологічних та загальноправових аспектів цієї категорії.

З огляду на це методологічно правильним вважаємо підхід до визначення поняття ОРД і його сутності, виходячи із загальних концептуальних засад людської діяльності, викладених у філо-

софській, психологічній, правовій та іншій літературі¹, оскільки ОРД є її різновидом, а оперативно-розшукові підрозділи виконують завдання, що стоять перед ними, саме завдяки здійсненню ними цієї діяльності, яка є засобом вирішення завдань і способом досягнення соціально значущої мети, що на них покладається законодавством про ОРД. У зв'язку з цим виникає необхідність з'ясувати, що потрібно розуміти під діяльністю взагалі й ОРД зокрема. Це питання в такій площині ще не було предметом самостійного дослідження вітчизняних та зарубіжних науковців у сфері ОРД, хоча окремих його аспектів при розробці її засад торкалися деякі сучасні дослідники².

Матеріалістична концепція людської діяльності виходить з цілісного розуміння її як предметної, як органічної єдності прак-

¹ Див.: *Афанасьев В. Г.* Человек в управлении обществом. – М., 1977; *Його ж.* Системность и общество. – М., 1980; *Ващекин Н. П.* Научно-информационная деятельность. Философско-методологические проблемы. – М., 1984; *Громыко Ю. В.* Деятельностный подход: новые линии исследований // Вопросы философии. – 2001. – № 2. – С. 116–123; *Демин М. В.* Природа деятельности. – М., 1984; *Дубинский А. Я.* Понятие, структура и содержание уголовно-процессуальной деятельности // Проблемы социалистической законности. – Х., 1989. – Вып. 24. – С. 46–52; *Зеленецкий В. С.* Функциональная структура прокурорской деятельности. – Х., 1978; *Каган М. С.* Человеческая деятельность. – М., 1974; *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова. – Саратов, 1989; *Корнаков С. В., Пупков О. Н.* О сущности контрразведывательной деятельности органов государственной безопасности СССР // Труды ВШ КГБ СССР. – 1974. – № 4. – С. 3–20; *Лекторский В. А.* Деятельностный подход: смерть или возрождение? // Вопросы философии. – 2001. – № 2. – С. 52–65; *Леонтьев А. Н.* Деятельность. Сознание. Личность. – М., 1975; *Струнников В. Н., Третьяков М. П.* Разведка как вид государственной деятельности. – М., 1975; *Тетерин Б. С.* О правовой природе и содержании контрразведывательной деятельности советских органов государственной безопасности // Труды ВШ КГБ СССР. – 1972. – № 4. – С. 20–36; *Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». – М., 1968; *Феофанов В. П.* Социальная деятельность и теоретическое отражение. – Новосибирск, 1986; *Швырев В. С.* О деятельностном подходе к истолкованию «феномена человека»: Попытка современной оценки // Вопросы философии. – 2001. – № 2. – С. 107–115; *Юдин Е. Г.* Системный подход и принципы деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М., 1978 та ін.

² Див.: *Бараненко Б. І., Дідоренко Е. О., Курочка М. Й.* Сучасні методологічні проблеми теорії та практики ОРД // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України. – 2002. – № 4. – С. 148–144 та ін.

тичної й теоретичної, пізнавальної й перетворювальної форми¹. Виходячи з положень матеріалістичної діалектики, О. Шептулін слушно характеризує її як метод пізнання і перетворення навколишнього світу, який являє собою сукупність принципів, що орієнтують людей у їх пізнавальній і предметно-перетворювальній діяльності². У філософській літературі справедливо зазначається, що в діяльності людей, незважаючи на все різноманіття її сторін, чітко виділяються такі моменти: 1) вона є почуттєвою діяльністю, оскільки людина залишається частиною живого світу; 2) виступає як предметно-опосередкована, трудова, практична діяльність; 3) є діяльністю людини як істоти, здатної до понятійного мислення, як суб'єкта, що володіє певним запасом знань³. Ці положення цілком стосуються й ОРД як окремого різновиду людської діяльності.

У філософії, виходячи з висловленої К. Марксом думки про те, що основним змістом людської діяльності є доцільна зміна та перетворення навколишнього світу⁴, одні автори визначають діяльність як специфічно-людський спосіб ставлення до світу; процес, в ході якого людина відтворює й творчо перетворює природу, стаючи тим самим діяльним суб'єктом, а засвоювані нею явища природи стають об'єктом її діяльності⁵. Інші визначають діяльність (практику)⁶ як активну взаємодію людини з матеріальними системами⁷. Зазначається, що практика — це суттєво предметна діяльність людей, їх вплив на той чи інший об'єкт з метою його перетво-

¹ Див.: *Маркс К. и Энгельс Ф. Соч.* — 2-е изд. — Т. 2. — С. 211.

² Див.: *Шептулин А. П. Диалектический метод познания* (Вопросы применения диалектики в качестве метода познания и революционного преобразования действительности). — М., 1984. — С. 5.

³ Див.: *Панов В. Г. Чувственное, рациональное, опыт.* — М., 1976. — С. 203–204.

⁴ Див.: *Маркс К., Энгельс Ф. Соч.* — 2-е изд. — Т. 23. — С. 188–189.

⁵ Див.: *Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т.* — Изд-е 5-е. — М., 1987. — С. 118.

⁶ В юридичній літературі на співвідношення понять «юридична діяльність» і «юридична практика» висловлено три точки зору: одні автори отожднюють ці поняття; інші — проводять розмежування між юридичною діяльністю та практикою, вважаючи, що практика — самостійне явище, до якого відносять лише відповідні висновки, узагальнення, результати, соціальний досвід юридичної діяльності; треті вважають, що юридична практика включає в себе дві складові — юридичну діяльність і соціально-правовий досвід (див.: *Карташов В. Н.* Вказ. праця. — С. 43–45).

⁷ Див.: *Алексеев П. В., Панин А. В. Философия: Учебник.* — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М., 2001. — С. 455.

рення для задоволення потреб, які історично складаються¹. Предметну діяльність та її результат у системно-структурному (а не процедурному) плані відносять до елементів практики, поряд з суб'єктом практики, об'єктом практики, метою (ідеальною моделлю) та засобами².

В психологічній літературі діяльність визначається як динамічна система взаємодій суб'єкта зі світом, у процесі яких відбуваються виникнення та втілення в об'єкті психічного образу і реалізація опосередкованих ним відносин суб'єкта в предметній дійсності³, або як активна взаємодія людини із середовищем, у якому вона досягає свідомо поставленої мети, що виникла в результаті появи в неї певної потреби⁴.

М. Каган розумів під діяльністю спосіб існування людини⁵, а Є. Юдін визначав діяльність як специфічну людську форму активного ставлення до навколишнього середовища, зміст якої складає доцільну зміну й перетворення світу на підставі освоєння та розвитку наявних форм культури⁶.

Як бачимо, у наведених визначеннях діяльності, на наш погляд, правильно наголошується на тому, що вона є способом існування людини, який проходить у відповідній формі та спрямований на досягнення конкретної мети й задоволення визначеної її потреби. Але в них не зазначені ті елементи діяльності, без яких вона існувати не може, а саме: конкретні дії, взаємозв'язок яких і утворює діяльність. Саме на це свого часу звертав увагу О. Леонтьєв, правомірно зазначаючи: якщо із діяльності умовно вилучити здійснювані нею дії, то від діяльності взагалі нічого не залишається⁷.

З урахуванням цього деякі вчені розуміють діяльність як «сукупність дій людини, спрямованих на задоволення її потреб та інтересів»⁸. В. Кудрявцев розглядає діяльність як «сукупність дій та опе-

¹ Див.: Спиркин А. Г. *Философия*. — М., 1998. — С. 453.

² Див.: Алексеев П. В., Панин А. В. *Вказ. праця*. — С. 361.

³ Див.: *Психология: Словарь / Под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского*. — 2-е изд. испр. и доп. — М., 1990. — С. 101; *Краткий психологический словарь / Сост. Л. А. Карпенко; Под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского*. — М., 1985. — С. 84–86.

⁴ Див.: Платонов К. К., Голубев Г. Г. *Психология*. — М., 1977. — С. 53.

⁵ Див.: Каган М. С. *Вказ. праця*. — С. 5.

⁶ Див.: Юдин Е. Г. *Вказ. праця*. — С. 268.

⁷ Див.: Леонтьев А. Н. *Вказ. праця*. — М., 1975. — С. 104.

⁸ Рудик П. А. *Психология*. — М., 1967. — С. 124.

рацій (вчинків), спрямованих на досягнення єдиної мети»¹. Дією називається відносно закінчений елемент діяльності, спрямований на виконання одного обмеженого завдання. «Дії — це ті цеглинки, з яких складається будівля діяльності... Таким чином, діяльність складається з дій, під якими розуміються деякі сукупності процесів пізнання та виконання, спрямованих на досягнення найближчої усвідомленої мети»².

Однак і таке визначення діяльності у філософії, психології та праві є неповним, оскільки воно не відбиває всіх її елементів, а зводить діяльність або лише до дій, або до дій, спрямованих на задоволення потреб та інтересів чи на досягнення найближчої усвідомленої мети.

Виходячи з філософського та психологічного підходів до формулювання поняття діяльності, деякі учені-правознавці спробували визначити загальне поняття юридичної діяльності, що для визначення поняття ОРД як юридичної категорії має методологічне значення. Так, М. Орзих юридичною діяльністю вважає соціальну активність, за допомогою якої досягається опосередкований правовий результат³. На думку В. Карташова, під юридичною діяльністю слід розуміти лише таку опосередковану правом трудову, управлінську, державно-владну діяльність компетентних органів, яка спрямована на виконання суспільних завдань та функцій і задоволення тим самим як загальносоціальних, групових, так і індивідуальних потреб та інтересів⁴. На наш погляд, визначення юридичної діяльності, дане В. Карташовим, більше відповідає її сутності, оскільки розкриває її пізнавальний, практично-прикладний та методологічний характер, дозволяє відобразити її відносно самостійну природу, місце й роль в правовій системі суспільства.

З огляду на загальнонаукові поняття діяльності та зокрема юридичної діяльності у правових науках дається галузеве визначення діяльності (адміністративної, кримінально-процесуальної та ін.) з урахуванням її предмета, що зумовлює їх особливості, але це питання, як і в теорії ОРД, контррозвідувальної діяльності

¹ Кудрявцев В. Н. Право и правоведение. — М., 1978 — С. 14.

² Социальная психология / Под общей ред. Предвечного Г. П. и Шерковина Ю. А. — М., 1975. — С. 66—67.

³ Див.: Орзих В. М. Право и личность. — К.; Одесса, 1978. — С. 127.

⁴ Див.: Карташов В. Н. Вказ. праця. — С. 31.

(далі — КРД) і розвідки, залишається дотепер одним із дискусійних¹.

Для визначення поняття і сутності ОРД важливим, на нашу думку, є дослідження структури діяльності взагалі та ОРД зокрема. Зазначимо, що у філософській літературі поняття структури тлумачиться по-різному. Докладний аналіз точок зору на це поняття здійснено Д. Керимовим². Ми поділяємо погляд тих учених, які вважають, що поняття «структура» — це міцний, відносно стійкий зв'язок (відношення) і взаємодія елементів, сторін, частин предмета, явища, процесу як цілого³. В науці цей термін використовується для вираження взаємозв'язку частин та цілого, елементів та системи, кількісних та якісних змін, змісту та форми об'єкта дослідження⁴.

Слід зазначити, що, з яких би елементів не утворювалася діяльність, вона являє собою специфічне цілісне утворення, яке природно має свою визначену структуру відносно самостійних, але взаємопов'язаних елементів⁵. Загальна структура діяльності, за Є. Юдіним, включає в себе мету, засіб, результат і сам процес діяль-

¹ Див.: Бандурка А. М., Тищенко Н. М. Административный процесс. — Х., 2001. — С. 6–26; Гордієнко С. Г. До питання про сутність та зміст розвідувальної діяльності Служби безпеки України // Зб. наук. праць НА СБ України, 2000. — № 7. — С. 19–21; Долженков О. Ф., Думко А. Ф., Козаченко І. П. Оперативно-розшукова діяльність як правоохоронна функція кримінальної міліції. — Одеса, 2000. — С. 7–16; Кримінальний процес України / Ю. М. Грошевой, Т. М. Мірошниченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С. 14–19; Уголовный процесс / Под ред. В. И. Радченко. — М., 2003. — С. 7–11; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2004. — С. 17–18 та ін.

² Див.: Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — 2-е изд. — М., 2001. — С. 186–200.

³ Див.: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. — М., 1975. — С. 572; Свидерский В. И. Некоторые вопросы диалектики изменения и развития. — М., 1965. — С. 135.

⁴ Див.: Азудов В. В. Место и функция «структуры» в системе категорий материалистической диалектики. — М., 1979; Вальт Л. О. Соотношение структуры и элементов // Вопросы философии. — 1963. — № 5. — С. 45–46; Волков А. М., Микадзе Ю. В., Солнцева Г. Н. Деятельность: структура и регуляция. — М., 1987; Воронович Б. А. Философский анализ структуры практики. — М., 1972; Карташов В. Н. Вказ. праця. — С. 51–52; Николов Л. Структура человеческой деятельности. — М., 1984 та ін.

⁵ Див.: Кондаков Н. И. Вказ. праця. — С. 572; Алексеев П. В., Панин А. В. Вказ. праця. — С. 463.

ності¹. Б. Бараненко, Є. Дідоренко, М. Курочка вважають, що будь-яка предметна діяльність має єдину загальну структуру, яка містить об'єкт діяльності, суб'єкт діяльності, її мету й очікуваний результат, а також засоби, методи та способи діяльності². Існує думка, згідно з якою структуру діяльності складають такі елементи, як стадії, етапи, дії, операції³.

Будучи прибічником тричленної структури діяльності (мета, засіб і результат), М. Трубніков водночас висвітлює її недоліки, пов'язані зі складністю взаємодії суб'єктивного й об'єктивного моментів її змісту, відмінністю двох типів її засобів — засобів понять і засобів реалізації, проблемою розбіжності цілі та результату тощо⁴, що заслуговують на увагу, оскільки мають не лише теоретичне, а й практичне значення для дослідження будь-якої діяльності, в тому числі ОРД.

О. Дубінський вважав, що результат діяльності неможливо включати до її структури, оскільки він знаходиться поза її межами і є її наслідком⁵.

Слушним є зауваження К. Платонова і Г. Голубєва, котрі зазначають, що кожна конкретна діяльність має свою індивідуальну структуру, яка уточнює загальну структуру, властиву будь-якій діяльності. До останньої входять: загальна мета діяльності, її мотиви (як спонукання), окремі дії, у тому числі навички (як способи досягнення загальної мети), психічні акти, що в них включені, та результати діяльності⁶.

В. Карташов вказує, що структура юридичної практики, до якої він включає поряд з соціально-правовим досвідом і юридичну діяльність, — це така її побудова, розміщення основних елементів і зв'язків, які забезпечують її цілісність, збереження об'єктивно необхідних властивостей та функцій при впливі будь-яких чинників дійсності: елементами, що утворюють зміст юридичної діяльності, вважає він, є суб'єкти, учасники, юридичні дії та операції, засоби і способи їх здійснення, результати дій⁷.

¹ Див.: Юдин Е. Г. Вказ. праця. — С. 268.

² Див.: Бараненко Б. І., Дідоренко Е. О., Курочка М. Й. Вказ. праця. — С. 145.

³ Див.: Строгович М. С., Алексеев Л. Б., Ларин А. М. Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. — М., 1979. — С. 110; Дубинский А. Я. Вказ. праця. — С. 49.

⁴ Див.: Трубніков Н. Н. Вказ. праця. — С. 86–94, 123–130.

⁵ Див.: Дубинский А. Я. Вказ. праця. — С. 48.

⁶ Див.: Платонов К. К., Голубев Г. Г. Вказ. праця. — С. 58.

⁷ Див.: Карташов В. Н. Вказ. праця. — С. 52.

На думку В. Карташова, форма, яка слугує організуючою засадою змісту, має свою власну структуру, що відображається в здійсненні внутрішньої (процесуальної) та зовнішньої форм. Крім того, структура виражається в типах і видах юридичної діяльності. Під змістом юридичної діяльності слід розуміти сукупність усіх властивостей, елементів і процесів, що її складають¹.

Мету, умови, засоби, мотиви, стимули й власне процеси їхньої реалізації та використання, а також результат діяльності у філософській літературі називають ще й основними її характеристиками².

Отже, загальнонаукові засади теорії діяльності дають можливість використати в теорії ОРД структурний підхід, з'ясувати її зміст та форму, оскільки саме ці категорії в першу чергу розкривають її побудову як цілісне самостійне явище в правовій системі держави.

Підкреслюючи діалектичну єдність змісту та форми, Гегель зазначав, що «при розгляді протилежності між змістом і формою суттєво важливіше не випускати з виду, що зміст не безформний, а форма одночасно й міститься в змісті, й являє дещо зовнішнє йому»³.

Якщо зміст дозволяє розкрити сукупність властивостей, внутрішніх елементів та процесів, що утворюють ОРД, то форма дає можливість показати способи організації, здійснення та зовнішнє вираження її змісту. Взаємно детермінуючи одне одного, вони зумовлюють виникнення в процесі ОРД різноманітних зв'язків та відносин.

Структурними елементами змісту ОРД, на нашу думку, є: об'єкт, мета, завдання, дії, (заходи), суб'єкти, результат, які утворюють її як цілісну систему⁴.

В філософії форма вживається в розумінні зовнішньої межі змісту, внутрішньої структури змісту, а також для характеристики видів того самого змісту⁵. Форма в ОРД забезпечує взаємний зв'язок, найбільш доцільну залежність її елементів, що вносить в

¹ *Карташов В. Н.* Вказ. праця. — С. 499.

² *Філософія: Навч. посіб.* — 2-е вид., перероб. і доп. / Л. В. Губерський, І. Ф. Надольний, В. П. Андрущенко та ін.; За ред. І. Ф. Надольного. — К., 2001. — С. 315.

³ *Гегель.* Сочинения. — М., 1929. — Т. 1. — С. 224.

⁴ Система (грец. *systema* — ціле, що складається із частин) — сукупність, об'єднання взаємопов'язаних і розмішених у відповідному порядку елементів (частин) будь-якого цілісного утворення (див.: *Кондаков Н. И.* Вказ. праця. — С. 545).

⁵ Див.: *Тугаринов В. П.* Соотношение категорий диалектического материализма. — Л., 1956. — С. 13.

її співвідношення впорядкованість, доцільність, стабільність, чітку спрямованість на досягнення певного результату. Вона визначає: завдання і мету, що стоять перед ОРД, основні принципи і функції; коло суб'єктів ОРД та їх правовий статус; перелік заходів, засобів та способів здійснення ОРД, їх характер та зміст; систему документів ОРД, в яких фіксуються результати ОРД; вимоги до їх змісту та форми; оптимальні шляхи використання матеріалів ОРД; строки проведення оперативно-розшукових заходів та ведення оперативно-розшукових справ, удосконалення їх форм; порядок оскарження дій суб'єктів ОРД; процедуру поновлення прав і свобод людини, незаконно обмежених у ході ОРД; умови та процедуру виконання рішень; предмет, межі і процедуру прокурорського нагляду та судового контролю за діяльністю суб'єктів ОРД і використанням матеріалів, одержаних у ході ОРД відповідно до напрямків, установлених чинним законодавством, тощо.

З огляду на загальнонаукові засади діяльності, на нашу думку, методологічно вірно в ОРД виділяти її внутрішню і зовнішню форми. Внутрішня форма ОРД (процедурно-організаційна) являє собою способи організації, внутрішні зв'язки елементів її змісту. Зовнішня форма ОРД — це способи її здійснення, а також зовнішній вираз її змісту. Спільним між зовнішньою і внутрішньою формами ОРД є те, що вони являють собою відповідні способи організації існування та виразу її змісту.

Слід зазначити, що всі названі структурні елементи ОРД можуть бути й критеріями її розрізнення з будь-якими іншими видами діяльності, в тому числі із КРД та розвідувальною діяльністю, що є актуальним з погляду методології наукового, законодавчого та практичного вирішення спірних питань їх співвідношення. Розкриття структурних елементів ОРД дасть змогу більш глибоко розуміти співвідношення ОРД і з кримінальним процесом, оскільки, попри багаторічні дискусії з цього питання¹, воно й дотепер зали-

¹ Див.: *Александров Г. Н.* О предварительном следствии и дознании // Сов. государство и право. — 1954. — № 2. — С. 56; *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — С. 51; *Гуткин И. М.* Некоторые вопросы теории и практики применения законодательства об органах дознания // Формы досудебного производства и их совершенствование. — Волгоград, 1989. — С. 78; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — К., 1984. — С. 99; *Карев Д.* Вопросы уголовного процесса в связи с проектом УПК СССР // Соц. законность. — 1954. — № 2. — С. 35; *Коврига З. Ф.* Дознание в органах милиции. — Воронеж, 1964. — С. 7, 11; *Кор-*

шається невирішеним, особливо при співвідношенні таких понять, як ОРД та дізнання¹.

У наукових джерелах діяльність класифікують за її видами, що має прикладне й методологічне значення для визначення поняття ОРД і з'ясування її сутності, а також визначення її відмінності від інших видів діяльності. Причому для класифікації використовують різні ознаки.

Так, М. Каган розглядає діяльність людини як систему чотирьох основних взаємозалежних видів: перетворювальної, пізнавальної, ціннісно-орієнтаційної й комунікативної (спілкування)².

В. Афанасьєв вважає, що система діяльності людини, включає три основні її види: виробничу, соціально-політичну та духовну³. Перетворювальна діяльність і комунікативна діяльність є неодмінною належністю будь-якої діяльності. При цьому кожний із основних видів діяльності розчленовується на багато підвидів, а ті, в свою чергу, піддаються членуванню аж до елементарних нероз-

шевер И. Г. О понятии дознания в советском уголовном процессе // Сов. государство и право. — 1954. — № 5. — С. 61; *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Розыск, дознание, следствие. — Л., 1984. — С. 8–9; *Мальцев Е. Г.* О принципах и условиях сочетания оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий // Вопросы уголовного права, процесса и криминалистики: Уч. зап. Пермск. ун-та. — 1967. — № 187. — С. 73–76; *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. — М., 1951. — С. 228; *Чечетин А.* О понятии розыскных мер в новом УПК РФ // Уголовное право. — 2004. — № 1. — 96–97; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 1981. — С. 26 та ін.

¹ Див.: *Баулін О. В., Матвійчик В. В., Моїсєєв Є. М.* Співвідношення дізнання й оперативно-розшукової діяльності // Науковий вісник НАВСУ. — 2002 — Ч. 2. — № 3. — С. 106–115; *Вапнярчук В. В.* Особливості процесуального становища особи, яка проводить дізнання. — Х., 2001; *Джиги М. В., Лук'янець С. І., Стахівський С. М.* Провадження дізнання в Україні. — К., 1999; *Зеленецький В. С.* Поняття дізнання і його види // Вісник Академії правових наук України. — 1997 — № 4 (11). — С. 106–110; Інструкція про Проведення дізнання у Збройних Силах України: Затв. Наказом Міністра оборони України від 28 серпня 1995 р. № 235 // Кримінально-процесуальний кодекс України з постатейними матеріалами / Відп. ред. Шибіко В. П. — К., 2000. — С. 544–572; Судебные и правоохранительные органы Украины: Учебник / Под ред. А. М. Бандурки. — Х., 1999. — С. 203; *Шумило М. Є.* Про узгодження КПК із Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» // Концепція розвитку законодавства України: Матер. наук.-практ. конф. — К., 1996. — С. 456 та ін.

² *Каган М. С.* Вказ. праця. — М., 1974. — С. 53–90.

³ Див.: *Афанасьєв В. Г.* Человек в управлении обществом. — М., 1977. — С. 41.

кладних далі операцій. Будь-який основний вид діяльності, зберігаючи свою сутність, у конкретних видах і формах модифікується, набуває специфічних рис залежно від об'єктів, на які вони спрямовані, суб'єктів, що здійснюють цю діяльність, мети, яку суб'єкт ставить перед собою, результатів діяльності тощо. На думку В. Афанасьєва і М. Кагана, всі конкретні види діяльності також можна класифікувати, причому підставою для їх класифікації можуть бути об'єкт і суб'єкт діяльності, її характер, мета і результати¹.

Г. Ареф'єва зазначає, що найбільш універсальною, а тому вихідною підставою для виділення видів практики є класифікація її за об'єктом і суб'єктом діяльності. Інші критерії (мета, способи, форми здійснення і т. под.) так чи інакше зводяться до цих вихідних критеріїв, до їх взаємовідносин чи рівня розвитку².

О. Леонтьєв висловлює слушну думку, згідно з якою окремі, конкретні види діяльності можна розрізняти між собою за будь-якою ознакою: за їх формою, способами їх здійснення та ін. Однак головне, що відрізняє одну діяльність від іншої, полягає в різниці їх предметів. Саме предмет діяльності надає будь-якій діяльності відповідної спрямованості³.

Свого часу В. Буєва вірно зазначала, що однозначної відповіді на питання: як все ж таки класифікувати види практичної діяльності, яка їх субординація і що є основою системи суспільної практики та системи діяльності в цілому — дати неможливо⁴. Це актуально й сьогодні.

На наш погляд, методологічно вірні всі ті класифікації людської діяльності, що так чи інакше пов'язані за своїми підставами (критеріями розподілу) із протиставленням основних філософських категорій — матерії та свідомості, зокрема поділ діяльності на внутрішню (суб'єктивну) й зовнішню (об'єктивну), на матеріальну й духовну, на практичну й теоретичну, на пізнавальну й перетворювальну тощо.

Слід зазначити, що в літературі трапляються заперечення проти поділу діяльності на пізнавальну й перетворювальну залежно від характеру суб'єктно-об'єктних відносин, які обґрунтовуються посиленням на те, що будь-яка, не тільки перетворювальна, а й ду-

¹ Афанасьев В. Г. Человек в управлении обществом. — С. 44; Каган М. С. Вказ. праця. — С. 46–49.

² Див.: Арефьева Г. С. Социальная активность. — М., 1974. — С. 142.

³ Див.: Леонтьев А. Н. Вказ. праця. — М., 1975. — С. 102.

⁴ Див.: Буева Л. П. Человек: деятельность и общение. — М., 1978. — С. 85.

ховна, діяльність є предметно-перетворювальною¹. Однак, здається, при цьому допускається певна неточність, оскільки в цій аргументації не враховується розходження в характері перетворень. Те, що будь-яка діяльність, у тому числі пізнавальна, є предметно-перетворювальною, незаперечно. Але при розгляді матеріальної практики враховується те, що її предметно-перетворювальна функція має об'єктивний характер, веде до зміни, перетворення реального буття об'єкта, тоді як у духовній, пізнавальній діяльності це перетворення має характер ідеального уявлення змін об'єкта. Характер перетворень у матеріальній і духовній діяльності принципово різний, і це розходження є критерієм виокремлення пізнавальної й перетворювальної сторін діяльності. Тому той бік діяльності, що веде до реального, а не уявного перетворення об'єкта, прийнято називати перетворювальним. Враховуючи важливість пізнавальної й перетворювальної сторін діяльності, саме їх слід використовувати при розкритті сутності ОРД.

Отже, загальнонаукове визначення поняття діяльності як філософсько-правової психологічної категорії, її змісту, структури, форм, підстав для класифікації залишається дискусійним. Разом з цим воно має методологічне значення для різних галузей науки, в тому числі теорії ОРД, яка знаходиться лише на початковому етапі свого формування. Вирішення цієї загальнонаукової проблеми, на наш погляд, є об'єктивним чинником, який сприятиме визначенню поняття й сутності ОРД та розробленню її інших засад, що в цілому підвищить ефективність цієї діяльності в боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини. Перспективним для подальших наукових розвідок у цьому напрямку є також дослідження структурних елементів ОРД.

Надійшла до редколегії 20.04.04.

¹ Див.: *Фомичев В. П.* Рецензия на статью С. В. Корнакова «К вопросу о видах контрразведывательной деятельности советских органов госбезопасности и основах их классификации» // Труды ВКШ КГБ СССР. – 1982. – № 26. – С. 34–38.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

І. Бейцун, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету

Правова природа холдингових правовідносин

Проблема правовідносин постійно знаходиться в центрі уваги науки, однак динаміка суспільного розвитку ставить завдання дослідження їх нових видів, які не відповідають традиційним. Зокрема, рівень наукової розробки відносин залежності між основною та дочірніми організаціями об'єднання (групи) юридичних осіб не задовольняє потреби практики.

Мета цієї статті — надати правову характеристику відносинам, які складаються усередині групи юридичних осіб, встановити їх галузеву належність, виявити специфіку порівняно з майновими і особистими немайновими цивільними правовідносинами. Дослідження проблем холдингових правовідносин дасть змогу розкрити дійсну сутність взаємозв'язків між учасниками групи, зміст їх прав та обов'язків і водночас слугуватиме орієнтиром для законодавця у зв'язку з необхідністю встановлення «правил гри» для структур великого бізнесу, які переважно функціонують у формі об'єднань, зокрема при вирішенні питань відповідальності основної організації щодо боргів дочірніх, захисту інтересів їх учасників (акціонерів) та кредиторів і т. ін.

Наш аналіз базується на працях В. Вольфа, Н. Глусь, О. Кибенко, Д. Ломакіна, І. Спасибо-Фатеевої, О. Щербини тощо, що розглядали корпоративні правовідносини, різновидом котрих, як буде показано нижче, є холдингові правовідносини, а також загальнотеторетичних роботах С. Алексеєва, С. Братуся, О. Йоффе, О. Красавчикова, Ю. Толстого та ін.

Не зосереджуючи увагу в межах даного дослідження на загальній проблемі правовідносин, будемо керуватися тим, що правовідносинами є урегульовані нормами права суспільні відносини.

Аналізуючи проблему, перш за все окреслимо коло правових зв'язків, які, на наш погляд, охоплюються категорією «холдингові правовідносини».

В законодавстві України не існує легального визначення цього поняття, натомість у пропонованому в Російській Федерації законопроекті «Про холдингові компанії» холдинговими визнаються відносини з управління одним з учасників (головної компанії) діяльністю інших учасників холдингу на основі права головної компанії визначати рішення, що ними приймаються (ч. 1 ст. 2 проекту). Причому серед підстав виникнення таких відносин — переважна участь основної компанії у капіталі інших юридичних осіб, укладення відповідного договору, рішення власника майна.

В розробленому спеціалістами з корпоративного управління проекті модельного (рекомендаційного) законодавчого акта «Про холдинги»¹ холдингові правовідносини кваліфікуються як особливий різновид інтеграційної взаємодії суб'єктів господарювання, пов'язаний з їх субординацією, що передбачає можливість одного з них внаслідок різноманітних правових обставин визначати найважливіші управлінські та господарські питання діяльності інших.

Зауважимо, що не всі фактичні відносини є правовідносинами, тому, на наш погляд, говорити про холдингові правовідносини як специфічний вид правовідносин необхідно лише у разі наявності права головної компанії на управління діяльністю дочірніх юридичних осіб на основі участі в їх капіталі або володінні акціями. У разі ж існування іншої можливості (а не права) управління, наприклад, такої, що базується на персональному складі органів управління головної організації і залежної, чи особистих зв'язках, холдингових правовідносин між такими юридичними особами не існує. А у разі виникнення такого права на основі договору відповідні відносини мають суто зобов'язальний характер. Тому далі в межах цієї статті розглядатимуться як холдингові лише правовідносини з управління між юридичними особами, що базуються на праві членства.

К. Портной розмежує «вертикальні» холдингові правовідносини між основною компанією та залежними і дочірніми товариствами з приводу управління їх діяльністю та «горизонтальні» — між самими дочірніми та залежними товариствами. Особливість останніх він вбачає в тому, що їх обидва суб'єкти завжди тією чи іншою мірою залежать від головної компанії, і тому виражають не

¹ Див.: Российский экономический журнал. — 2001. — № 4. — С. 21–29.

тільки свою, а й її волю¹. Однак в останньому випадку слід говорити про певний фактичний зв'язок, а не про особливі правовідносини, тому ми розглядаємо лише перший з названих видів правовідносин.

У зв'язку з цим передусім необхідно звернутися до з'ясування природи правовідносин, які виникають на підставі членства (в широкому розумінні) учасників у створеній ними організації і які часто в доктрині називають корпоративними правовідносинами.

Згідно з ст. 100 Цивільного кодексу України (ЦК) право участі у товаристві є особистим немайновим правом. У ст. 116 ЦК розкриваються права учасників господарського товариства, до яких, зокрема, належать: право брати участь в управлінні товариством, розподілі прибутку і одержувати його частину (дивіденди), вийти у встановленому порядку з товариства, здійснити відчуження часток у статутному капіталі та відповідних цінних паперів, одержувати інформацію про діяльність товариства. Не встановлено при цьому, як співвідноситься право участі у товаристві з правами учасників. Поряд з цим ст. 1219 ЦК розмежовує особисті немайнові права спадкодавця (п. 1 ч. 1) та право на участь у товариствах (п. 2 ч. 1), хоча й тлумачить їх як права, нерозривно пов'язані з особою спадкодавця.

Вважаємо, що юридичні можливості, котрі впливають із участі особи в товаристві, необхідно розглядати не як єдине право, а як комплекс прав, оскільки, як буде показано нижче, вони мають різну природу, а також можуть реалізовуватись окремо. Проте жодне з цих прав, на наш погляд, не є особистим немайновим правом. Стаття 269 ЦК визначає такі сутнісні характеристики особистих немайнових прав: належність особі від народження або за законом; відсутність економічного змісту; тісна пов'язаність з особою; неможливість відмови від особистих немайнових прав і позбавлення їх; довічність володіння. А ст. 272 закріплює, що особисте немайнове право здійснюється особою самостійно, а також через законних представників (наприклад, право на участь у загальних зборах може здійснюватися представником за довіреністю). Якщо ж мається на увазі потенційна здатність особи бути учасником товариства, то така здатність входить до складу правоздатності, а не є окремим особистим немайновим правом.

Права, які впливають з членства в різноманітних організаціях, відносив до особистих немайнових прав ще С. Братусь, оскільки

¹ Див.: *Портной К. Я.* Правовое положение холдингов в России // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — С. 8.

такі права, на його погляд, невідчужувані і невіддільні від члена організації і належать йому, доки він є членом організації¹. Аналогічної позиції дотримується О. Садиков². Проблема полягає не у «невіддільності» корпоративних прав, а в їх похідності від права власності на акції (частку в статутному фонді товариства), як вірно відмічає Н. Глусь, тому окремо від згаданого права власності передаватись не можуть³, а разом з ним, звичайно, є відчужуваними.

Тлумачення ЦК права участі як особистого немайнового уже викликало труднощі при застосуванні на практиці⁴.

Для зіставлення — п. 2 ст. 48 ЦК РФ встановлює, що учасники товариств мають щодо цих організацій зобов'язальні права у зв'язку з участю в утворенні їх майна.

Для розв'язання окресленої проблеми необхідно спочатку дати відповідь на питання: чи є корпоративне право єдиним правом, чи це комплекс прав?

В. Вольф пише, що членство акціонера — «правовідношення»⁵, яке пов'язує його з акціонерним товариством, будучи єдиним за своєю сутністю, породжує низку окремих правомочностей акціонера⁶.

Частина 1 ст. 167 Господарського кодексу України (ГК) визначає корпоративні права як правомочності особи на участь в управлінні організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі її ліквідації та інші правомочності. Тут зауважимо, що, як переконливо довів Д. Малиновський, якісної різниці між суб'єктивним правом і «правомочністю» не існує, і суб'єктивне право не може складатися з окремих «правомочностей»⁷, тому перелічені в ГК можливості, на наш погляд, необхідно визнавати окремими суб'єктивними правами.

¹ Див.: *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 74.

² Див.: *Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Под ред. О. Н. Садикова.* — М., 1996. — С. 25.

³ Див.: *Глусь Н. С.* Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2000. — С. 8.

⁴ Див.: Лист Міністерства юстиції України від 31 березня 2004 р. № Ч-87-19.

⁵ В українській мові не існує відповідного поняття для позначення категорії «правовідносини» в однині.

⁶ Див.: *Вольф В. Ю.* Основы учения о товариществах и акционерных обществах. — М., 1927. — С. 131.

⁷ Див.: *Малиновский Д. А.* Актуальные проблемы категории субъективного вещного права // Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 75–85.

Д. Ломакін виходить з єдності комплексу прав акціонерного «правовідношення», який посвідчується акцією¹. Вважаємо, що в цьому разі має місце спільний юридичний факт, який зумовлює виникнення різних за своєю правовою природою правовідносин.

Корпоративні права традиційно поділяють на майнові і немайнові. Однак, якщо проаналізувати «майнові» корпоративні права, зокрема право на отримання частки прибутку від діяльності товариства (дивідендів) та право на отримання частини майна, що залишилось після ліквідації товариства, то з'ясовується, що крім юридичних фактів, які зумовлюють членський статус, необхідні також додатково інші обставини для виникнення таких прав. Наприклад, товариство зобов'язане виплатити дивіденди (частину прибутку) лише після прийняття відповідного рішення про виплату. До цього між товариством і учасником відсутні «майнові корпоративні» правовідносини. Аналогічно для права на ліквідаційну квоту необхідні додаткові факти, пов'язані з ліквідаційною процедурою.

О. Кибенко називає такі права «потенційними правами», які можуть бути реалізовані лише за певних умов².

Проте до настання відповідних обставин не можна взагалі говорити про існування таких суб'єктивних прав, оскільки вони не забезпечені відповідними обов'язками товариства. Тому вважаємо, що право на участь у майнових результатах діяльності і право на частку майна при ліквідації товариства не можна віднести до корпоративних прав, оскільки вони не виникають безпосередньо з права власності на акцію або частку в статутному капіталі.

Ми приєднуємося до думки тих вчених, які стверджують, що членство в товаристві для даних прав є особливим юридичним фактом — станом, який в юридичному складі з іншими юридичними фактами є підставою виникнення майнових зобов'язальних правовідносин. Виділення фактів-станів пропонував ще Ю. Толстой, як обставин, котрі не зникають у момент настання відповідних правових наслідків, а продовжують своє існування³. О. Йоффе також відмічав наявність у цивільному праві таких юридичних фактів, які не породжують суб'єктивні права безпосередньо, однак створю-

¹ Див.: Ломакін Д. В. Акционерное правоотношение. — М., 1997. — С. 20, 72.

² Див.: Кибенко Е. Р. Корпоративное право. — Х., 1999. — С. 115–116.

³ Див.: Толстой Ю. К. К категории правоотношения. — Л., 1959. — С. 13–14.

ють можливість їх набуття¹. На наш погляд, їх характерною рисою є не тільки постійність існування, а й те, що вони породжують правові наслідки періодично.

Таким чином, до корпоративних прав ми відносимо лише право на участь в управлінні, право на інформацію та право контролю за діяльністю товариства (які загалом можна назвати управлінськими у широкому розумінні правами) у зв'язку з їх виникненням безпосередньо на основі членства в товаристві.

Більшість вчених відносять ці права до немайнових. На думку ж М. Агарова, права акціонерів не мають особистого або майнового характеру². Д. Ломакін пише, що акціонерне правовідношення в цілому має майновий характер — право на участь в управлінні і право контролю також зумовлюються метою отримання прибутку³.

Вважаємо, що дані правовідносини не належать до майнових, оскільки вони виникають не з приводу матеріальних благ. Не є достатнім аргумент В. Єм про те, що їх здійснення непрямо має за мету задоволення майнових інтересів⁴, оскільки в сучасному обороті у багатьох випадках участь в організації забезпечується передусім задля здійснення впливу на її діяльність та проведення єдиної економічної політики, а не отримання доходів.

Проте, як уже зазначалось, такі права не можна віднести і до особистих немайнових прав. Вони не є абсолютними — їх зміст не обмежується утриманням від дій, що порушують членські права. На думку І. Спасибо-Фатєєвої, в корпоративних правовідносинах проявляються риси абсолютних і відносних правовідносин. «Вони не є відносними, бо для акціонерного товариства, його діяльності і правового становища зміни складу акціонерів не мають значення... В корпоративних правовідносинах право може бути порушеним з боку реєстраторів... На користь кожного акціонера ніхто конкретно дій не вчиняє, як у відносних правовідносинах»⁵. Віддаючи належне цій аргументації, все ж зауважимо, що товариство зобов'язане вчиняти дії — надавати учасникам інформацію про діяльність

¹ Див.: *Иоффе О. С.* Правоотношения по советскому гражданскому праву. — Л., 1949. — С. 123.

² Див.: *Агарков М. М.* Основы банковского права. — М., 1994. — С. 267.

³ Див.: *Ломакин Д. В.* Вказ. праця. — М., 1997. — С. 12–13.

⁴ *Гражданское право: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова.* — М., 1998. — Т. 1. — С. 130.

⁵ *Спасибо-Фатеева И. В.* Акционерные общества: корпоративные правоотношения. — Х., 1998. — С. 24–30.

товариства, повідомляти про проведення загальних зборів, надавати протоколи зборів, копії статуту, реєстру і т. ін. А реєстратором може бути порушено абсолютне право власності акціонера на акції, а не корпоративні права.

А. Ерделевський хоча й відносить право на участь в управлінні і право на інформацію до особистих немайнових прав, але вказує на труднощі з належністю цих прав до особистих, оскільки немайнові права акціонерів є відносними — праву акціонера відповідає обов'язок конкретної особи — самого товариства і відчужуваними — з переходом права власності на акцію відбувається перехід усіх прав, що нею посвідчуються¹.

Таким чином, корпоративні права учасників товариства є немайновими, але не є особистими. Суперечність усувається, якщо управлінські права акціонерів віднести до окремого виду цивільних правовідносин — не до особистих немайнових, а до відносних немайнових прав. Ще О. Красавчиков звертав увагу (щоправда, керуючись іншою метою) на те, що диференціація предмета цивільно-правового регулювання на майнові і особисті немайнові відносини побудована з одночасним використанням двох різних критеріїв класифікації, що суперечить правилам логіки: поділ на «майнові» і «немайнові» та «особисті» і «неособисті»². Крім корпоративних, до групи відносних немайнових Ф. Богатирьов відносить також сімейні правовідносини і зобов'язання з суто немайновим змістом³.

Необхідно також розглянути можливість належності корпоративних правовідносин до організаційних. На думку А. Майфат, акціонерні правовідносини слугують передумовою для виникнення майнових зобов'язальних правовідносин, а тому є організаційними правовідносинами⁴. Н. Глусь визнає організаційний характер корпоративних правовідносин⁵.

На думку О. Красавчикова, організаційні відносини мають специфічну спрямованість на впорядкування інших суспільних відно-

¹ Див.: *Эрделевский А. М.* О защите личных неимущественных прав акционеров // *Хозяйство и право.* — 1997. — № 6. — С. 70.

² Див.: *Красавчиков О. А.* Гражданские организационно-правовые отношения // *Советское государство и право.* — 1966. — № 10. — С. 50.

³ Див.: *Богатырев Ф. О.* Состав относительных неимущественных гражданских отношений // *Журнал российского права.* — 2002. — № 11. — С. 92.

⁴ Див.: *Майфат А. В.* Некоторые особенности акционерных отношений // *Юридический мир.* — 2000. — № 4. — С. 31.

⁵ *Глусь Н. С.* Вказ. праця. — С. 60.

син, дій їх учасників або на формування соціальних утворень. Організаційно-правові відносини ніби «обслуговують» інші цивільні правовідносини, вони не є самоціллю¹. В. Яковлев заперечує, що «організаційні відносини невіддільні від майнових, вони характеризують або стадію їх формування, або ступінь їх організованості»². Також О. Йоффе стверджує, що будь-які суспільні відносини характеризуються як певним ступенем їх організованості, так і проходженням через стадію становлення, перед тим, як вони сформулюються остаточно³.

Видається, що властивість «організовувати» притаманна будь-яким правовідносинам, оскільки право має призначенням саме впорядкування суспільних відносин. Крім того, корпоративні відносини не є «обслуговуваними» чи «допоміжними» щодо інших (майнових) правовідносин, а мають самостійну цінність, яка полягає у наданні можливості їх носіям брати участь в управлінні організацією.

Таким чином, нами розглянуто сутність корпоративних правовідносин. Що ж до холдингових правовідносин, то їх специфіку зумовлює те, що якщо у корпоративних правовідносинах учасники мають право на участь в управлінні товариством, то у холдингових правовідносинах учасник (основна організація групи) набуває право на управління товариством.

Категорія «управління» не є прерогативою публічного права, а застосовується і в цивільному праві. І. Спасибо-Фатеева вказує на існування відносин з управління в приватному праві, в тому числі з управління певними видами майна, довірчого управління, управління діяльністю самих юридичних осіб⁴.

Підкреслимо, що основна організація здійснює управління діяльністю дочірньої не безпосередньо, вона не має права давати прямі вказівки. Сама можливість управління ззовні закладена у механізмі формуванні волі юридичної особи. Оскільки дієздатність організації реалізується її органами управління, через формування їх складу досягається можливість визначати прийняття рішень юридичної особи. Загалом, управлінські права учасника організації похідні від відповідних повноважень власника. У зв'язку з інвесту-

¹ Див.: Красавчиков О. А. Вказ. праця. — С. 50–57.

² Советское гражданское право. — Л., 1982. — Ч. 1. — С. 321.

³ Див.: Йоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000. — С. 260.

⁴ Див.: Спасибо-Фатеева И. В. Про питання юридичної сутності управління в сучасних умовах // Проблеми законності. — 2002. — № 53. — С. 122–132.

ванням коштів учасник отримує право брати участь в управлінні діяльністю товариства.

Закономірно виникає також питання про об'єкт холдингових правовідносин. О. Щербина вважає основним об'єктом корпоративних правовідносин акцію¹. Але акція є об'єктом правовідносин власності акціонерів, а не корпоративних. І. Спасибо-Фатеева їх об'єктом розглядає фактичну поведінку акціонерів по здійсненню їх прав і обов'язків². Не вдаючись у полеміку, яка триває в науці щодо об'єкта правовідносин взагалі, зауважимо, що ми повністю солідарні з позицією С. Алексеева в тому, що поведінка є об'єктом права як сукупності норм (права в об'єктивному значенні), а об'єктом суб'єктивного права як наданої суб'єкту правової можливості і відповідно об'єктом правовідносин є зовнішні предмети (блага), на які поведінка спрямована³.

З цієї точки зору об'єктом холдингових правовідносин є вплив управляючого суб'єкта (основної організації) на діяльність дочірніх юридичних осіб.

Деякі вчені і у багатьох випадках законодавець вважають, що сутністю взаємовідносин між основним і дочірнім товариствами є контроль. Тому існує потреба встановити співвідношення юридичних категорій «управління» і «контроль».

У ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. № 2210-III контроль визначається як вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання. За ч. 2 ст. 10 проекту закону РФ «Про холдинги» управління в холдингу — здійснення головною компанією дій по управлінню власністю, контрольними пакетами акцій (часток), інвестиційною і виробничо-господарською діяльністю юридичних осіб, що входять до холдингу, та інших дій. Як бачимо, в основі своїй ці визначення тотожні. І. Шиткіна розмежовує ці категорії: «Управління — набір певних механізмів впливу, контроль вирішальним чином впливає на комерційну організацію, визначає умови ведення нею підприємницької діяльності»⁴.

¹ Див.: Щербина О. В. Правове становище акціонерів за законодавством України // Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2000. — С. 20.

² Див.: Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. — С. 29.

³ Див.: Алексеев С. С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права / Под ред. С. Н. Братуся. — М., 1960. — С. 286—291.

⁴ Шиткина И. С. Корпоративное управление и корпоративный контроль в холдинговой компании // Хозяйство и право. — 2003. — № 3. — С. 37.

Якщо ж звернутися до науки управління, то, як зазначає відомий французький економіст А. Файоль, «управляти — означає передбачати, організовувати, розпоряджатися, координувати і контролювати»¹. Аналогічно В. Гаращук розглядає контроль як одну з самостійних функцій управління, котра полягає в перевірці, спостереженні з метою перевірки². За нашим переконанням, контроль — лише одна з можливостей при здійсненні управлінської діяльності.

Підбиваючи підсумки наведеного, пропонуємо вважати холдинговими правовідносинами з приводу управління основною організацією діяльністю дочірніх організацій об'єднання (групи), що полягає у можливості визначати прийняття ними рішень на основі участі основної організації в статутному капіталі дочірніх (володінню відповідним пакетом акцій).

Необхідно також спростувати висловлювання деяких авторів щодо кваліфікації відносин між материнською і дочірніми компаніями як відносин між керівними суб'єктами права³. В. Борисова пише про відносини субординації, залежності, підкорення⁴, В. Мусін — про наявність адміністративного підпорядкування⁵.

Однак ці відносини базуються на приватному інтересі, а не на публічному. Адміністративні правовідносини виникають за обов'язкової участі відповідного органу державного управління або іншого носія повноважень державно-владного характеру⁶. Юридичний статус суб'єктів адміністративних правовідносин визначається їх загальним правовим статусом, а не характером їх прав та обов'язків у конкретних правовідносинах.

Основною характерною рисою цивільних правовідносин є рівність сторін, однак йдеться не про механічну рівність, а про юридичну — як рівність критеріїв виникнення, зміни і припинен-

¹ Файоль А., Эмерсон Г., Тейлор Ф., Форд Г. Управление — это наука и искусство. — М., 1992. — С. 12.

² Див.: Гаращук В. М. Ще раз про сутність контролю та його загальне розуміння // Проблеми законності. — 2002. — № 54. — С. 84–85.

³ Див.: Чувпило О. О. Господарське право зарубіжних країн. — К., 1992. — С. 31.

⁴ Див.: Борисова В. Про залежність юридичних осіб // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 3. — С. 103.

⁵ Див.: Мусін В. А. Одночленные корпорации в буржуазном праве // Правоведение. — 1981. — № 4. — С. 43.

⁶ Див.: Козлов Ю. М. Административные правоотношения. — Л., 1976. — С. 112–113.

ня суб'єктивних прав і обов'язків і рівні критерії відповідальності, незалежно від функції, яка на них покладається у конкретних правовідносинах.

Управлінські повноваження основної організації спираються не на владу як прямий примус, а лише на право вимоги, а дочірня юридична особа — не підпорядкований суб'єкт, а зобов'язана особа.

Крім того, в адміністративному праві здійснення управління — не тільки право, а й обов'язок відповідних органів державної влади, що зумовлено функціями держави як політичної організації суспільства.

Таким чином, на основі проведеного аналізу встановлено, що холдингові правовідносини є цивільними, відносними немайновими правовідносинами. Вони є особливим різновидом корпоративних правовідносин зі специфікою можливостей уповноваженого суб'єкта (основної організації).

Надійшла до редколегії 20.06.04

М. Мацейків, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Правові питання взаємодії торгівлі та екології в контексті забезпечення сталого розвитку

*«Лише екологічно безпечне
є економічно вигідним і доцільним»**

Взаємодія в галузі екології та торгівлі на перший погляд видається досить незвичною або ж навіть парадоксальною. Однак аналіз процесів, що відбуваються у сучасному світі, переконує у протилежному. Можна констатувати, що «екологічне» питання стає все більш важливим чинником у боротьбі за конкурентоспроможність, а екологічні стандарти відіграють не останню роль

* Із пропозицій до Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Реформи заради добробуту» (2000 р.).

при проведенні торговельних переговорів. Це зумовлено усвідомленням вичерпності природних ресурсів та незворотності деградації екологічних систем, потребою переосмислення глобальних тенденцій розвитку людства. Недопущення розгортання екологічної кризи є головним завданням людської цивілізації у XXI ст.

Минуле століття характеризувалося стрімким науково-технічним прогресом та прискореною глобалізацією світової економіки, передусім у галузях світової торгівлі, технологій, іноземних інвестицій та ринку капіталу. З іншого боку, кінець XX ст. — це період, коли загроза екологічних проблем набула небаченого раніше рівня. В минулому залишилась Конференція ООН з навколишнього середовища 1972 р., що започаткувала еру охорони довкілля та розглядала лише «видимі» форми забруднення, перш за все води та повітря. У характері сьогоднішніх екологічних проблем уже досить не просто прослідкувати конкретні причинно-наслідкові зв'язки. Сучасні екологічні проблеми виходять далеко за межі очевидного в зв'язку із їх складною структурою, глобальним характером та не завжди однозначними та передбачуваними наслідками. Серед останніх можна виділити такі проблеми, як глобальне потепління, виснаження озонового шару, неконтрольоване поширення біотехнологій та багато інших.

Відповідно екологічні проблеми справляють дедалі відчутніший вплив і на міжнародні економічні взаємозв'язки. Загальне загострення світової екологічної ситуації, посилення ресурсо-екологічної взаємозалежності держав, значні відмінності у можливостях вирішення національних природоохоронних завдань, відсутність узгоджених екологічних критеріїв і стандартів у міжнародному масштабі, тенденція до впровадження деякими країнами методів екологічного протекціонізму зумовлюють перетворення екологічних проблем на серйозний чинник міжнародних економічних та політичних відносин.

У контексті сказаного ми стикаємося з проблемою регулювання таких сфер діяльності, як торгівля та охорона довкілля. Дана тема останнім часом привертає все більшу увагу науковців та практиків у всьому світі. Проблематика взаємодії економічного розвитку, торгівлі та екологічних чинників посідає чільне місце в роботі багатьох міжнародних організацій, програмах міжнародного співробітництва, угодах, планах дій у сфері соціального та економічно-

го розвитку, а також у відповідних національних програмах¹. Однак, незважаючи на це, у вирішенні практичних проблем торгівлі та охорони довкілля до цього часу вдалося домогтися лише обмеженого прогресу. Новою та малорозробленою ця проблема залишається і для науковців та практиків в Україні. На жаль, українське законодавство практично не брало до уваги сучасні тенденції в даній сфері. В системі українського екологічного законодавства до цього часу немає багатьох законодавчих актів та правових норм, прийнятих зарубіжними економічно розвинутими країнами 20–25 років тому. Майже повністю відсутні й теоретико-правові розробки з відповідного питання². Однак їх актуальність та необхідність вже давно назріли. Адже попри те, що дана проблематика є складною та неоднозначною, для України вона безпосередньо пов'язана з інтеграцією в світову економіку та впровадженням принципів сталого розвитку. Поза сумнівом, становлення України як сучасної розвинутої держави та її спроможність забезпечувати свої національні інтереси значною мірою залежать від її повноцінного входу в європейський та світовий цивілізаційний процес³.

В даній статті спробуємо окреслити правові проблеми, що виникають на межі торгівлі та екології, а також визначити ті нормативно-правові механізми, які забезпечують гармонізацію інтересів охорони довкілля, торгівлі та сталого розвитку сучасного суспільства.

Найперше зазначимо, що, враховуючи наміри України найближчим часом приєднатись до Світової Організації Торгівлі (СОТ), це дослідження є актуальним, оскільки роздуми над проблемою на рівні передумов інтеграції у відповідну міжнародно-правову систему, тобто в період, коли ще можна вплинути на її результати, є більш продуктивним, ніж констатація виявлених недоліків. Крім того, вчасне врахування існуючих міжнародно-правових реалій у сфері взаємодії економічних та екологічних важелів матиме позитивний вплив на формування відповідного національного законодавства.

Останнім часом розмови про міжнародну торгівлю все більше набувають «зеленого» відтінку. Руйнівний ефект економічної та

¹ Див.: Аналіз результатів роботи комісії сталого розвитку ООН та вироблені нею рекомендації урядам країн – членів ООН. – К., 2000.

² Див.: Економіко-правові питання екології. – К., 1996.; *Мальшева Н. Р.* Гармонізація екологічного законодавства в Європі. – К., 1996.

³ Див.: *Вовк В.* Україна в контексті сучасних тенденцій і сценаріїв світового розвитку. www.ji.lviv.ua/n22texts/vovk.htm, С. 1.

торговельної діяльності на довкілля призвів до пробудження свідомості у більшій частині міжнародних суб'єктів, що й спричинило розширення співробітництва держав з метою розвитку відкритої економічної системи, одночасно сприятливої для екологічно збалансованого розвитку та економічного зростання в усіх країнах світу¹.

Чимало країн нині застосовують заборону та обмеження на виробництво, продаж, використання екологонебезпечної продукції, імпорт технологій і товарів, які становлять загрозу здоров'ю нації та завдають шкоди довкіллю. Вплив таких заходів на міжнародні економічні взаємозв'язки неоднозначний. В одних випадках це може призводити до скорочення й навіть припинення міжнародної торгівлі зазначеними товарами, в інших (якщо такі заходи застосовуються обмеженою кількістю країн), навпаки, активізувати міжнародну торгівлю екологічно небезпечними товарами (збільшення поставок до країн, які не запровадили відповідних екологічних обмежень). Проте в обох випадках екологічні чинники зумовлюють диверсифікацію міжнародних економічних відносин, стимулюють пошук синхронізованих напрямів їх екологобезпечного розвитку².

Тим часом зазначимо, що сама сфера торгівлі суттєво не забруднює довкілля. Однак потенційно вона є дуже потужним чинником (регулятором) вирішення екологічних проблем. Цьому сприяє те центральне місце, яке посідає торгівля в регулюванні потоків товарів і коштів у сучасному світі. Найчастіше ті екологічні проблеми, які важко вирішити шляхом впливу на виробничу чи споживчу сферу, легко можуть бути вирішені за допомогою торговельних механізмів³.

Саме завдяки торговельним механізмам у національній та світовій практиці вдалося вирішити багато екологічних проблем. Наприклад, Австралія значно знизила небезпеку екологічних катастроф біологічного характеру шляхом заборони неконтрольованого ввезення сільськогосподарських продуктів⁴. Заборона на торгівлю

¹ Див.: Принцип 12 Декларації Ріо «Про навколишнє середовище та розвиток».

² Світова економіка: Підручник / А. С. Філіпенко, О. І. Рогач, О. І. Шнирков та ін. — К., 2002. — С. 460.

³ Зокрема, це може бути досягнуто шляхом введення різних тарифних (експортно-імпортного мита, різного виду податків та ін.), а також нетарифних (ліцензування і стандартизація продукції тощо) бар'єрів.

⁴ Див.: Мельник Л. Г. Екологічна економіка: Підручник. — Суми. 2002. — С. 287.

рідкісними тваринами або виробами з них рятує фауну багатьох африканських держав. Японія змогла очистити вулиці своїх міст від смогу завдяки введенню твердих нетарифних бар'єрів (екологічних стандартів) на імпортовані транспортні засоби. Україна вже протягом кількох років має список заборонених для ввезення чи транзиту через територію країни токсичних та небезпечних відходів; відсутні тарифні і нетарифні бар'єри використовуються при імпорті автомобілів¹, можна відзначити й поступ у запровадженні більш екологічно чистого палива².

Це стало можливим завдяки своєчасному доповненню чинних у різних країнах законів, регламентів, положень відповідними природоохоронними нормами, стандартами якості довкілля та іншими екологічними нормативами — які, до речі, мають істотні відмінності. Н. Малишева класифікує сучасні інструменти політики охорони довкілля, яка зачіпає сферу торгівлі, на два основні типи: *регламентаційні та економічні*. Регламентаційні є інструментами прямої дії і регулюють доступ до ринку економічних агентів шляхом як заборони або кількісного лімітування імпорту-експорту певних продуктів, так і нормування технічних і якісних характеристик відповідних продуктів. Економічні інструменти в даному контексті — це, навпаки, інструменти непрямої дії, які, застосовуючи вартісно-затратні важелі, заохочують економічних агентів до адаптації більш екологічних способів виробництва³. Зрозуміло, розмежування між регламентаційними та економічними інструментами може бути означене лише схематично, оскільки, з одного боку, реалізація економічних інструментів передбачає необхідність прийняття норм, які б регулювали їх застосування; з другого ж — навпаки, кожний регламентаційний інструмент одночасно справляє й економічні ефекти. Відповідна класифікація все ж необхідна, оскільки вона дає змогу розрізняти правові інструменти охорони довкілля за їх впливом на ринкові відносини (прямим чи непрямим, з використанням методів примусу чи переконання).

¹ Див.: Постанова Кабінету Міністрів України «Про деякі питання ввезення імпортованих автомобілів» від 17 вересня 1996 р. № 1139.

² Див.: Закон України «Про заборону ввезення і реалізації на території України етилованого бензину та свинцевих добавок до бензину» від 15 листопада 2001 р. № 2786-III; Постанова Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до правил роздрібної торгівлі нафтопродуктами» від 23 квітня 2001 р. № 390; Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Програми поетапного припинення використання етилованого бензину в Україні» від 1 жовтня 1999 р. № 1825.

³ Див.: Економіко-правові питання екології. — С. 91.

Однак, незважаючи на зазначені позитивні результати, одне з головних практичних питань, що виникає в даному контексті, полягає ось у чому: інструменти охорони довкілля, які використовуються державами в їх національних політиках, здатні певним чином обмежити дію основних принципів забезпечення вільного товарообігу. Тобто механізм нормативно-правового регулювання торговельних відносин дещо коригується наявністю екологічних вимог, що накладають суттєві обмеження на їх (відносин) функціонування. Відповідні еколого-правові інструменти переважно тлумачаться як такі, що вносять перешкоди, гальмують вільний товарообіг, а також здатні порушувати рівність у доступі держав до ринку. З огляду на це перед державами неодмінно постає питання щодо узгодження національних інструментів екологічної політики з правилами міжнародної торгівлі та їх можливого взаємного лімітування.

Як свідчить аналіз сучасного стану та тенденцій світового розвитку в системі «торгівля-довкілля», здійснений Н. Малишевою, в чистому вигляді не існує ні абсолютно вільної торгівлі, ні повної свободи держав у реалізації національних екологічних політик. Практика також переконує — вступаючи у відповідну систему відносин, держави та інші суб'єкти неодмінно будуть змушені зберігати певний баланс інтересів торгівлі, з одного боку, і охорони довкілля — з другого.

Слід зазначити, що до недавнього часу цей баланс, як правило, був не на користь охорони довкілля. Інтереси забезпечення вільного товарообігу переважали кожен раз, коли національні екологічні заходи суперечили інтересам торгівлі. Деякі екологічно орієнтовані зрушення з'явилися після Стокгольмської конференції 1972 р. В цей період під егідою ГАТТу¹ починається процес певної «екологізації» зовнішньоторговельної діяльності. Певної, оскільки йдеться лише про паростки цієї тенденції, а не про зміну принципової орієнтації.

Вперше питання про збалансованість підходів до торгівлі та охорони довкілля набуло чітких обрисів на міністерській конференції в Сіетлі (США, 1992 р.), де ці проблеми розглядалися в контексті багатосторонньої торгівлі. Оскільки питання торгівлі та екології знаходяться у постійному динамічному взаємозв'язку, на кон-

¹ Генеральна Угода про митні тарифи та торгівлю (ГАТТ) підписана 30 жовтня 1947 року. Маючи тимчасове призначення — до вступу в дію Міжнародної Організації Торгівлі (т. з. «Гаванської Хартії»), Генеральна Угода успішно функціонувала майже півстоліття, аж до офіційного створення Світової Організації Торгівлі 1 січня 1995 року.

ференції було підкреслено, що екологічні чинники не повинні виступати в ролі зайвих перешкод на шляху торгівлі чи мати протекціоністський характер. З другого боку, правила торгівлі не повинні заважати процесу охорони природи. Процеси глобалізації та лібералізації торгівлі, що домінують останнім часом у світовій економіці, справляють як позитивний, так і негативний вплив на сталий розвиток. Тому одночасно треба забезпечити не лише «подвійну вигоду» з точки зору торгівлі та екології, а й «потрійну», яка б враховувала, крім охорони природи та торгівлі, ще й розвиток. Це потребує ретельного аналізу наслідків глобалізації та лібералізації для сталого розвитку, а також розгляду комплексу стратегій та інструментів, які можна використати для посилення взаємодоповнюваності заходів у галузі лібералізації торгівлі та охорони довкілля¹.

Слід наголосити на тому, що всі інструменти вирішення екологічних проблем мають сенс насамперед через їх правове регулювання. Досвід міжнародно-правової діяльності у сфері охорони довкілля переконує, що існує принципова можливість активної та конструктивної взаємодії держав у цій галузі. Значний пласт практичного вирішення конфліктів між національними природоохоронними політиками і міжнародно-правовими вимогами забезпечення вільного товарообігу накопичений в останні роки в межах Європейського Союзу, СОТ та під егідою ООН. Даний доробок нормативно-правових актів і багатосторонніх угод є добрим підґрунтям для вдосконалення правової охорони довкілля й в Україні. Однак, враховуючи значний обсяг таких нормативно-правових актів, далі здійснимо лише деякий огляд відповідної правової бази.

Кількість угод з довкілля дуже зросла за останні кілька десятиліть. За оцінкою UNEP, нині існує близько 500 міжнародних договорів та інших угод з довкілля, понад 300 з яких було прийнято після проведення першої конференції ООН з навколишнього середовища в Стокгольмі в 1972 р., і 41 з яких UNEP вважає «базовими конвенціями з довкілля»². До того ж збільшується й кількість багатосторонніх угод, що містять положення, які забороняють або обмежують торгівлю товарами та продуктами. Це насамперед Монреальський протокол по речовинах, що виснажують озоновий шар, до Рамкової Конвенції про зміну клімату, який обмежує

¹ Див.: Аналіз результатів роботи комісії сталого розвитку ООН та вироблені нею рекомендації урядам країн — членів ООН.

² Див.: Стан світу 2002: Доповідь Інституту Всесвітнього Спостереження про прогрес до сталого суспільства. — К., 2002.

торгівлю такими речовинами із країнами — учасницями цього протоколу, Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни та флори, що перебувають у небезпеці, Картахенський протокол щодо біобезпеки до Конвенції про біологічне різноманіття, який регулює торгівлю продукцією з використанням генетично модифікованих організмів. Все більшої ваги набувають сучасні питання щодо управління ресурсами мігруючої риби, контролю за торгівлею небезпечними хімічними сполуками та пестицидами, лібералізації торгівлі екотоварами та екопослугами. Це змушує політиків та ділові кола всерйоз сприймати екологічні стандарти при виробленні і реалізації політики розвитку і безпеки.

Однак міжнародне управління довкіллям певною мірою стало жертвою власного успіху. Із зростанням кількості угод постали проблеми дуплікації, фрагментації та браку координації, що підриває ефективність системи в цілому.

Одним з результатів фрагментації сучасної системи міжнародного управління довкіллям є те, що положення різних конвенцій з довкілля іноді діють у протилежних напрямках. Так, переговори, результатом яких стало підписання Монреальського протоколу щодо проблеми виснаження озонового шару, не врахували взаємозв'язки між виснаженням озонового шару та зміною клімату. Одним з негативних результатів цього стала розробка гідрофторвуглеців як поширених заміників руйнуючих озон хлорфторвуглеців, незважаючи на те, що гідрофторвуглеці є потужними «парниковими газами». А нещодавно до Кіотського протоколу щодо проблем зміни клімату були включені положення, спрямовані на сприяння створенню плантацій дерев для поглинання двоокису вуглецю, які не врахували вплив одноманітних деревостоїв на біологічне різноманіття й всупереч тому, що більшість держав-членів Кіотського протоколу одночасно є учасницями Конвенції ООН про біорізноманіття.

Як і Рамкова Конвенція про зміну клімату, Конвенція про біорізноманіття після її укладення в Ріо-де-Жанейро (1992 р.), також мала дещо строкату історію. Найвідчутнішим результатом Конвенції дотепер був Картахенський протокол щодо біобезпеки. Метою протоколу є врегулювання міжнародної торгівлі у сфері генетично модифікованих продуктів через впровадження системи, відомої як погодження через попереднє інформування, згідно з якою країни-імпортери повинні одержувати інформацію і давати чітку згоду на відвантаження їм генетично модифікованих продуктів. Переговори щодо протоколу успішно закінчилися в січні

2001 р., але досі його ратифікували лише 7 з 50 країн, які мають це зробити для набуття ним чинності.

Брак показників виконання Конвенції з біорізноманіття висвітлює більш широку низку проблем щодо багатьох угод з питань довкілля: більшості з них не вистачає чітких критеріїв для моніторингу та оцінки ефективності. Угоди з питань довкілля також характеризуються зазвичай необов'язковими і добровільними процедурами вирішення спорів у випадках, коли країни підозрюються у порушенні правил угоди, що вражає контрастує з системою обов'язкових рішень СОТ, додержання яких у кінцевому результаті забезпечується через торговельні санкції.

Ця різниця у конкретності та обов'язковості виконання угод з питань довкілля, з одного боку, та правил СОТ — з другого становить особливу проблему у випадках, коли ці дві сфери міжнародного права суперечать одна одній. Кілька договорів щодо довкілля, включаючи Монреальський протокол, Конвенцію про міжнародну торгівлю видами дикої фауни та флори, які перебувають у небезпеці, а також нещодавно прийнятий Протокол з біобезпеки, містять положення, що явно не узгоджуються з правилами СОТ. Ці невідповідності походять від різного філософського підґрунтя: угоди з питань довкілля часто спрямовані на обмеження певних екологічно шкідливих видів комерції, таких як торгівля видами, що перебувають у небезпеці, або небезпечними відходами, тоді як СОТ займається усуненням перешкод потоку товарів через міжнародні кордони.

Одним із варіантів відповіді на владну нерівність між правилами СОТ з їх більшою позовною силою та порівняно слабкими екологічними угодами могло б бути включення до цих угод норм примусового характеру, які б передбачали застосування санкцій, подібних до тих, що існують у СОТ. Саме у цьому напрямку зараз ведеться робота щодо кількох угод, які стосуються довкілля. Наприклад, у рамках Конвенції з морського права створено Міжнародний трибунал як один з кількох можливих механізмів вирішення спорів з впровадження конвенції та її додержання. Трибунал уповноважений накладати штрафи та інші стягнення у разі виявлення порушень умов угоди якоюсь компанією або країною.

Проте в багатьох випадках недодержання угод з питань довкілля зумовлене скоріше недостатніми можливостями через брак коштів та слабкою адміністративною спроможністю, ніж умисною недобросовісністю. Як зазначав колишній керівник секретаріату Конвенції з біорізноманіття Калестос Юм, «справжнє завдання полягає

в тому, щоб національні уряди повною мірою додержувалися екологічного законодавства. Якщо уряди проявлять більшу вимогливість у виконанні внутрішнього законодавства з питань довкілля, то їм буде легше зробити це і щодо міжнародних домовленостей. Те, що сприймається як недосконале глобальне екологічне регулювання, насправді є показником поганого ведення внутрішнього господарства»¹. Інакше кажучи, для того, щоб зробити міжнародне співробітництво держав з питань довкілля ефективнішим, треба в першу чергу поліпшити роботу держав у цілому, оскільки саме на національному і місцевому рівнях екологічні угоди перетворюються на реальні результати.

Зроблений у цій статті узагальнений огляд правових проблем взаємодії торгівлі та екології свідчить як про наявність суперечностей та правових прогалин, так і про значний обсяг роботи в регулюванні цих сфер. Для виконання поставлених у цій сфері завдань потрібна ефективна екологічна політика, спрямована на коригування недоліків ринку, встановлення та додержання належних природоохоронних норм, зміцнення національних інститутів та розвиток міжнародного співробітництва. Державам необхідно проводити скоординовану політику в рамках існуючих форумів, включаючи СОТ, ЮНКТАД, ЮНЕП та інших установ, а також громадськості та неурядових організацій².

Багатостороннє співробітництво в галузі охорони довкілля має велике значення не тільки для вирішення глобальних екологічних проблем, а й для України з точки зору поліпшення стану довкілля, здійснення заходів щодо інтеграції нашої держави до міжнародного співтовариства, вдосконалення національного законодавства, вирішення проблем щодо сталого розвитку, які були визначені в документах конференції в Ріо-де-Жанейро у 1992 р.

В контексті активізації зусиль України по вступу до СОТ чимало українських підприємців уже усвідомили, що використання теми екологічності їх товарів у маркетингу може принести певні вигоди в конкурентній боротьбі за ринки збуту. Зрозуміло, це змушує вітчизняний бізнес підготуватися до жорстких правил світової торгівлі, одним із яких є додержання екологічних норм і вимог. Та доки не вироблено чітких критеріїв екологічності для багатьох

¹ Стан світу 2002...

² Див.: Аналіз результатів роботи комісії сталого розвитку ООН та вироблені нею рекомендації урядам країн — членів ООН.

зразків продукції і немає механізму її привласнення, твердження про «екологічну чистоту» є не більше ніж рекламним трюком. Водночас широке використання цієї теми в маркетингу свідчить про поступове входження екології в ринок¹. А це ставить перед урядом України невідкладні завдання побудови системи регулювання екологічних проблем, насамперед шляхом створення правових умов для їх подальшого вирішення в контексті забезпечення сталого розвитку.

Надійшла до редколегії 15.04.04

Л. Тацій, здобувач НЮА України

Стандарти функціонування адвокатури в Україні

У сучасних цивілізованих державах неодмінним чинником системи правового захисту особи, її прав і свобод є адвокатура. За своєю природою адвокатура — це громадська, незалежна від будь-якого зовнішнього впливу, самостійна організація професійних юристів, діяльність якої, як слушно стверджував Є. Васьковський у своїй роботі «Організація адвокатури», спрямована на «правозаступництво, правозахист, тобто іншими словами — юридичну допомогу, що надається тим, хто в ній має потребу»².

Аналіз положень Основного Закону нашої держави дозволяє стверджувати, що функціями адвокатури в Україні є забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах.

Надзвичайна важливість функціонального навантаження, а також статус адвокатури як незалежного формування вимагає нормативного закріплення специфічних засад (стандартів) її організації та діяльності. Про такі засади йдеться в чинних правових актах. Однак нині в Україні не існує систематизованого нормативного документа, який дозволив би зробити висновок про запровадження в нашій державі вимог і правил, котрі розглядаються світовою

¹ Див.: *Попова О.* Екологія входить у ринок / Дзеркало тижня. — 2001. — № 40 (364). — 19 жовт.

² Див.: *Святоцький О. Д., Михеєнко М. М.* Адвокатура України: Навч. посіб. для студентів юрид. вищ. навч. закладів і фак. — К., 1997. — С. 12.

адвокатською спільнотою як специфічні стандарти функціонування адвокатури.

Одним з кроків на шляху ліквідації такої прогалини, безумовно, стане прийняття нового Закону «Про адвокатуру», проект якого, на думку фахівців, майже готовий для ухвалення Верховною Радою України¹. Разом з тим навіть у тексті оновленого акта зазначені стандарти наведено непослідовно, тобто без попереднього об'єднання у певні групи, що, на наш погляд, заважатиме у майбутньому їх повноцінному запровадженню.

На міжнародному рівні основні засади функціонування адвокатури дістали нормативне закріплення в Загальному кодексі правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (прийнятий делегацією двадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні в Страсбурзі у жовтні 1988 р.)² та Основних положеннях про роль адвокатів (прийняті Восьмим Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р.)³.

Не викликає сумніву, що положення першого із згаданих документів доцільно використовувати при розробці й удосконаленні нормативно-правових актів, якими визначаються засади функціонування адвокатури, оскільки Україна нині намагається привести національне законодавство у відповідність із вимогами, що ставляться Європейським Співтовариством.

Щодо Основних положень про роль адвокатів, то, на нашу думку, справедливою є позиція тих науковців, які вважають приписи цього документа формально обов'язковими для України. Свою точку зору правознавці підсилюють такими аргументами. По-перше, даний акт прийнято під егідою Організації Об'єднаних Націй. По-друге, адресатами Основних положень є уряди та інші державні органи країн-членів ООН. По-третє, нормативну базу цього документа становлять чинні акти ООН (зокрема, Статут ООН, Загальна декларація про права людини, Міжнародний пакт про громадські та політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Звід принципів для захисту усіх осіб, затриманих або тих, які перебувають у умовах тюремного ув'язнен-

¹ Див.: *Варфоломєєва Т. В.* Адвокатський законопроект фінішує // *Адвокат*. – 2004. – № 6. – С. 3–11.

² *Святоцький О. Д., Медведчук В. В.* Адвокатура: історія і сучасність. – К., 1997. – С. 301–315.

³ *Адвокатура в Україні* // *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. – 2000. – № 1. – С. 179–184.

ня, Декларація про основні принципи юстиції для жертв злочину й перевищення влади). По-четверте, Основні положення поряд із загальнополітичними й етичними деклараціями, постулатами, констатаціями містять досить конкретні приписи, сформульовані у вигляді прав та обов'язків. І нарешті, у ряді приписів цього документа прямо зазначено, що він може використовуватися як самостійний критерій (поряд із національним законодавством) для оцінки діяльності адвокатів (наприклад, у пунктах 19 та 29)¹.

Аналіз положень згаданих міжнародних документів, а також норм чинних законодавчих актів України дозволяє вирізнити дві групи стандартів функціонування адвокатури. Перша група об'єднує найзагальніші вимоги, що ставляться до *організації* адвокатури як добровільного професійного громадського об'єднання осіб, що мають певну освіту, підготовку і знання. Друга — визначає правила, якими керуються адвокати у процесі своєї *діяльності*, іншими словами — встановлює правила професійної етики осіб, яким відведена у суспільстві особлива роль. Адже призначення адвокатів не обмежуються сумлінним виконанням своїх обов'язків у межах закону. Адвокати повинні діяти в інтересах права в цілому так само, як і в інтересах тих, чії права і свободи їм довірено захищати. Отже, на адвокатів покладається цілий комплекс зобов'язань як юридичного, так і морального характеру, які часто вступають у взаємну суперечність. Такі зобов'язання Загальним кодексом правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства умовно поділяються на: 1) зобов'язання перед клієнтом; 2) перед судом та іншими органами влади, з якими адвокат контактує, виступаючи як довірена особа клієнта або від його імені; 3) перед іншими представниками даної професії в цілому і перед будь-ким з колег зокрема; 4) перед суспільством, для членів якого існування вільної незалежної професії поряд з додержанням правових норм є найважливішою гарантією захисту прав людини перед державною владою та іншими інтересами суспільства.

Серед організаційних засад функціонування адвокатури в Україні можна вирізнити такі.

1. Кожен громадянин України може бути допущений до адвокатської практики за умов, якщо він має вищу юридичну освіту, стаж роботи за спеціальністю юриста або помічника адвоката не менше двох років, склав кваліфікаційні іспити, одержав свідоцтво

¹ Див.: Святоцький О. Д., Медведчук В. В. Вказ. праця. — С. 72, 73.

про право на заняття адвокатською діяльністю та прийняв Присягу адвоката України.

Держава повинна забезпечити відсутність дискримінації при допущенні до адвокатської практики або до продовження практики за ознаками раси, кольору шкіри, статі, етнічного походження, релігії, політичних та інших поглядів, наявності власності, місця народження, економічного або іншого становища.

2. Рівень професійних знань осіб, що мають намір займатися адвокатською діяльністю, визначається атестаційними палатами кваліфікаційно-дисциплінарних комісій, які створюються в Автономній Республіці Крим, областях та містах Києві і Севастополі. Зазначені палати складаються з 11 членів, що репрезентують суддів, адвокатів та відповідно Раду міністрів Автономної Республіки Крим, обласну, Київську чи Севастопольську міську раду, Головне управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, обласне, Київське чи Севастопольське міське управління юстиції та відділення Спілки адвокатів України.

Таким чином, питання про видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю вирішується колегіальним органом, який об'єднує професіоналів, спроможних неупереджено та кваліфіковано оцінити здібності особи, яка бажає займатися такою діяльністю.

3. Адвокат має право займатися адвокатською діяльністю індивідуально, відкрити своє адвокатське бюро, об'єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об'єднання.

4. Для представництва своїх інтересів, постійного навчання, перепідготовки й підтримання професійного рівня адвокатам та їх об'єднанням надається право формувати асоціації та спілки, принципами діяльності яких мають бути добровільність, самоврядування, колегіальність та гласність. Такі асоціації та спілки повинні кооперуватися з державними органами для забезпечення права кожного на рівний та ефективний доступ до юридичної допомоги з тим, щоб адвокати були здатні за відсутності недоречного стороннього втручання давати поради і допомагати своїм клієнтам згідно із законами України та визнаними етичними правилами.

Як уявляється, закріплення на законодавчому рівні добровільності як принципу побудови професійних асоціацій та спілок адвокатів є дуже важливим. У ході обговорення проекту Закону «Про адвокатуру» висловлювалась, на наш погляд, хибна думка, відповідно до якої кожен адвокат в Україні повинен бути членом пев-

ної загальнодержавної спілки чи організації¹. Очевидно, що така позиція розробників законопроекту прямо суперечить приписам Основних положень про роль адвокатів, у пунктах 23 та 24 яких акцентується увага на тому, що зазначені особи, як і інші громадяни, мають право на вільне об'єднання в асоціації чи організації.

В міжнародних актах, крім окреслення організаційних засад функціонування адвокатури, йдеться і про вимоги та правила професійної поведінки адвокатів. Так, в Основних положеннях про роль адвокатів підкреслюється, що держава, професійні асоціації адвокатів та навчальні заклади мають забезпечити адвокатам одержання відповідної освіти, підготовку і знання їх ідеалів та етичних обов'язків, у зв'язку з чим встановлюється необхідність розробки кодексів професійної поведінки адвокатів національними органами, визначеними у законодавстві (пункти 9, 26).

В Україні Правила адвокатської етики у вигляді єдиного документа були прийняті у 1999 р. Вони фактично відтворюють деонтологічні стандарти Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства².

Легітимність зазначених Правил і досі ставлять під сумнів декотрі автори, посилаючись на те, що порядок їх прийняття не визначений чинним Законом «Про адвокатуру» і що схвалені вони Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури на підставі Указу Президента України від 30 вересня 1999 р. «Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури». Разом з тим ніхто з авторів, які займаються проблемами юридичної чи судової етики, не заперечує існування особливостей правил поведінки окремих представників юридичної професії і необхідність наукової розробки моральних принципів їх діяльності, підкреслюючи, що специфіка професійної діяльності судді, прокурора, слідчого, адвоката пов'язана з особливими моральними ситуаціями³.

Необхідність відокремлення та закріплення етичних засад адвокатської професії, на наш погляд, є очевидною, оскільки професія ця є публічною, а тому, як справедливо стверджує М. Барщевський, «поведінка адвоката-громадянина повинна бути такою ж бездоганною з точки зору суспільної моралі, як і поведінка адво-

¹ Див.: Варфоломєєва Т. В. Адвокатський законопроект фінішує // Адвокат. – 2004. – № 6. – С. 4, 5.

² Див.: Адвокатура в Україні // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2000. – № 1. – С. 50–85.

³ Див.: Варфоломєєва Т. В. Юридична деонтологія // Адвокат. – 2004. – № 8. – С. 44.

ката-професіонала у взаємовідносинах із судом, колегами чи клієнтами»¹. Інше питання: в якому документі повинні фіксуватися етичні правила? Вважаємо, що доцільно закріпити основоположні принципи адвокатської етики в тексті оновленого Закону «Про адвокатуру» з тим лише зауваженням, що об'єднання адвокатів, враховуючи характер завдань, які виконуються їх членами, у своїх статутах можуть деталізувати зафіксовані в законодавчому акті положення.

Серед основних принципів адвокатської етики, які підлягають закріпленню на законодавчому рівні, можна вирізнити: 1) незалежність; 2) дотримання законності; 3) домінантність інтересів клієнтів; 4) неприпустимість представництва клієнтів із суперечливими інтересами; 5) конфіденційність; 6) компетентність та добросовісність; 7) чесність і порядність; 8) повагу до адвокатської професії; 9) культуру поведінки; 10) обмежене рекламування діяльності адвокатів.

Здійснення адвокатами своїх функцій відповідно до будь-якого із зазначених принципів вимагає від них, по-перше, дотримання правил, які стосуються їх професійної діяльності, і, по-друге, врахування загальновизнаних моральних норм. Так, принцип незалежності передбачає, з одного боку, свободу адвоката від будь-якого зовнішнього впливу, тиску чи втручання в його професійну діяльність державних органів, а з другого — вимагає від нього недопущення у своїй професійній діяльності компромісів, що применшували б його незалежність, з метою догодити суду, іншим органам влади, якщо такі компроміси розходяться із законними інтересами клієнта і перешкоджають належному наданню йому правової допомоги.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що закріплення в законах стандартів функціонування адвокатури, визнаних на міжнародному рівні, сприятиме забезпеченню виконання українськими адвокатами своїх обов'язків так, як це прийнято в будь-якому цивілізованому суспільстві. Зазначені стандарти доцільно поділити на такі, що визначають засади (1) організації та (2) діяльності адвокатури в Україні, і саме в такому вигляді навести їх у тексті оновленого Закону «Про адвокатуру». Разом з тим у процесі запровадження цих стандартів слід враховувати, що вони тісно пов'язані між собою, оскільки тільки організована відповідно до певних принципів адвокатура здатна повноцінно виконувати покладені на неї специфічні функції.

Надійшла до редколегії 15.09.04

¹ Барцевский М. Ю. Адвокатская этика. — М., 1999. — С. 150.

Шлях пошуку єдності в різноманітності світу явищ

Завдяки професору В. Титову, який у наш прагматичний час зробив вдалу спробу поринути в сиву давнину з метою простежити за історичними, культурними, релігійними, філософськими, соціальними, економічними та правовими витоками логіки, у науковому житті відбулася неабияка подія¹.

Специфіка логіки бачення науковця (особливо — гуманітарія) полягає в її непомітності. Вона, як «сірий кардинал», постійно і ненав'язливо присутня від самого початку і до завершення будь-якого процесу мислення, а відтак — завжди. Вивіреність, продуманість висновків, обґрунтованість міркувань і доведеність своєї позиції досягаються в процесі мислення лише внаслідок володіння методологією та логічними конструкціями. І коли на наш розгляд подається наукова праця, ми її сприймаємо як певний внесок у науку, немовби автоматично застосовуючи введenu в нас логічну програму. При цьому добротну наукову працю немає необхідності аналізувати на предмет належного задіяння логічних конструкцій. І навпаки, коли перед нами недосконала праця, одразу впадають в око відсутність логічних зв'язків, недодержання правил логіки тощо. Логіка супроводжує всі розсуди, і доведеність її застосування до автоматизму — головне її призначення.

Проте набуття такого значення цією наукою наук для мисленого процесу особи і взагалі для суспільства має свої канони, які відшліфовувалися століттями і дійшли до нас як надбання цілих пластів культур, духовного життя, мислеформ. Існування в суспільстві, безперечно, накладає свій відбиток на індивідуума, а отже, — на його процес мислення, а відтак — на виданий ним продукт духовної творчості. Соціальний вплив є настільки багатограним, що про це можна говорити скільки завгодно, але охопити все разом дуже складно. Це і родинні стосунки, і психофізіологія, і релігійні погляди, і соціально привабливі орієнтири, і рівень освіти,

¹ *Титов В. Д.* Логическое знание в его социально-исторической детерминации. — Харьков: Регион-информ, 2004. — 259 с.

і багато іншого. З огляду на існування постійних змін цих критеріїв для будь-якого індивідуума, розвиток їх самих і перебування кожного в постійному процесі руху хоча б за означеними складовими стає зрозумілою складність самої постановки мети дослідження — виявити певні загальні тенденції у формуванні логічних процесів. Надзвичайна складність цих завдань обумовлена соціальним середовищем, в якому перебуває індивідуум, із його закономірностями, критеріями цінностей, їх формуванням та перетворенням, взаємним впливом різних аспектів соціального буття на мислені процеси та їх результати, проведення всього зазначеного через жорна оцінок, які також є продуктом соціуму — і далі по спіралі взаємозалежностей.

У книзі В. Титова розглядаються питання формування знань, а тому — його об'єкти, суб'єкти, процес і результат. Кожен з цих елементів не простий, тим більш, якщо враховувати багатофакторність їх розгляду. Вони супроводжують постійно хвилюючі всіх і будь-кого розуміння істини, істинності знань, критерії цього, а також пов'язані з ними поняття справедливості, розумності, добросовісності — що є майже споконвічними категоріями і мають неперевершене значення й сьогодні в громадянському суспільстві, і тому зафіксовані як основні засади цивільного законодавства в Цивільному кодексі України.

Простежити за витокami логічних знань з глибини століть — завдання нелегке, тим паче, що доводиться черпати з тих джерел, які дійшли до нас певною мірою деформованими наступними баченнями. Тобто неминучим є проникнення крізь пласти суб'єктивних оцінок як утілення попереднього в наступне. Це надзвичайно важко, але необхідно, щоб спробувати зрозуміти, чому саме такі підходи застосовуються в наш час, що їм сприяло і що заважало іншим підходам, які не були розвинуті подальшим вектором розвитку логічних канонів.

У книзі В. Титова завдання логіки полягає й у виявленні не тільки інтерсуб'єктивної відповідності того, що спостерігається, і розумових конструктів, а й у простеженні на різних стадіях цивілізації спочатку логіко-гносеологічної, а потім і морально-юридичної компоненти. Для цього автору доводиться просуватися через терни релігійних поглядів, утілених у субстанції численних богів і ті засоби, які їм відповідають, — від інтуїтивного впевнення в чомусь, від значення зору (тобто зовнішнього) до пасивного вбирання істини, її черпання з внутрішніх джерел.

Це й більш широка проблематика співвідношення внутрішнього та зовнішнього, що проявляє себе у багатьох школах, зокрема і

в діаметрально протилежних позиціях, — скажімо, що стосується понять «ніде» та «всюди», які хоча і є протилежними, але по своїй суті єдині. Або, що ближче до християнської традиції — Бог зовні чи Бог усередині нас. Тобто, так можна вийти й на інший рівень розсудів про протилежності, які немовби виключають одна одну, але в самій своїй суті є породженням єдиного, бо без однієї сторони друга (або уявлення про неї) існувати не може. Тому так дивно на перший погляд звучить східна фраза «оплески однієї долоні».

Проблема протилежності існувала й триває, і важливою вона є для мегасоціальних процесів, у тому числі в історико-логічному аспекті. Так, скажімо, досягнення технологічних вершин у країнах Заходу часто призводить до відчуття безглуздості всього цього. Навпаки, глибини бідності в тих країнах, в яких езотеричні традиції тяжіють до руху розуму в глибину на шкоду всьому зовнішньому, призводить до низького рівня життя, хвороб і страждань. Тому ці протилежні стани породжують і протилежні тенденції — новий виток духовності в технологічно розвинутих країнах, навіть прагнення подолати суперечності між східними та західними містичними традиціями. Прикладом цього є захоплення буддизмом, йогою та кришнаїзмом у країнах Європи та Америки. З другого боку, в Індії, Китаї, Японії все більше перестають цікавитися медитацією, а спрямовують свій розум на технологічні досягнення. Освоєння мешканцями цих країн сучасного наукового рівня співіснує з протилежною течією — прагненням західних геніїв довідатися, що таке медитація, і навчитися поринати у внутрішній простір. І кожна з тих тенденцій знаходить своє обумовлення (в тому числі логічне) і є закономірним виразом суспільних зв'язків у їх історичному та часово-просторовому ракурсах.

І це — враховуючи іноді справді несумісні властивості та якості. Так, обумовленість у нашому західному розумінні є необхідною передумовою відмінності одного явища від інших, простеження причинно-наслідкових зв'язків між якими впливає на їх розуміння. Навпаки, східна психологія і містичні традиції виходять з обумовленості як наслідку концентрації на чомусь, як санскари, як враження, а відсутність концентрації, тобто пасивна усвідомленість дозволяє людині проходити через світ, а не світу через людину.

Цікавим є багато інших аспектів проблематики, що розглядається в роботі. Серед них можна також вказати на об'єкт та суб'єкт, котрі сприймаються як протилежні категорії, але їх формування також пов'язане з різними обставинами і є різним для різних

культур та традицій. Так, якщо для нас об'єктом є те, на що спрямовані прагнення, мета, дія, то для численних східних традицій це не так однозначно. Прикладом цього є навіть відмова від зрозумілого нам процесу самопізнання, який вважається абсурдним, оскільки ми не можемо знати самість, бо самістю завжди є знаючий, і її не можна звести до того, що пізнається, тобто її не можна звести до об'єкта.

Такий аспект зміни місцезнаходження протилежностей важливий в будь-якому сенсі, а тим більш в юриспруденції, бо змішування об'єкта та суб'єкта, заміна одного іншим може потягти суттєві наслідки. Ми це спостерігаємо сьогодні хоча б на прикладі поняття підприємства, яке із суб'єкта перетворилося в цивільно-правовому регулюванні на об'єкт, а в регулюванні іншими галузями законодавства залишилося суб'єктом, хоча іноді й розуміється як об'єкт.

Отже, традиційно різні підходи, породжуючи різні методології та логічні зв'язки, проте мають споріднене коріння, в тому числі логічне, яке можна виявити і слід враховувати, що й робиться в книзі В. Титова.

Значущими є також інші проблеми, висвітлені в рецензованій роботі. Це і монополізація знань від часів жерців, які їх зосередили в своїх руках і утримували без доступу до них мас; і надзвичайно цікава для сучасності проблематика схоластики, із якою важко було впоратися давньогрецьким і давньоримським філософам і з якою вивірені логічні конструкції набули настільки істотного значення, що в чистому вигляді без урахування розумності, справедливості та інших морально-етичних категорій та здорового глузду почали використовуватися на шкоду буттю, особливо в юридичних процесах. Тому сучасні тенденції відновлення категоріальних поглядів на необхідність урахування справедливості, доцільності, дійсної волі осіб при вступі їх у правовідносини має важливе значення.

Завжди було й залишатиметься важливим з'ясування обґрунтованості переваг першого серед інших (або, як кажуть, серед рівних), прагнення до одиничності (однозначності) в існуванні у середовищі множинності. Це скрупульозно простежується в рецензованій книзі на прикладі переходу від багатобожжя до одного бога, до формування понять єдиного Бога і навпаки — простеження інших тенденцій від підтримання язичеських традицій поряд із християнськими до поєднання елементів різних релігій з поясненням цього відсутністю на загальному рівні суперечностей, адже Бог єдиний.

Такі суто теологічні теорії проте відіграють суттєву роль у соціумі і, зокрема, в царині права. Переваги, заміщення (або зміщення) критеріїв цього, що бачиться як процес, котрий триває й поширюється, сьогодні малодосліджені, а їх закономірності розпливчасті. Однак їх існування в соціоекономічному просторі має важливі наслідки і регулюється і цивільним законодавством, і законодавством про економічну конкуренцію. Проте вони виникли не сьогодні і не внаслідок ринкових процесів, а відомі здавна. Моделювання їх впливу відбувалося в давніх релігіях та культурах, про що доводиться в рецензованій роботі. Показовим гармонічного поєднання «розмонополізації» впливу того чи іншого начала (або божества) є багато релігій — зороастризм; існування разом в єгипетській, в індійській та інших релігіях протилежних за призначенням богів, наприклад, сонячних (благосних) та місячних. У ведантизмі виникла розвинута картина світу, а ведичні боги являли собою цілий пантеон, що пізніше подібним чином було сформовано у грецькій міфології. А в Індії боги постійно замінювали один одного залежно від сфери прикладення своїх зусиль, однак без конфлікту виявлення першості, оскільки мислилися єдиним. Тобто вони мали моністичний початок у дуалістичній, триєдиній (і не тільки) формі. Якщо б при впливі на формування сучасних процесів хоча б на концептуальному рівні враховувалися надбання попередніх культур, можна було б позбавитися їх вульгарного сприйняття і, використовуючи логічні закономірності, спрямовувати ці процеси у належному руслі.

В. Титов вишукано маневрує між науковим, філософським та езотеричним, тримаючи в руках Аріаднину нитку логіки. У всякому історичному ланцюгу є те, що вплинуло на логічне становлення духовного життя. Однак кожного разу, коли читач слідкує за думкою автора, за його пошуком «логічного екстракту» в культурах, релігіях та філософських поглядах, його не покидає відчуття, наскільки важливо підібрати свої підходи з урахуванням цих різних позицій. Згадаймо хоча б те, на що обернулося суто теологічне (тобто не зі сфери філософії, а значить мислених процесів) незаподіяння шкоди. Крім того, що в цій позиції про добро не йдеться взагалі (тобто тут немає порівняння протилежностей), вона в певних релігіях абсолютизувалася до такої міри, щоб підмітати перед собою при ходьбі, аби не роздавити комах. У Л. Толстого джайнізм перетворився на теорію непротівлення злу насиллям. Однак виведена вона була на рівні розуму, а не релігії, тому граф працював коло

землі та вчиняв інші дії, які вважав соціально придатними. Саме в цьому, в цій демонстрації себе як соціального елемента зі своїм баченням призначення, перегляду християнських поглядів уже й полягала суперечність.

На цьому прикладі я би вказала на такий важливий аспект цієї сфери дослідження, як те, що деякі з її складових взаємовиключають або відвертають первісні вихідні витoki один від одного. Прикладом цього є наука та релігія, постулати яких часто прямо протилежні, а логічні міркування першої аж ніяк не пристосовані до тверджень другої. І якщо й можна в чомусь закинути автору цього надзвичайно цікавого дослідження, так це його логічні висновки щодо логічних матерій у не властивих для логіки сферах. Тому напевно чи можна сказати, що на ранніх етапах формування культур і релігій давнини (як, власне, і численних несоціалізованих релігій сучасності) у них ще не встановилася логічна традиція. Очевидно, не можна стверджувати, що ті чи інші містичні погляди, методи, технології нелогічні, або алогічні, непослідовні. Такі зроблені логіком висновки з позицій цієї науки дійсно є правильними. Але одночасно й не можуть бути такими, бо ми застосовуємо зрозумілі нам прийоми та підходи до тієї сфери, в якій вони не можуть застосовуватися. В цій сфері (якщо її не сприймати як продовження соціуму) діють інші (не протилежні, а саме інші) закони.

Хоча й у цьому автор за великим рахунком правий, оскільки, на мій погляд, важливим при використанні релігійних джерел (звичайно та записів) є те, що Ісус не був християнином, а Будда — буддистом. Ці релігії сформовано як такі пізніше, а багато їхніх канонів вироблені ще пізніше або взагалі переглянуті. Крім того, вони розгалужуються на ортодоксальні та новітні і для кожного наступного періоду розвитку суспільства поповнюються іншими різновидами. І кожен з них прагне по-своєму осмислити ті істини, які виходять із родоначальників релігій.

Однак чи не ефемерною є в такому разі сама постановка питання про знайдення законів істинності? Чи може взагалі ця проблематика пошуку істини перетворитися на виявлення її характеристик як філософсько-логічної категорії? А саме цим протягом тривалого часу займаються філософи. Проте істина, як вода крізь пальці, просочується й залишає за собою навіть не сліди, а щось таке, що свідчить про якісь пройдені процеси. Це наполегливе прагнення філософів нагадує спроби алхіміків, які відкидає наука. Намагання ж філософів тривають і пошуки продовжуються.

Логіка ж при цьому виступає в ролі спостерігача, який може констатувати факти і робити висновки про те, наскільки це вдалося зробити тим чи іншим, і чому в той чи інший проміжок часу різні езотеричні та філософські течії зазнали хто краху, хто забуття, а хто і відновлення.

Мислення притаманне як філософії, так і логіці. Однак для першої воно є процесом для процесу, а для другої — начебто механізмом, побудовою. Якщо перша — міжнаукова (а не наднаукова) і ніколи не знає спокою (як Вічний Жид), то логіка має справу з голими фактами: ось так розвивалося мислення, так вдосконалювалося й ось такі способи дозволили більше і точніше обґрунтувати висновки.

Логіка — точна наука, і вона не втягується в безперервні дискусії між численними теоріями.

Якщо врахувати при цьому відмінність філософських та релігійних поглядів із різними наслідками їх впливу на соціальні дії суб'єктів, стає очевидним, що не кожен би з наших сучасників осмілювався заглибитися в таку товщу проблем. Тим більше, розглянути їх крізь призму виявлення вікових закономірностей вироблення логічних конструкцій.

І саме постановка автором мети охопити разом усе середовище людини є єдино вірною, бо інше в будь-якому разі свідчило б про односторонність висновків. На те автор і є Логіком, що він проводить читача крізь пласти давніх культур, показуючи їх особливості, але не збиваючись із заданого шляху, щоб вивести його з цього екскурсу стежкою логіки (а не історії, етики, езотерики та ін.).

На жаль, межі рецензії не дозволяють висвітлити численні категорії, які розглядаються в книзі про логічні знання. Це й поняття часу з його впливом на становлення вчення про строки, і способи досягнення рівноваги, що набуває особливого значення сьогодні при розподілі сфер впливу публічних та приватних засад у праві, тощо. Автор і сам іноді проводить паралелі логічних закономірностей Давнини і Середніх віків із сучасними процесами. І це важливо, бо наступництво в знаннях та надбаннях від попередніх поколінь свідчить про наш рівень, досвід і взагалі про те, що ми є елементами історії Людства.

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПрН України,
доктор юридичних наук, професор НЮА України

Видання, яке заслуговує на особливу увагу

Подія, яку з нетерпінням очікували представники вітчизняних правоохоронних органів, відбулася. Нарешті зусиллями відомого колективу кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого підготовлена і опублікована «Настільна книга слідчого» — перше з часів незалежності нашої держави спеціалізоване довідкове науково-практичне видання для слідчих і дізнавачів¹.

Актуальність і своєчасність виходу у світ зазначеного науково-практичного посібника не викликає сумніву. Сучасний стан розвитку криміналістичної науки, розроблення нових методик розслідування окремих видів злочинів, розширення сфери застосування спеціальних галузей знань у практику протидії злочинності потребують узагальнення та систематизації напрацьованого матеріалу і доведення його до головних користувачів — слідчих, дізнавачів, експертів тощо. З цим завданням, як видається, вельми успішно впорався авторський колектив. Праця відзначається високим теоретичним рівнем. У ній викладено оригінальні підходи до висвітлення окремих проблем, більшість з яких є особистими розробками самих авторів. Теоретичні положення видання спираються на результати узагальнення судової, слідчої та експертної практики. Зміст посібника зорієнтований на надання відповідної допомоги представникам правоохоронних органів, що ведуть боротьбу зі злочинністю.

Матеріал у науково-практичному посібнику викладено достатньо стисло, дохідливо, з чітко визначеною практичною спрямованістю, що істотно відрізняє його зміст від змісту підручників з криміналістики останніх років. Є необхідні фотознімки, схеми, додатки. Деякі теоретичні висновки ілюструються прикладами слідчої практики.

Позитивним аспектом роботи є і те, що вона побудована відповідно до специфіки і потреб діяльності слідчих, тобто зорієнтована на задоволення їх потреб у передових розробках криміналістики, юридичної психології, судової експертизи. Такий підхід заслуговує на підтримку. При цьому головне місце у посібнику посідають

¹ Настільна книга слідчого: Науково-практичне видання для слідчих і дізнавачів / Панов Н. І., Шепітько В. Ю., Коновалова В. О. та ін. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003.

методики розслідування окремих видів злочинів як традиційних, так і нових, тих, що з'явилися із введенням у дію Кримінального кодексу України 2001 р. Самі методики представлені як на видовому, так і на підвидовому рівні в певному уніфікованому вигляді: криміналістична характеристика, типові версії, слідчі ситуації, системи слідчих дій, що надало можливість спростити процедуру пошуку необхідного матеріалу і стандартизувати механізм його сприйняття. Зокрема заслуговують на увагу такі окремі криміналістичні методики, як розслідування вбивств на замовлення, розслідування вбивств, пов'язаних з інсценуванням, розслідування вбивств при відсутності трупа, розслідування вбивств, пов'язаних із виявленням частин розчленованого трупа, тощо.

Найбільш яскравим підтвердженням позитивної оцінки розглянутого науково-практичного посібника є та популярність, яку він набув у практичних працівників з часу свого опублікування. Дійсно, це видання на сьогодні без перебільшення користується найбільшим попитом як у досвідчених слідчих, так і у початківців. Кожний з них вважає за потрібне звірити свої знання з тими положеннями, що викладені на сторінках цієї роботи, скористатися висловленими в ній рекомендаціями. Це зайвий раз переконливо свідчить про значущість робіт такого рівня. Більш того, практика вже зараз відчуває нагальну потребу в перевиданні цього науково-практичного посібника, розширенні предмета його дослідження, з тим щоб і нові покоління слідчих на його базі мали змогу поповнювати свої знання, вдосконалювати професійні навички.

В. Синчук, прокурор Харківської області,
державний радник юстиції 3-го класу

Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні»

25 травня 2004 р. Інститут державного будівництва та місцевого самоврядування, Академія правових наук України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого та Харківська міська рада провели в м. Харкові міжнародну науково-практичну конференцію «Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні», в роботі якої взяли участь 2 академіки АПрН України, 6 членів-кореспондентів АПрН України, 7 докторів наук, 51 кандидат наук, понад 30 учених-юристів та співробітників органів місцевого самоврядування.

При відкритті конференції до її учасників із привітанням звернувся Президент АПрН України, ректор НЮА України **В. Тацій**. Він зазначив, що сьогодні існує нагальна потреба в запровадженні повноцінного місцевого самоврядування на регіональному та районному територіальних рівнях; наданні районним і обласним радам права створювати власні виконавчі органи, як це передбачено Європейською хартією місцевого самоврядування. Водночас він підкреслив, що необхідно чітко розмежувати компетенцію між органами публічної влади на місцях на основі принципу субсидіарності; завершити перерозподіл повноважень між органами місцевого самоврядування і місцевими органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування різного територіального рівня на засадах децентралізації та деконцентрації. Нині в державних інституціях, органах місцевого самоврядування, громадськістю обговорюється проект Національної стратегії реформування системи територіальної організації влади в Україні, який розроблено на основі критичного аналізу діяльності місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування упродовж 1999–2003 рр. з урахуванням європейських стандартів щодо організації місцевих органів влади. Передбачені проектом зміни повинні не тільки оптимізувати систему органів публічної влади на місцях і виключити будь-яке дублювання функцій та повноважень між ними, а й істотно демократизувати зміст їх діяльності, підвищити її ефективність.

Проблема удосконалення системи територіальної організації публічної влади в Україні в аспекті конституційної реформи була піднята у доповідях академіка АПрН України **Ю.Тодики** і доцента **С. Серьогіної**. На думку **Ю.Тодики**, конституційно-правова реформа, в тому числі щодо місцевого самоврядування, має бути зорієнтована на права особи. Методологічна обме-

женість аналізу місцевого самоврядування як публічно-правового інституту полягає в тому, що цей аналіз спрямований виключно на публічні інтереси і не завжди враховує самостійне значення особи в системі місцевого самоврядування. Реформування місцевого самоврядування має здійснюватися з урахуванням ст. 5, яка встановлює, що через органи місцевого самоврядування реалізується народовладдя, та ст. 7 Конституції України, яка закріплює, що в Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування. Безумовно, в процесі реформи необхідно чітко розмежувати повноваження органів місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій. С. Серьогіна підкреслила, що політична реформа має знайти своє логічне продовження в удосконаленні владних відносин на рівні областей, районів, міст, селищ, сіл, адже саме тут найбільш виразно проявляється ефективність влади, її здатність продемонструвати свої можливості через надання якісних управлінських послуг. Передумовою досягнення збалансованості загальнодержавних інтересів з інтересами регіонів та територіальних громад є формування і впровадження виваженої державної політики щодо регіонів, особливо в аспекті фінансового забезпечення їх соціально-економічного розвитку, узгодженості повноважень і дій органів регіонального управління та місцевого самоврядування, розвитку самоврядних інституцій. Державна регіональна політика має надати динамізму регіональному соціально-економічному розвитку через більш повне залучення ресурсного потенціалу регіонів, використання переваг територіального поділу й кооперації праці.

У доповіді «Правове забезпечення реформування територіальної організації влади» директор Інституту, член-кореспондент АПрН України Ю. Битяк підкреслив, що започаткована в державі політична реформа практично охоплює тільки владні механізми загальнодержавного, центрального рівня, не торкається регіонів та місцевого самоврядування. Разом з тим сучасний стан державотворення вимагає якісного перетворення не лише на загальнодержавному, а й на територіальному (регіональному) та місцевому рівнях, оскільки місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування мають безпосереднє відношення до створення дійових гарантій реалізації прав і свобод людини і громадянина. Продовження політичної реформи, безумовно, має знайти своє місце в удосконаленні адміністративно-територіального устрою, управління на рівні областей, районів, міст, селищ, формуванні та проведенні виваженої державної політики щодо регіонів. Світовий і вітчизняний досвід показує, що ефективно державотворення, системні реформи можуть бути дійовими лише тоді, коли до них залучаються суспільні відносини та інституції на територіальному рівні.

Проблемам новелізації статусу місцевого самоврядування було присвячено доповідь доцента П. Любченка. Реформування правового статусу місцевого самоврядування, на його погляд, повинно здійснюватися передусім за такими напрямками: удосконалення правового статусу територіальних громад, органів місцевого самоврядування з урахуванням принципів субсидиарності, децентралізації та деконцентрації влади; визнання районних і регіональних територіальних спільнот колективними суб'єктами місцевого самоврядування; запровадження повноцінного місцевого самоврядування на регіонально-

му і районному рівнях; надання права обласним і районним радам утворювати свої виконавчі органи; реформування системи місцевих органів виконавчої влади з позбавленням цих органів повноважень місцевого самоврядування, переорієнтація їх на здійснення контрольних функцій та реалізацію повноважень щодо розвитку регіонів; запровадження прозорих процедур прийняття і виконання управлінських рішень; адаптація національного законодавства з питань місцевого самоврядування, регіонального розвитку до норм і стандартів Євросоюзу.

Професор І. Жилінкова у доповіді «Транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування» відзначила, що Україна повинна підтримувати та заохочувати транскордонне співробітництво між територіальними громадами або властями, а також прагнути до усунення юридичних, адміністративних або технічних труднощів, які можуть затримати розвиток та безперешкодне здійснення транскордонного співробітництва. Крім того, мають додержуватися певні вимоги щодо інформаційного забезпечення транскордонного співробітництва, а також здійснюватися необхідні організаційні заходи, спрямовані на його реалізацію. Транскордонне співробітництво суб'єктів місцевого самоврядування, якщо воно здійснюватиметься відповідно до міжнародних стандартів, може стати важливим кроком на шляху інтеграції України в європейське співтовариство.

У доповіді «Комунальна власність — один з видів права власності в Україні» доцент В. Борисова підкреслила, що комунальна власність — це самостійний вид права власності, суб'єктами якої виступають територіальні громади. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» визначає територіальну громаду як сукупність жителів, об'єднаних постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр. До набуття права комунальної власності застосовуються загальні положення, встановлені ст. 328 ЦК України, відповідно до якої право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Це цілком узгоджується із Законом «Про місцеве самоврядування в Україні», який встановлює, що підставою для набуття права комунальної власності є передача майна територіальним громадам безоплатно державою, іншими суб'єктами права власності, а також майнових прав, створення, придбання майна органами місцевого самоврядування в порядку, встановленому законом. Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

Головними напрямками загального підвищення ефективності механізму місцевого самоврядування, на думку доцента Д. Задихайла, є докладне організаційне і нормативно-правове відпрацювання та забезпечення застосування засобів стимулювання, в першу чергу господарської активності територіальної громади. Таке стимулювання має відбуватися за активної участі органів місцевого самоврядування, які повинні бути безпосередніми учасниками господарських відносин, а також їх організатором, координатором. Основними шляхами застосування органами місцевого самоврядування ор-

ганізаційно-правових засобів поживлення інвестиційних відносин у межах територіальної громади є: підвищення ефективності використання комунальної власності, в першу чергу нерухомого майна, включаючи цілісні майнові комплекси для використання в підприємницькій діяльності; безпосередня участь органів місцевого самоврядування в господарській діяльності міста як суб'єкта господарської діяльності, який самостійно або спільно фінансує і реалізує інвестиційні проекти; стимулювання підприємницької активності на території міста шляхом створення сприятливих правових та адміністративних режимів реалізації інвестиційних відносин.

Професор М. Кучерявенко присвятив свою доповідь проблемам співвідношення категорій «обов'язок» і «зобов'язання» при сплаті податків і зборів. При аналізі природи податкового обов'язку необхідно звернути увагу на конституційну норму-принцип ст. 67, відповідно до якої кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом. Ця норма-принцип передбачає деталізацію змісту конституційного обов'язку на рівні податкового законодавства. Коли йдеться про законно встановлений характер податків і зборів, необхідно мати на увазі декілька рівнів законодавчого закріплення: по-перше, рівень конституційного закону; по-друге, рівень норми загального закону (в цьому разі закладається модель, схема закріплення кожного податку або збору, без реалізації якої неможливо законно встановити податок або збір); по-третє, рівень спеціальної норми загального податкового закону, який закріплює виключний, закритий перелік можливих до введення на території держави податків і зборів; по-четверте, рівень спеціального податкового закону, який деталізує всі елементи правового механізму податку або збору і, власне, вводить у дію конкретний вид обов'язкового платежу.

Проблемам реєстрації права на землю була присвячена доповідь членкореспондента АПрН України М. Шульги. У правовому механізмі набуття і реалізації суб'єктивних прав на землю в умовах здійснення земельної реформи в Україні самостійне місце посідає державна реєстрація прав на землю. Як специфічна правова категорія вона виступає важливою складовою загальної реєстраційної системи держави. Основною метою реєстрації прав на землю має бути настання конкретних правових наслідків — санкціонованого державою утвердження особи як законного суб'єкта, носія відповідного права на землю, тобто легалізація, надання законної сили, узаконення статусу власника земельної ділянки чи землекористувача.

На проблемах правового регулювання діалогу влади та політичних партій в процесі реалізації їх функціональної діяльності наголосила професор Л. Герасіна. Для розуміння цілей, змісту діяльності і соціального призначення сучасних політичних партій слід з'ясувати їх подвійну природу. З одного боку, партії природно виникають унаслідок процесу диференціювання політичних інтересів і політичної структуризації соціуму, тому перш за все вони є інститутом громадянського суспільства, а з іншого — будь-яка партія є суб'єктом політичних відносин, отже, після проходження процедури виборів партії набувають шансів стати частиною (елементом) політичної системи (в структурі державної влади — як партійні фракції в парламенті, чи просуюючи своїх

активістів до органів місцевої влади, або як позапарламентська опозиція). Звідси і впливає неминуча двозначність партійної діяльності: по-перше, вона має демонструвати власні партикулярні засади, здатність відстоювати інтереси певного соціального прошарку, класу, групи; по-друге, вміти виявляти в різноманітних групових, корпоративних інтересах загальнозначущі пріоритети, враховувати політичний контекст окремих приватних інтересів і надавати їм загальнодержавного звучання. Від здатності партії знайти вірний баланс між приватнопартикулярними і загальнозначущими складовими в своїх програмних цілях, завданнях і практичній діяльності безпосередньо залежить її політична доля.

Професор О. Данильян у доповіді «Порівняльний аналіз механізмів регулювання конфліктів при тоталітаризмі і демократії» підкреслив, що у суспільстві демократичного типу однією з найважливіших властивостей є визнання припустимості конфлікту і різноманіття інтересів, що не збігаються. У демократичній системі конфлікти вбудовуються в її інститути, легальний механізм зміни влади, відіграють позитивну роль стимулятора розвитку. Така система, визнаючи конфлікти як об'єктивну реальність суспільної групи, створює умови для запобігання і регулювання конфліктів. Отже, в демократичній системі держава становить лише один з механізмів саморегулювання суспільства, заснованого на політичній, економічній і духовній свободі індивіда. Таке суспільство називається громадянським. Специфічні інтереси соціальних груп у ньому опосередковано виражаються в діяльності органів місцевого самоврядування, громадських організацій — профспілок, політичних партій, масових рухів і т. ін.

Аналізу процесу розвитку земського самоврядування в Україні була присвячена доповідь члена-кореспондента АПрН України В. Гончаренка. Він, зокрема, наголосив на тому, що після лютневої (1917 р.) демократичної революції в Росії Тимчасовий уряд розробив і затвердив основний пакет нормативних актів про реформу органів земського самоврядування, яким було створено самоврядування, що базувалося на демократичних засадах. Однак у подальшому земське самоврядування в Україні спіткала різна доля. Після перемоги радянської моделі влади земські установи в Україні були скасовані, хоча певна частина їх функцій перейшла до рад, які юридично були органами державної влади.

В обговоренні доповідей взяли участь кандидати юридичних наук, доценти Є. Алісов, І. Бодрова, Н. Писаренко, С. Погребняк, К. Соляник, М. Шульга, І. Яковюк.

За результатами роботи учасники міжнародної науково-практичної конференції прийняли рекомендації, які було розіслано вищим центральним та місцевим органам державної влади, а також органам місцевого самоврядування.

Матеріали підготували:

Ю. Битяк, директор Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПрН України, член-кореспондент АПрН України,

І. Яковюк, заступник директора Інституту з наукової роботи, кандидат юридичних наук, доцент

Міжнародна наукова конференція
«Еволюція цивільного законодавства:
проблеми теорії і практики»

29–30 квітня 2004 р. у м. Харкові було проведено міжнародну наукову конференцію «Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики», присвячену проблемам цивільного права та визначенню шляхів удосконалення цивільного законодавства.

Організаторами конференції разом з Інститутом приватного права і підприємництва АПрН України виступили Академія правових наук України, Інститут інтелектуальної власності АПрН України та Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Зважаючи на актуальність тематики, в роботі конференції взяли участь провідні учені-правознавці України, Російської Федерації та Республіки Беларусь.

Учасники конференції висловили думку з приводу нагальних проблем теоретичного праворозуміння та практики застосування норм цивільного законодавства у світлі реформування цивільних правовідносин в Україні. Основною метою конференції був аналіз співвідношення норм цивільного та господарського законодавства України, враховуючи при цьому досвід країн СНД, зокрема Російської Федерації та Республіки Беларусь.

Роботу конференції відкрив член-кореспондент АПрН України, керівник Київського регіонального центру АПрН України **О. Крупчан**, який у вступній промові наголосив на тому, що за сучасних умов важливим методологічним завданням науки цивільного права є сприяння розвитку українського суспільства, визначенню пріоритетів та вдосконаленню механізмів правового регулювання, науковому забезпеченню ефективного впливу цивільного права на подальший розвиток громадянського суспільства. З огляду на це обговорення на конференції проблем цивільно-правового регулювання суспільних відносин є вкрай корисним та актуальним. Тому у доповіді «*Проблеми взаємозв'язку приватного та публічного в цивільному праві України*» доповідач підкреслив, що сучасне цивільне право є соціальним явищем, яке не може діяти на засадах внутрішньогалузевих формально-правових уявлень. Цивільні правовідносини є відносинами, які відображають гармонійну єдність приватних та публічних інтересів, тому в подальшому слід зосередити увагу на проведенні досліджень у галузі методології цивільного права під кутом взаємодії з публічним правом. Набуття чинності Цивільним кодексом України (далі — ЦК), який створено відповідно до європейських стандартів, першочерговим завданням робить проведення наукових досліджень з проблем реалізації прав людини. Діалектичний взаємозв'язок приватного та публічного права забезпечує оптимальне закріплення у чинному законодавстві та подальшу реалізацію відповідних ідей і принципів цивільного права (справедливості, добросовісності, розумності). Допповідач дійшов висновку про те, що приватні та публічні суспільні відносини встановлюються через систему зв'язків суб'єктів права, але не слід забувати, що в кожній із сфер суспільного життя існують публічні інститути, які мають владний характер,

що дозволяє ефективно впливати на приватні відносини та інтереси. Відтак, приватне за своїм змістом цивільно-правове регулювання має органічно поєднуватися з публічно-правовим регулюванням.

З ґрунтовною доповіддю *«Проблеми гармонізації цивільного та підприємницького законодавства України та країн Європи»* виступила доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПрН України Н. Кузнецова, яка зазначила, що гармонізація національного законодавства з правом Європейського Союзу є на сьогодні найважливішою проблемою, оскільки Україна вже визначила свій європейський вибір, однак внаслідок різних причин «не залучена» до числа реальних претендентів на членство в Європейському Союзі. Визначення поняття «право Європейського Союзу» є надзвичайно необхідним саме у зв'язку з осмисленням усього процесу гармонізації українського законодавства з цим правом. Вітчизняне законодавство вийшло з надр «соціалістичного права» та ще й досі має його відчутний відбиток, тому вкрай необхідно звільнитися від такого впливу, що можна зробити лише шляхом якісного та системного перетворення всього правового масиву. Українське право на сучасному етапі являє собою досить складне динамічне утворення, оскільки знаходиться в процесі глобальної правової реформи, який охопив не тільки основні галузі права, а й усю інфраструктуру правозастосування. Значною мірою трансформуються традиційні уявлення про систему права в цілому, її співвідношення із системою законодавства, її внутрішню структуру, принципи побудови і функціонування, способи і механізми реформування. Також доповідачка переконливо довела, що новий ЦК України є найпріоритетнішим актом у реформуванні українського права. Проте прийняття водночас з ним Господарського кодексу (далі — ГК) України є логічно завершеним правовим абсурдом, оскільки два кодекси мають однакову юридичну силу, але по-різному регулюють ті ж самі правовідносини.

Доктор юридичних наук, академік АПрН України, завідувачка відділу цивільного, підприємницького та трудового права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України Я. Шевченко у доповіді *«Перспективи розвитку в Україні нового цивільного законодавства в світлі здійснення ринкових реформ і впровадження нового Цивільного кодексу України»* комплексно підійшла до розкриття проблемних питань, які виникають у процесі розвитку цивільного законодавства. Важливим напрямом реформування цивільних відносин є самореалізація людини, що може знайти своє втілення у виробленні інтелектуальних продуктів. Прогресивним напрямом у реформуванні українського суспільства є розвиток права власності та спрямованість на інтелектуальне зростання особи. Прийняття в Україні ЦК є значним кроком у реформуванні цивільно-правових відносин. Позитивною новелою в ЦК є поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права, але при цьому цей поділ слід ще більше деталізувати. Доповідачка висловила особисту думку щодо ГК України, який ґрунтується на засадах відтворення господарської діяльності під керівництвом держави. Цей нормативно-правовий акт можна назвати кодексом лише умовно. Ні в яко-

му разі не можна погодитись з основним постулатом ГК про те, що предметом його регулювання є відносини господарювання, які складаються при організації і здійсненні господарської діяльності між суб'єктами господарювання. Такий підхід виправданий для підготовки зібрання законів, довідників, але аж ніяк не підходить для кодексів, головною метою створення яких є не можлива зручність у користуванні, а найбільш повне регулювання певних суспільних відносин, які стосуються певної галузі права. Концепція ЦК полягає у тому, що ним допускається існування двох видів правового регулювання економічних відносин за допомогою приватного і публічного права з переважною вагою цивільно-правових методів. ГК міг би взяти на себе завдання акумулювати положення публічного права, що стосуються різних сфер правового регулювання економіки за допомогою методів, закладених у публічному праві. Проте цього не було зроблено, що призвело до змішування правових норм.

Доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права юридичного факультету Беларського державного університету **В. Чигир** у доповіді «*Цивільний кодекс Республіки Беларусь та шляхи його вдосконалення*» зупинився на порівнянні цивільних кодексів країн СНД, зокрема Російської Федерації, України, Республіки Казахстан та Республіки Беларусь. У ЦК Республіки Беларусь було закладено Модельний цивільний кодекс СНД. ЦК Республіки Беларусь побудований за принципами багаторівневого регулювання майнових товарно-грошових вартісних відносин на підставі узгодженості цих принципів з ЦК для того, щоб його дефініції та основні положення не повторювались у різних кодексах. З цього приводу доповідач зауважив, що у ГК взагалі не повинні повторюватися дефініції та положення, закріплені ЦК, або мають бути відповідні відсилання до нього, і зробив висновок про те, що недотримання цих правил з прийняттям ГК України призвело до того, що одні й ті самі поняття та положення у ЦК України та ГК України неоднакові, наприклад щодо організаційно-правових форм комерційних юридичних осіб.

Доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України, головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління **В. Луць** докладно зупинився на Тенденціях розвитку договірного права в Україні в сучасних умовах. Він акцентував увагу на тому, що договірне право є одним із центральних інститутів цивільного права і посідає чільне місце в процесі гармонізації національного законодавства з європейським правом. Доповідач виділив дві позитивні тенденції у регулюванні договірних відносин, які внесли ЦК України та ГК. По-перше, це розширення сфери регулювання договірних відносин, поява нових договірних інститутів: комерційної концесії, факторингу. По-друге, в ЦК в окремий підрозділ виділено загальні положення про договори. Але при цьому не потрібно зупинятися на досягнутому, слід продовжувати працювати і далі в напрямку вивчення та імплементації у національне законодавство норм міжнародно-правових актів, що стосуються договірних відносин, зокрема Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених у рамках УНІДРУА, які вже

існують і довели ефективність свого застосування. При існуючих позитивних зрушеннях залишаються нез'ясованими деякі моменти. Господарський договір згадується як в Господарському, так і в Господарському процесуальному кодексах України, але на сьогодні ніхто не може дати однозначного тлумачення цьому поняттю. Отже, на думку доповідача, доречно було б нормативно закріпити визначення господарського договору в ГК України. Також істотною проблемою є наявність у ГК своєрідного групування господарських договорів, яке суттєво відрізняється від класифікації цивільно-правових договорів, закріпленої в ЦК України. Таким чином, відбулось паралельне регулювання окремої сфери діяльності певних відносин у Цивільному та Господарському кодексах України. Отже, першочергове завдання полягає в тому, щоб уникнути дублювання і суперечностей, які вже існують у цих кодексах.

З доповіддю «*Значення концептуальних засад нового Цивільного кодексу України в процесі його застосування*» виступив доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України, завідувач кафедри міжнародного приватного та митного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка А. Довгерг, який зазначив, що основні концептуальні засади нового ЦК України запозичені із європейських правових традицій та європейської правової культури і відомі сьогодні як правовий аспект *acquis communautaire*. Це правові засади, від яких людство ні в якому разі не відмовиться. До цінностей правової культури *acquis communautaire* належать ідеї самостійності і вищої цінності права; верховенства права, зокрема поділ права на природне і позитивне, де природне право має перевагу над позитивним, а позитивне право повинно відповідати природному праву; поділу права на приватне і публічне; правового закону та правової держави. Прийняття Україною Конституції та ратифікація Конвенції про захист прав і основних свобод людини підтверджують визнання у державі поділу права на природне і позитивне. Також позитивним моментом є сприйняття Україною ідей *acquis communautaire*, що знайшло своє втілення у прийнятті в цьому році Закону України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу». Законом передбачено утворення відповідних інституцій та інших додаткових заходів, необхідних для ефективного правотворення та правозастосування з метою досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом до держав, які мають намір вступити до нього. Також доповідач зупинився на проблемі поділу права на галузі, зазначивши, що правова традиція Європи не сприймає поділ права на галузі. Так, у Франції існує 60 кодексів, але при цьому ніхто не проголошує їх галузями права, оскільки вони передусім є сферою людської діяльності, де діють приватні і публічні комплекси норм. Таким чином, поділ права на галузі не відповідає європейському розумінню поділу права, бо цивільним або приватним правом регулюються всі майнові відносини, незалежно від сфери, де вони складаються. Європейська культура і європейська традиція завжди розглядають прецедент як джерело приватного права. У зв'язку з цим доповідач зупинився на визначенні джерел права і необхідності обов'язкового застосування судами України прецедентів при

вирішенні спорів, що дасть суду можливість творити право. В контексті своєї доповіді автор вважає, що ЦК України треба тлумачити через основні досягнення європейської правової культури.

Доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права № 1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого І. Спасибо-Фатєєва у доповіді *«Питання оптимізації законодавства: догма, системність та гармонізація»* приділила увагу співвідношенню приватного та публічного законодавства, зазначивши, що відсутність єдиного підходу до розуміння ролі та значення приватного права призводить до того, що законодавство постійно перебуває у розбалансованому стані (що і спостерігається у сучасній Україні). Найяскравішим прикладом цього є суперечності між ЦК України та ГК України. Доповідачка відмітила, що мають місце численні випадки невідповідності приватних та публічних засад у регулюванні одних і тих самих або суміжних відносин. У зв'язку з цим було приділено увагу класифікації правовідносин та обґрунтовано недовіру загальнотеоретичного підходу до розмежування права на галузі (цивільного, трудового, сімейного, фінансового, адміністративного та багато інших). Доповідачка підкреслила, що право повертається тим чи іншим ракурсом до тих відносин, які мають відповідні властивості (рівність сторін — ч. 1 ст. 1 ЦК або влади і підкорення — ч. 2 ст. 1 ЦК України). Отже, законодавство повинно враховувати цю якість права, не нехтувати єдиними його витоками, а гармонізувати публічне з приватним на рівні, починаючи з основних засад та пріоритетів, до узгодженості термінів, важелів та механізмів.

Доктор юридичних наук, професор, академік Академії наук вищої школи, завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, професор О. Дзера в доповіді *«Чи потрібна цивільно-правова конфіскація у новому Цивільному кодексі України»* проаналізував питання конфіскації майна у Цивільному, Земельному, Кримінальному, Митному, Господарському кодексах України, а також Кодексі України про адміністративні правопорушення. Доповідач дійшов висновку про те, що положення стосовно конфіскації майна у ЦК України та ГК України є вразливими і потребують подальшого вдосконалення. Зокрема, постає питання про доцільність введення конфіскаційних санкцій у разі визнання певних правочинів недійсними. Зважаючи на недосконалість українського законодавства, доповідач запропонував використати досвід Республіки Казахстан з питань застосування цивільно-правової конфіскації за рішенням чи вироком суду.

Заслухавши доповіді пленарного засідання, учасники конференції продовжили роботу в секціях.

Робота першої секції була присвячена загальним проблемам цивільного права. На засіданні секції виступили: кандидат юридичних наук, завідувач сектору теорії приватного права НДІ приватного права і підприємництва АПрН України О. Юлдашев з доповіддю *«Зняття дихотомії між Цивільним та Господарським кодексами (від протистояння до гармонії)»*; кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права, старший науковий спів-

робітник Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу **Р. Стефанчук** з доповіддю *«Особисті немайнові права фізичних осіб як системна сукупність»*; кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права **С. Русу** з доповіддю *«Furtum та damnum iniuria datum за римським приватним правом та їх рецепція у сучасне цивільне право України»*; кандидат філологічних наук, завідувач науково-організаційного сектору НДІ приватного права і підприємництва АПрН України **Янчук І.А.** на тему *«Вітчизняна юридична термінологія в аспекті лінгвістичного дослідження (за новим Цивільним кодексом України)»*; старший викладач з правознавства Вінницького державного педагогічного університету імені Михайла Коцюбинського **С. Сергійчук** з доповіддю *«Роль революційних трибуналів у державній політиці адміністрування цивільних правовідносин у період НЕПу»*; аспірант Московської державної юридичної академії **А. Бесєдін** з доповіддю *«Деякі проблеми уніфікації договірної права країн-учасниць СНД»*; аспірант, молодший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПрН України **Р. Сивий** з доповіддю *«Інтерес як критерій виокремлення приватного права в системі права»*.

Робота другої секції була присвячена проблемам становлення і розвитку окремих інститутів цивільного права. Заслужують на увагу виступи учасників конференції: члена-кореспондента АПрН України, кандидата юридичних наук, доцента кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **М. Сібільова** на тему *«Правові питання зміни, розірвання та відмови від договору за новим Цивільним кодексом України»*; доктора юридичних наук, доцента кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка **Р. Майданіка** на тему *«Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України»*; кандидата юридичних наук, заступника директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва АПрН України **М. Галянтича** на тему *«Розвиток житлового законодавства України: цивільно-правові проблеми забезпечення житлових прав людини»*; доктора юридичних наук, професора кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **І. Жилінкової** *«Правове регулювання майнових відносин у сім'ї в контексті нового сімейного законодавства»*; кандидата юридичних наук, ученого секретаря НДІ приватного права і підприємництва АПрН **В. Махінчука** на тему *«Особисті немайнові права: проблеми визначення меж реалізації»*; кандидата юридичних наук, директора департаменту контрактного права і нерухомості юридичної фірми «Салком» **О. Кота** на тему *«Гармонізація законодавства України про уступку вимоги із законодавством європейських країн»*; кандидата юридичних наук, провідного наукового співробітника НДІ приватного права і підприємництва АПрН України **О. Безуха** на тему *«Проблеми цивільних правовідносин у конкуренції»*; кандидата юридичних наук, доцента, старшого наукового співробітника Лабораторії проблем корпоративного права НДІ при-

ватного права і підприємництва АПрН України **В. Васильєвої** на тему «*Поняття та ознаки посередницьких договорів*»; кандидата юридичних наук, доцента, завідувача кафедри цивільного права № 1 Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **В. Борисової** на тему «*До проблеми сутності юридичної особи*»; кандидата юридичних наук, завідувача Подільської лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу, доцента кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права **Ю. Білоусова** на тему «*Судовий захист цивільних прав: окремі питання процесуальної юрисдикції*»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри цивільного права № 1 Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого **І. Пучковської** на тему «*Застава нерухомості (іпотека) за новим цивільним законодавством України*»; доцента кафедри права Донецького державного університету управління **В. Хахуліна** на тему «*Відмінності юридичних осіб за Цивільним та Господарським кодексами*»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, завідувача Лабораторії правових проблем інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності АПрН України **В. Крижної** на тему «*Переваги та недоліки законодавчого закріплення права попереднього користувача на торговельну марку*»; аспірантки, наукового співробітника НДІ приватного права і підприємництва АПрН України **Т. Попович** на тему «*Екологічні стандарти у розрізі генезису екологічного права (цивільно-правовий аспект)*»; аспіранта кафедри господарського права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **І. Ніколаєва** на тему «*Участь держави Україна в міжнародних приватноправових відносинах у світлі нового Цивільного кодексу*»; молодшого наукового співробітника Інституту держави і права НАН Республіки Беларусь **О. Попової** на тему «*Особливості переддоговірного етапу укладання договору*»; асистента кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права **В. Нагнибиди** на тему «*Теоретичний аналіз правової природи речових прав на чуже майно*»; викладача кафедри цивільно-правових дисциплін Хмельницького інституту регіонального управління та права, молодшого наукового співробітника НДІ приватного права та підприємництва АПрН України **В. Ватраса** на тему «*Проблеми застосування до регулювання сімейних відносин (за Цивільним кодексом України)*».

Робота третьої секції була присвячена цивільно-правовому регулюванню відносин у сфері підприємницької діяльності. Проблематика цієї секції була докладно висвітлена у виступах таких доповідачів: докторанта кафедри господарського права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. Кібенко** на тему «*Acquis communitaire у галузі корпоративного законодавства: досвід для країн СНД*»; кандидата юридичних наук, завідувачки кафедри цивільного права та процесу Донецького національного університету **О. Янкової** «*Новий Цивільний кодекс України і його правозастосування*»; доцента кафедри господарського права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **І. Селіванової** на тему «*Поняття господарської діяльності у цивільному законодавстві країн СНД*»; кандидата юридичних наук, завідувача науковим сектором НДІ державного будівництва та місце-

вого самоврядування АПрН України Д. Задихайла на тему «*Напрями еволюції ринкових відносин та вітчизняного законодавства: проблеми співвідношення*»; кандидата юридичних наук, доцента кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка Л. Панової на тему «*Цивільно-правове регулювання фінансово-кредитних механізмів та управління майном при будівництві житла*»; старшого викладача кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля Л. Соловйової на тему «*Легітимація дієздатності недержавних підприємств: теоретична формальність чи практична необхідність*»; наукового співробітника Лабораторії проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва АПрН України І. Саракун на тему «*Деякі аспекти порівняльного аналізу законодавства України, Росії, Білорусі щодо антимонопольного регулювання підприємницької діяльності*»; аспіранта, молодшого наукового співробітника НДІ приватного права і підприємництва АПрН України Н. Задорожної на тему «*Правове регулювання «ноу-хау» як один із засобів отримання конкурентних переваг у господарській діяльності*».

Підбиваючи підсумки плідної роботи секцій, учасники міжнародної конференції відзначили, що дослідження проблем цивільного права підтвердили їх актуальність у світлі еволюції соціально-економічних відносин в Україні, які відбуваються на основі принципів демократизації, юридичної рівності, справедливості та на засадах формування ринкової економіки сучасного європейського рівня, враховуючи здобутки і традиції європейської правової культури. Окремо було наголошено на на необхідності адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу з метою досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire*.

Широкий аспект обговорення проблем цивільного права на конференції довів, що на сьогодні найбільш нагальними проблемами є визначення співвідношення публічно-правової і приватноправової складових сфер регулювання цивільно-правових відносин, а також співвідношення цивільного та господарського права, визначення пріоритетності ролі цивільно-правових відносин у системі законодавства України, необхідність уніфікації і гармонізації цивільного законодавства країн СНД.

За результатами обговорення учасники міжнародної конференції ухвалили **рекомендації** (їх текст подається далі), в яких були визначені основні напрями і практичні заходи, що мають бути здійснені з метою подальшого вдосконалення вітчизняної науки цивільного права.

У сучасних умовах розвиток науки теорії цивільного права сприяє та сприятиме розвитку суспільства, визначенню пріоритетів та вдосконаленню механізмів правового регулювання, науковому забезпеченню ефективного впливу цивільного права на розвиток громадянського суспільства.

Учасники науково-теоретичної конференції «Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики» відзначають, що дослідження проблем цивільного права підтвердили їх актуальність у світлі еволюції соціально-економічних відносин в Україні, які відбуваються на основі принципів демократизації, юридичної рівності, справедливості та на засадах формування ринко-

вої економіки сучасного європейського рівня. До того ж, становлення якісно нового типу цивільно-правового регулювання суспільних відносин в Україні призвело до активного розвитку різноманітних відносин, які, в свою чергу, потребують проведення додаткових досліджень у цивільно-правовій сфері.

Тим самим відкриваються нові напрями дослідження суспільних відносин у цивільно-правовій сфері.

I. Широкий аспект обговорення проблем цивільного права на конференції довів, що на сьогодні найбільш нагальними проблемами права є такі.

1. Розробка проблем теорії науки цивільного права як цілісного системного явища вимагає застосування сучасних теоретико-правових підходів з одночасним поєднанням дослідження всіх джерел цивільного права, практики їх реалізації на різних етапах розвитку права і держави, максимального урахування висновків вітчизняних та зарубіжних теоретико-правових досліджень для цивільного законодавства України.

2. Визначення співвідношення цивільного права і приватного права з органічним поєднанням публічно-правової та приватноправової складових сфер регулювання цивільно-правових відносин.

3. Визначення співвідношення цивільного права і господарського права.

4. Визначення меж здійснення цивільних прав вимагає підвищення рівня теоретико-правових досліджень у сфері цивільного права в цілому.

5. Необхідність подальшої структуризації цивільного права на підгалузі, інститути.

6. Забезпечення найбільш повного врахування в процесі нормотворчої та правозастосовної діяльності приватних інтересів, спрямованих на задоволення потреб всіх суб'єктів цивільного права.

II. З наукової точки зору найвагомішими є такі напрями досліджень у галузі цивільного права.

1. Визначення пріоритетності ролі цивільно-правових відносин у системі законодавства України.

2. Необхідність уніфікації і гармонізації цивільного законодавства країн СНД, зокрема договірної права, на основі єдиної структури, визначеної в модельному Цивільному кодексі країн СНД.

3. Методологічні засади цивільного права об'єктивно потребують узгодженості сучасної правової теорії з правовою практикою.

4. Необхідність і доцільність розвитку спеціалізації судів.

5. Для усунення колізій норм Цивільного та Сімейного кодексів України необхідне внесення змін до Сімейного кодексу.

6. До регулювання житлових, сімейних відносин можуть застосовуватися норми Цивільного кодексу України, якщо ці відносини не врегульовані, а норми Цивільного кодексу не суперечать суті сімейних, житлових відносин.

7. Дослідження проблеми формування організаційно-правових форм юридичних осіб, визначених у Цивільному кодексі України.

8. Забезпечення своєчасного розгляду цивільних справ в судовому процесі відповідно до цивільно-правових принципів.

9. Диференціація юридичних осіб (приватних та публічних) залежно від сфери правового регулювання та конкретних суб'єктів права.

10. Удосконалення правових форм і засобів захисту приватних інтересів особи.

III. Учасники конференції, підбиваючи підсумки обговореному, вважають за доцільне запропонувати такі рекомендації конференції як у теоретичних дослідженнях, так і у діяльності зі створення та реалізації права.

1. Дослідження проблем цивільного та підприємницького права в умовах становлення відносин приватної власності мають забезпечувати визначальне місце цивільного права у системі правового забезпечення прав та законних інтересів особи.

2. Дослідження мають спиратися на визначення чітких меж здійснення цивільних прав.

3. Цивільно-правові дослідження мають бути зорієнтовані на органічне поєднання і взаємозв'язок приватних і публічних інтересів.

4. Вироблення ефективних цивільно-правових засобів захисту прав та законних інтересів особи у межах нового Цивільно-процесуального кодексу України.

5. Дотримання приватних інтересів людини має бути пріоритетним напрямом у регулюванні взаємовідносин держави та особи.

6. Необхідність гармонізації цивільного та підприємницького законодавства України та країн Європи.

7. Узгодження суперечностей між Цивільним та Господарським кодексами України.

8. Приведення у відповідність до Цивільного кодексу України деяких законодавчих актів, зокрема Закону України «Про господарські товариства».

9. Виключити дублювання положень окремих норм права у Цивільному та Господарському кодексах України.

10. Приведення у відповідність законодавчих актів (зокрема в сфері інтелектуальної власності) до вимог нового Цивільного кодексу України.

11. Уточнення суб'єктного складу осіб, яким може бути завдана моральна шкода, визначення її меж та сфер застосування.

12. Передбачити утворення в апеляційних судах касаційних палат.

13. Необхідність подальшого вивчення юридичних фактів як проявів приватного права.

14. Дослідження питань регулювання електронного документообігу, захисту інтелектуальної власності в електронній мережі «Інтернет».

Учасники конференції вважають за необхідне рекомендувати такі практичні заходи.

1. Адекватне пізнання норм Цивільного кодексу відповідно до сучасної правової дійсності повинно виходити від однобічних поглядів та оцінок правових явищ до порівняльного аналізу.

2. Забезпечити наукове супроводження підготовки законопроектів, спрямованих на усунення суперечностей та прогалин у чинному цивільному законодавстві України.

3. Сприяти прискоренню прийняття Житлового кодексу України, Інвестиційного кодексу України, законів України «Про міжнародне приватне право», «Про акціонерні товариства», «Про житлове будівництво» і надати їм належне науково-практичне обґрунтування та супроводження.

4. Узгодити понятійний апарат, відкрити наукову дискусію, метою якої є узгодження понятійного апарату нового цивільного законодавства з метою однакового регулювання приватноправових відносин.

5. Сприяти усуненню суперечностей та неузгодженостей у законодавстві, які пов'язані з правом звернення особи до суду за захистом, строками позовної давності, змістом сімейних правовідносин, спільною власністю.

6. Взяти участь у роботі творчих колективів з підготовки коментованих видань нового цивільного, сімейного, земельного та цивільно-процесуального законодавства.

Вважати за доцільне використати висновки та рекомендації конференції у подальших науково-практичних розробках та законотворчій діяльності. Рекомендації конференції надіслати всім науково-дослідним установам і навчальним закладам юридичного профілю, для яких вони становлять інтерес.

Матеріал підготував

М. Галянтич, заступник директора НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, кандидат юридичних наук

ПРІОРИТЕТНІ НАПРЯМКИ
розвитку правової науки на 2005–2010 роки,
рекомендовані відділеннями Академії правових наук України*

№ з/п	Найменування напрямку	Обґрунтування	Етапи виконання	Очікувані результати
Відділення теорії та історії держави і права				
1	Методологічні проблеми теорії права	Дослідження актуальних проблем теорії права: співвідношення філософії права і загальної теорії права, антропологічного і аксіологічного підходів до теорії права.	1 етап – 2005–2007 2 етап – 2007–2009 3 етап – 2009–2010	Колективні монографії, статті, наукові семінари, «круглі столи», всеукраїнська конференція.
2	Формування права	Необхідність перегляду концепцій та оновлення понятійного апарату теорії формування права; дослідження недостатньо розроблених проблем співвідношення права з суспільними відносинами, зокрема правовідносинами; ліквідація прогалин в теорії джерел права; дослідження змісту правостановлення і правозакріплення.	1 етап – 2005–2007 2 етап – 2007–2009 3 етап – 2009–2010	Колективні монографії, статті, наукові семінари, «круглі столи», всеукраїнська конференція.
3	Історія організації та діяльності судових органів України	Здійснення дослідження в цьому напрямку дасть можливість отримати всебічне уявлення про судові органи, що функціонували на різних етапах історії України, як у період самостійної Української держави, так і у часи її перебування у складі інших країн, коли на теренах України діяли суди інших держав. Фундаментальні знання про різні моделі судових органів, які діяли в Україні, дозволить висувати обґрунтовані пропозиції щодо подальшого вдосконалення організації та діяльності сучасних судових органів України.	2004 – 2009	Колективна монографія, присвячена історії організації та діяльності судових органів в Україні від часів Київської Русі і до наших днів, статі в провідних фахових виданнях України і зарубіжних країн, навчальний посібник з історії організації та діяльності судових органів в Україні, статті на історико-правову тематику у словнику-довіднику «Судова система України».

* Ухвалені загальними зборами відділень Академії правових наук України (постанова № 2/04-2 від 18 червня 2004 р.).

4	Становлення та розвиток місцевого самоврядування в Україні у другій половині XIX на початку XX ст.	Здійснення дослідження в цьому напрямку дасть можливість визначати правове становище земських та міських органів самоврядування в Україні, дослідити та оцінити їх в цілому позитивну діяльність в різних сферах місцевого життя та виробити конкретні пропозиції та рекомендації стосовно удосконалення правового регулювання сучасного місцевого самоврядування в Україні.	2004–2009	Монографія, присвячена організації та діяльності органів місцевого самоврядування в Україні у другій половині XIX- на початку XX ст., збирання нормативних актів з місцевого самоврядування в Україні у другій половині XIX- на початку XX ст., статті в провідних фахових виданнях України і зарубіжних країн, розділи підручників з історії держави та права України, а також державного будівництва та місцевого самоврядування в Україні, можливо «Енциклопедія місцевого самоврядування в Україні», статті на історико - правову тематику.
---	--	--	-----------	---

Відділення державно-правових наук і міжнародного права

1.	Конституційно-правові проблеми розвитку України на сучасному етапі державотворення	Сучасний етап конституційно-правових перетворень вимагає наявності чіткої правової політики розвитку конституційного і поточного законодавства, новелізації форми правління, системи органів державної влади, процесуально-процедурного забезпечення ефективності їх діяльності. Необхідний ґрунтовний науковий аналіз становлення, розвитку і реалізації законодавства щодо виборів, референдумів, інших форм волевиявлення народу, механізму реалізації народо-владдя в умовах становлення правової державності.	2005–2010	Монографії, наукові статті, наукові конференції, семінари, «круглі столи».
2.	Проблеми забезпечення прав людини і громадянина в Україні	Ситуація, яка сьогодні склалася із забезпеченням в Україні політичних, економічних, соціальних, духовних і екологічних прав громадян, зумовлює необхідність системного аналізу конституційно-правового статусу особи з урахуванням факторів інтеграції, глобалізації, суттєвого розшарування населення за рівнем доходів. Важлива новелізація законодавства щодо правового статусу особи, забезпечення гарантій прав і свобод людини і громадянина, формування правової культури, зорієнтованої на захист прав особи. Необхідний аналіз шляхів вдосконалення застосування вітчизняних і міжнародних механізмів захисту прав і свобод людини і громадянина.	2005–2010	Монографії, наукові статті, конференції, участь у законопроектній роботі.

3.	Проблеми розвитку місцевого самоврядування в Україні	Без підвищення ролі місцевого самоврядування неможливо вирішити комплекс економічних, соціальних і екологічних проблем, які накопичилися на сучасному етапі державотворення в Україні. Відповідно, наукові дослідження в цій сфері повинні бути зорієнтовані на новелізацію системи управління на місцевому і регіональному рівнях, на пошук підвищення ефективності функціонування органів місцевого самоврядування. Необхідні фундаментальні дослідження з муніципального права, пошук шляхів забезпечення відкритості і публічності органів місцевого самоврядування, належного їх інформаційного забезпечення діяльності, матеріально-фінансового забезпечення роботи місцевих рад та їх органів.	2005–2010	Монографії, підручники, наукові статті, участь у наукових конференціях, у законопроектній роботі.
4.	Проблеми реалізації адміністративної реформи в Україні і розвитку адміністративного законодавства	Система управління в Україні на сучасному етапі державотворення в Україні не відповідає вимогам, які ставляться до якості управління соціальними процесами з боку державних інституцій. Відповідно, необхідна розробка сучасної теорії управління з урахуванням глобалізації, євроінтеграційного процесу, інформаційного забезпечення управління, новелізація адміністративного законодавства, і насамперед процесуального, захист прав людини і громадянина адміністративними заходами. Необхідна розробка теорії адміністративного процесу, теорії дебіюкратизації управлінського апарату.	2005–2010	Монографія, підручники, наукові статті, участь у наукових конференціях, у законопроектній роботі.
5.	Міжнародне право в умовах глобалізації та інтеграції	В умовах глобалізації і розвитку інтеграційних процесів суттєво зростає роль норм міжнародного права у захисті суверенітету України. Існуюче вітчизняне законодавство і практика його застосування не відповідають у повній мірі потребам сьогодення. В цих умовах необхідна теорія інтеграції норм міжнародного права у систему національного законодавства, пошук шляхів більш ефективного використання правових та інституційних механізмів у захисті національних інтересів України, наукове обґрунтування наслідків для України розширення Європейського Союзу.	2005–2010	Монографія, наукові статті, наукові конференції.

6.	Проблема новелізації фінансового і податкового законодавства України та його адаптація до європейських правових стандартів	Бюджетно-фінансове та податкове законодавство в Україні досить нестабільне, що негативно впливає на економічні процеси. Відповідно, є необхідність глибокого наукового аналізу тенденцій його подальшого розвитку, побудови банківської системи в Україні з урахуванням євроінтеграційних процесів, встановлення оптимальних міжбюджетних відносин центру і місць, становлення стабільної податкової та грошової політики держави, зорієнтованої на підтримку національного виробника, створення злагодженої системи органів фінансового контролю, адаптація вітчизняного фінансового та податкового законодавства до європейських стандартів.	2005-2010	Колективна монографія, наукові статті, наукові конференції.
7.	Інформаційне забезпечення законотворчої, нормотворчої і правозастосовної діяльності	На сучасному етапі державотворення суттєве значення має інформаційне забезпечення законотворчої, нормотворчої, правозастосовної і правоохоронної діяльності, проведення порівняльного аналізу інформаційного законодавства України із законодавством інших країн світу. Відповідно до цього є необхідність створення теоретичної бази системної інформатизації правових інформаційних систем, у тому числі створення наукової бази щодо інформатизації законотворчої, нормотворчої та правозастосовної діяльності суб'єктів права, аналітичне опрацювання та індексація документів для введення до еталонної бази даних нормативно-правової інформації, створення спеціалізованого комплексу для обслуговування законотворчого процесу, створення автоматизованої системи порівняльного аналізу законодавства України та країн Європейського Союзу.	2005-2010	Піднесення рівня обґрунтованості рішень за рахунок можливого широкого використання різних джерел альтернативної аналітичної інформації, вчасної обробки інформації, повнішого інформаційного забезпечення нормотворчої діяльності, застосування сучасних методів та засобів обробки даних, що сприяє зменшенню впливу суб'єктивних чинників.
Відділення цивільно-правових наук				
1.	Проблеми реалізації положень нових Цивільного кодексу України та Цивільно-процесуального кодексу України у поточному законодавстві та судовій практиці.	Прийняття нових Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Цивільного процесуального кодексу та низки інших кодифікованих актів актуалізувало завдання подальшої систематизації законодавства, що обумовлює необхідність проведення фундаментальних досліджень з метою поглиблення демократичних засад сучасного приватного права України, усунення існуючих розбіжностей в окремих законодавчих актах та формування єдиної судової практики у цій сфері.	1 етап – 2005-2007 2 етап – 2007-2009 3 етап – 2009-2010	Підготовка науково-практичного коментарю Цивільного кодексу України та Цивільного процесуального кодексу України; підготовка колективної монографії; проведення всеукраїнських конференцій; організація проведення наукових семінарів та круглих столів.

2.	Гармонізація та уніфікація цивільного, процесуального та трудового законодавства України і країн Європейського Союзу	Посилення інтеграційних процесів об'єктивно вимагає наближення законодавства України до європейських стандартів з метою підготовки законодавчої бази та створення реальних передумов для вступу до Європейського Союзу. Це підвищує актуальність досліджень методологічних засад гармонізації та уніфікації законодавства в цілому, а також основоположних інститутів цивільного права (правовий статус суб'єктів, договори, інтелектуальна власність).	1 етап – 2005–2007 2 етап – 2007–2010	Видання колективної монографії; міжнародна конференція, проведення круглих столів, семінарів; конференція молодих вчених.
----	--	---	--	---

Відділення екологічного, господарського та аграрного права

1.	Проблеми розвитку та реалізації екологічного законодавства України	Здійснення досліджень у цьому напрямку дасть можливість сконцентрувати увагу на теоретичних і прикладних проблемах ефективності екологічного законодавства, виявленню у ньому прогалин і колізій, сформулювати наукові положення і щодо розвитку екологічного права та його гармонізації з європейськими і міжнародними стандартами у цій сфері.	1 етап — 2005–2007 2 етап — 2007–2009 3 етап — 2009–2010	Колективні монографії, підручник «Екологічне право», наукові статті, участь у законопроектній роботі (у т.ч. науковий супровід прийняття Екологічного кодексу України), наукові семінари, «круглі столи», всеукраїнська науково-практична конференція.
2.	Теоретико-прикладні проблеми реалізації права громадян на екологічну безпеку	Необхідність поглиблення концепції екологічної безпеки; дослідження теоретичних і практичних аспектів реалізації конституційного права людини і громадянина на безпечне для життя і здоров'я довкілля; вироблення системи державних гарантій і ефективного юридичного механізму реалізації цього права державою та громадянами.	2004–2010	Колективні монографії, науково-популярні видання для населення, підручник «Екологічне право», наукові статті, участь у законопроектній роботі, «круглі столи», наукові і науково-практичні конференції, наукові семінари.
3.	Гармонізація господарського, екологічного та кримінального законодавства стосовно сфери господарської діяльності	Необхідність комплексного наукового підходу до взаємозгодження в межах правової системи України господарського, екологічного та кримінального законодавства, що регулює суспільні відносини у сфері господарської діяльності в умовах формування ринкової економіки; дослідження й ґрунтовний аналіз відповідних норм та інститутів даних галузей законодавства, визначення напрямків, шляхів та засобів гармонізації господарського, екологічного та кримінального законодавства стосовно сфери господарської діяльності.	2005–2010	Колективна монографія, наукові статті, науково-практичні конференції за участю фахівців суміжних галузей права, наукові семінари, «круглі столи», практичні пропозиції і рекомендації, участь у підготовці відповідних законопроектів.

4.	Проблеми консолідації і кодифікації господарського законодавства	Введення в дію Господарського кодексу України та низки інших кодифікованих актів господарського законодавства, очікуване прийняття нового Господарського процесуального кодексу України значно актуалізувало завдання подальшої консолідації і кодифікації господарського законодавства, що обумовлює необхідність проведення фундаментальних досліджень з метою поглиблення систематизації даного законодавства, усунення існуючих прогалин та колізій в окремих законодавчих актах, гармонізації господарського законодавства з європейським правом, формування єдиної судової практики при розгляді господарських спорів.	2005–2010	Монографічні праці, наукові статті, науково-практичні коментарі до Господарського та Господарського процесуального кодексів (нова редакція), наукові семінари, науково-практична конференція, «круглі столи», участь у підготовці відповідних законопроектів, концептуальні засади систематизації господарського законодавства, пропозиції і регламентації для компетентних органів державної влади.
5.	Оптимізація співвідношення компетенції у сфері господарювання центральних і регіональних органів державної влади та органів місцевого самоврядування	Здійснення дослідження у цьому напрямку дасть можливість більш чітко розмежувати функції і господарську компетенцію центральних і регіональних органів державної влади та органів місцевого самоврядування, провести ґрунтовний науковий аналіз відповідних компетенцій цих актів з метою оптимізації (у тому числі за допомогою правових засобів) співвідношення компетенції у сфері господарювання вищезгаданих органів державної влади і органів місцевого самоврядування.	2005–2009	Монографічна праця, наукові статті, науково-практична конференція, «круглі столи», науковий семінар, методичні рекомендації, пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, що визначає господарську компетенцію центральних і регіональних органів державної влади та місцевого самоврядування.
6.	Правові проблеми розвитку земельного права та ефективності його реалізації	У зв'язку з прийняттям Земельного кодексу України (ЗК) і низки законів, спрямованих на реалізацію кодексу, нарізла потреба дослідити теоретичні аспекти земельних відносин на етапі завершення земельної реформи і практики їх реалізації. З урахуванням основних положень ЗК України планується розробити нову концепцію теорії земельного права, основних його інститутів: суб'єктів та об'єктів земельних правовідносин, права власності на землю і права користування нею, формування ринку земель, сервітуту, правового режиму земель окремих категорій, управління в галузі земельних відносин, охорони земель і державного контролю за використанням земель, землеустрою і земельного кадастру, захисту прав на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад, а також і держави.	1 етап — 2005–2007 2 етап — 2007–2009 3 етап — 2009–2010	Підготувати друге видання підручника Земельного права, навчальних посібників, монографій, наукових статей, а також провести наукові конференції, круглі столи. Взяти участь у роз'ясненні основних положень ЗК по радіо і телебаченню.

7.	Теоретичні і практичні проблеми аграрного права і аграрного ринку в Україні	Аграрне законодавство України досі є нестабільним, відсутня науково виважена концепція державної політики щодо аграрної реформи. Ця реформа проводиться безсистемно, непослідовно, без визначення пріоритетних напрямів. Це призвело до зниження темпів розвитку фермерських господарств, їх місця і ролі в аграрному секторі. Існуюче аграрне законодавство не в повній мірі забезпечує ефективність аграрних перетворень. В цих умовах потрібно зробити глобальний аналіз реалізації аграрного законодавства, практики його застосування, визначити тенденції подальшого розвитку агропромислового комплексу, обґрунтування правових засобів розвитку аграрного ринку, залучення інвестицій у розвиток сільського господарства, здійснення правових заходів щодо розвитку фермерських господарств, формування великих сільськогосподарських підприємств та підвищення ефективності їх діяльності.	1 етап — 2005–2007 2 етап — 2007–2009 3 етап — 2009–2010	Підготовка колективних монографій; проведення науково-практичних конференцій, наукових семінарів і круглих столів, підготовка наукових статей з проблем аграрного права, участь у законопроектній роботі, пропозиції і рекомендації.
----	---	---	--	--

Відділення кримінально-правових наук

№ з/п	Найменування напрямку	Дослідження, що здійснюються в межах напрямку
1.	Проблеми кримінальної науки	Дослідження кримінального права як публічної галузі права в національній системі права України. Теоретичні та прикладні проблеми кримінальної відповідальності та покарання у XXI ст. Моніторинг дії Кримінального кодексу України 2001 р. та проблеми наукового забезпечення ефективності його застосування. Проблеми міжнародного кримінального права та його співвідношення з національним кримінальним законодавством України. Науково-методичне забезпечення процесу адаптації законодавства України у сфері боротьби зі злочинністю до законодавства Європейського Союзу.
2.	Проблеми кримінологічної науки	Дослідження проблем феномена сучасної злочинності та її чинників, розроблення системи захисту кримінологічними засобами конституційних прав і свобод людини і громадянина від злочинних посягань. Розробка та сучасне осмислення проблеми особи злочинця, соціальної та кримінологічної типології особи злочинця, розвиток віктимологічного напрямку національної кримінології. Проблеми співвідношення злочинної та некриміналізованої (фонові) поведінки, особливо передкримінальної поведінки особи (алкоголізм, наркоманія, відсутність певних занять і місця проживання тощо), проблеми детермінації та механізму злочинної поведінки. Подальша розробка проблем причин та умов злочинності та певної злочинної поведінки; створення автоматизованих банків даних — показників кримінологічних чинників різних видів злочинів та інших правопорушень; розроблення та запровадження державної автоматизованої системи кримінологічної інформації (ДАСКІ); проблем запровадження кримінологічної експертизи проєктів нормативно-правових актів. Теоретичні та прикладні проблеми запобігання (попередження) окремих видів злочинів та злочинності в сучасних умовах. Актуальні питання теорії і практики боротьби з організованою злочинністю. Науково-методичне забезпечення державної політики у сфері боротьби з корупцією та злочинами корупційної спрямованості.

3.	Проблеми науки кримінально-виконавчого права	<p>Дослідження теоретичних засад державної політики у сфері виконання покарань.</p> <p>Подальший розвиток теорії виконання покарань, узгодження міждисциплінарних інституціонально-функціональних парадигм, що лежать в основі застосування покарання.</p> <p>Дослідження принципів кримінально-виконавчого законодавства та діяльності органів і установ по виконанню покарань.</p> <p>Проблема функцій кримінально-виконавчої системи.</p> <p>Дослідження меж застосування державного примусу в процесі виконання покарань.</p> <p>Проблеми правового статусу засуджених.</p> <p>Дослідження логіко-методологічних та гносеологічних проблем процесу адаптації кримінально-виконавчого законодавства України до законодавства Європейського Союзу.</p> <p>Систематизація, узагальнення та започаткування міжнародного досвіду поведження із засудженими для інноваційно-орієнтованого розвитку науки кримінально-виконавчого права.</p>
4.	Проблеми кримінально-процесуальної науки	<p>Проблеми категоріального апарату сучасної кримінально-процесуальної науки.</p> <p>Сучасний кримінальний процес України: його структура, функції, система принципів.</p> <p>Проблеми ефективності кримінально-процесуальних стадій; забезпечення режиму законності на різних стадіях кримінального процесу.</p> <p>Правове становище особи на різних стадіях кримінального процесу України; гарантії прав особи в кримінальному процесі; підвищення ефективності захисту підозрюваного та обвинуваченого в кримінальному процесі; проблеми ефективності відшкодування шкоди, заподіяної злочинцем.</p> <p>Кримінальне переслідування в кримінальному процесі в Україні: проблеми дослідчого кримінального процесу, слідчий апарат в системі правоохоронних органів України, правове становище прокурора, обвинувачення в кримінальному процесі України.</p> <p>Порівняльне дослідження основних кримінально-процесуальних інститутів України та закордонних держав.</p> <p>Технологія надання правової допомоги правоохоронним органам закордонних держав при розслідуванні злочинів.</p> <p>Роль юридичної практики у підвищенні ефективності правозастосовної діяльності органів дізнання, слідства, прокуратури та суду.</p>
5.	Проблеми науки з питань діяльності судових та правоохоронних органів	<p>Природа судової влади.</p> <p>Проблеми становлення судової влади в Україні.</p> <p>Проблеми незалежності судової влади.</p> <p>Проблеми оптимізації функцій прокуратури та гарантій незалежності прокурорської діяльності.</p>
6.	Проблеми криміналістики, судової експертизи та юридичної психології	<p>Проблеми використання криміналістичних методик у боротьбі зі злочинністю.</p> <p>Проблеми розслідування тяжких насильницьких злочинів, злочинів у сфері економіки та злочинів, що вчиняються організованими угрупованнями.</p> <p>Інформаційні технології у боротьбі зі злочинністю.</p> <p>Науково-технічне забезпечення боротьби.</p> <p>Проблеми судової експертології.</p>

НАШІ ЮВІЛЯРИ

90



Виповнилося 90 років від дня народження та 70 років науково-педагогічної і громадської діяльності відомого вченого нашої країни в галузі теорії і історії кримінального права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, генерал-лейтенанта внутрішньої служби, засновника наукової школи істориків кримінального права України, талановитого педагога і вихователя

Петра Петровича Михайленка.

П. П. Михайленко народився 2 вересня 1914 р. в с. Піщане Грайворонського повіту Харківської губернії (зараз — Белгородська область) у родині робітника Катеринославської залізниці. У 1926 р. П. П. Михайленко з батьками переїхав до Донбасу, на станцію Мушкетово (тепер — околиця Донецька), де він почав навчання у залізничній школі.

Потяг до пізнання нового, пристрась до книг не залишилися непоміченими. За порадою та наполяганням батьків П. П. Михайленко йде учитись на робітфак, а потім стає студентом Дніпропетровського інституту народної освіти, якій пізніше був перетворений на університет.

Свою педагогічну діяльність П. П. Михайленко розпочав у 1933 р. в Лідіївській середній школі м. Сталіно (тепер — Донецьк) інструктором з праці. Він викладав також арифметику, фізику, а пізніше — російську мову і літературу.

Недовга перерва в педагогічній роботі П. П. Михайленка в ті роки була пов'язана з направленням його на навчання до Військової академії (м. Ленінград). Але не судилося П. П. Михайленку в мирний час стати офіцером. Тільки-но оселившись у місті на Неві, він захворів на малярію. За порадою лікарів одержав направлення на Північний Кавказ у Ставропольський край.

Педагогічну діяльність на Ставропіллі П. П. Михайленко почав з посади завідувача учбової частини та викладача російської мови і літератури в старших класах середньої школи № 1 станиці Курської, поблизу Моздока. Через деякий час він був призначений

завідувачем учбової частини загальноосвітньої школи № 1 м. Мінеральні Води.

Велика Вітчизняна війна застала П. П. Михайленка, коли він обіймав посаду директора середньої школи № 2 м. Мінеральні Води. І хоча на нього поширювалася відстрочка від призову до Червоної Армії, він наполегливо просить відправити його на фронт. У вересні 1941 р. недавній директор школи, політпрацівник запасу був відправлений на фронт, а через деякий час вже командував батальйоном 10-ї саперної армії, що будувала оборонні споруди від Ростова до Моздока. Пізньої осені 1941 р. під час бомбардування німецькою авіацією залізничної станції Армавір П. П. Михайленко дістав поранення та контузію.

У квітні 1942 р. П. П. Михайленка направляють на навчання у Військово-юридичну академію, що була евакуйована з Москви до Ашхабада, а з 1943 р. він знову працює в Москві. У липні 1945 р. П. П. Михайленко одержує диплом про вищу юридичну освіту та нагороду — наручний годинник за відмінне закінчення академії. Указом Президії Верховної Ради СРСР його затверджено членом колегії Військового трибуналу 14-ї повітряної армії, штаб якої дислокувався у Львові.

Широкі теоретичні знання в галузі юриспруденції та педагогічний досвід, поєднані із повсякденним опануванням особливостями практичної діяльності, допомагають П. П. Михайленку спілкуватися з людьми та успішно виконувати покладені на нього посадові обов'язки. Невдовзі його обирають заступником голови Військового трибуналу 14-ї, а згодом 73-ї повітряної армії.

Проте мирна професія вчителя кликала до себе. Користуючись тим, що за місцем дислокації служби знаходився один із старіших вузів країни — Львівський університет, П. П. Михайленко погодився на пропозицію ректора університету без відриву від служби викладати курс військово-кримінального права. З того часу він на довгі роки пов'язав свою долю з Львівським університетом. Через три роки П. П. Михайленко був призначений старшим викладачем кафедри кримінального права, процесу та криміналістики юридичного факультету (поки що за сумісництвом). На той час він успішно захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Захист відбувся у Військово-юридичній академії в Москві. Офіційними опонентами по дисертації виступали доктор юридичних наук, професор, полковник юстиції А. А. Герцензон і член-кореспондент Академії наук Української РСР, доктор юридичних наук, професор С. В. Юшков.

У 1948 р. П. П. Михайленку було запропоновано очолити кафедру, на якій він працював у Львівському університеті, на постійній основі. В 1949 р., після демобілізації з армії, він був призначений на посади декана юридичного факультету Львівського університету і завідувача кафедри. У цей період П. П. Михайленко активно займається науково-дослідницькою діяльністю в галузі історії держави і права України.

Численні публікації з питань історії держави і права здобули П. П. Михайленку визнання і повагу в науковому світі. У 1951 р. він був уведений до складу експертної комісії з юридичних наук при Управлінні вищої освіти Ради Міністрів УРСР, обраний членом Координаційної ради АН УРСР, залучений до роботи ВАК при Міністерстві вищої освіти СРСР.

П. П. Михайленко наполегливо працював у центральних, відомчих та обласних архівах, відкриваючи нові важливі факти з історії українського кримінального законодавства. У своїх публікаціях в московських і львівських періодичних виданнях учений аргументовано розповідає про переваги деяких законодавчих актів України, які, на його думку, були більш демократичними і гуманними, ніж аналогічні законодавчі акти Росії. На прикладі аналізу конкретних правових актів П. П. Михайленко доводить, що російське законодавство далеко не завжди було першоджерелом для українського. Ці публікації дали привід місцевій партійній владі оголосити П. П. Михайленка «буржуазним націоналістом», накласти на нього суворе партійне стягнення і звільнити з посад декана юридичного факультету і завідувача кафедри.

Проте у 1953 р. П. П. Михайленко захистив в Інституті держави і права АН СРСР дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук. Офіційні опоненти — член-кореспондент АН СРСР, доктор юридичних наук, професор А. Н. Трайнін, заслужений діяч науки доктор юридичних наук, професор А. А. Герцензон, доктор історичних наук Введенський та інші провідні вчені, що були присутні на захисті, оцінили докторську дисертацію П. П. Михайленка як «монографічне дослідження історико-юридичного характеру, фундаментальну працю, що збагатила історико-правову літературу найважливішим дослідженням з історії кримінального законодавства».

Після повернення до Львова П. П. Михайленко був відновлений на посадах декана юридичного факультету і завідувача кафедри.

У 1956 р. П. П. Михайленка як досвідченого юриста було призначено керівником урядової делегації України в ООН. Він бере активну участь у розробці важливих міжнародних документів, за дорученням українського уряду підписує «Додаткову Конвенцію про скасування рабства, работоргівлі, інститутів та звичаїв, що подібні до рабства», представляє Україну в Комісії ООН з прав людини.

Багатомовна Швейцарія, де була розташована Комісія ООН з прав людини, знов привернула увагу П. П. Михайленка до статусу української мови. Він вирішує повторно опублікувати декрети Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету, якими українській мові ще у 1920 р. був наданий статус державної. У першому томі своєї книги «Боротьба зі злочинністю в Українській РСР» (1966), долаючи перепони цензури, він публікує названі декрети. На початку 70-х років, розглядаючи другу його «справу», високі партійні чиновники знову «нагадали» П. П. Михайленку про його прагнення захищати українську мову.

Але це сталося потім, а тоді на П. П. Михайленка чекала цікава творча робота — на рідному юридичному факультеті Львівського університету, згодом — в Інституті держави і права АН України, Київському університеті. У 1956 р. постановою Президії Верховної Ради Української РСР П. П. Михайленко був уведений до складу комісії по перегляду Кримінального кодексу УРСР. Після завершення роботи проект нового Кримінального кодексу був переданий уряду та Верховній Раді Української РСР.

У лютому 1958 р. було прийнято рішення про створення філіалу Вищої школи МВС СРСР у Києві. П. П. Михайленку запропонували роботу в ньому (за сумісництвом) — очолити найскладнішу ділянку — кафедру спеціальних дисциплін. Після недовгих роздумів П. П. Михайленко погодився на цю пропозицію, оскільки вже багато років він надавав цьому відомству посильну наукову допомогу. Пізніше він обґрунтував необхідність створення самостійного відомчого навчального закладу в Україні — Київської вищої школи МВС (зараз — Національна академія внутрішніх справ України).

П. П. Михайленко як заступник начальника школи з навчальної та наукової роботи віддав чимало сил, знань та досвіду її становленню і зміцненню. Він водночас очолював науково-дослідний відділ і створені ним кілька творчих колективів. За його безпосередньої участі у короткий строк було підготовлено низку навчальних посібників кримінально-правового циклу: «Основи оперативно-розшукової роботи в діяльності міліції», «Розслідування кри-

мінальних справ», «Слідча робота органів внутрішніх справ», «Історія міліції України» та багато інших.

У серпні 1971 р. П. П. Михайленко призначається на посаду першого заступника начальника ВНДІ МВС СРСР і начальника Київської науково-дослідної лабораторії ВНДІ МВС СРСР, що була створена в Україні за його ініціативою. На новій посаді П. П. Михайленко велику увагу приділяв комплектуванню установи кадрами та згуртуванню колективу, організації досліджень проблем боротьби зі злочинністю, впровадженню їх результатів у практичну діяльність органів внутрішніх справ.

П. П. Михайленко не передбачав, що насуваються «чорні» часи. За наполяганням деяких працівників з вищого партійного керівництва України в 1974 р. він був звільнений із органів внутрішніх справ за статтею 69 «Положення про проходження служби», тобто за дискредитацію органів внутрішніх справ. Його виключили з партії, позбавили наукових ступенів і учених звань. Звільняли, виключали та позбавляли потай, поспіхом, за зачиненими дверима і, що найобурливіше, — заочно. З обвинуваченнями на свою адресу П. П. Михайленко зміг ознайомитися тільки через 15 років.

У 1990 р. секретаріат ЦК КПУ зняв з П. П. Михайленка всі обвинувачення як необґрунтовані. Його відновили в партії, повернули всі учені звання і наукові ступені, знову запросили на роботу до Національної академії внутрішніх справ України, що створена на базі Київської вищої школи МВС.

Сьогодні П. П. Михайленко знову в строю і поспішає надолужити втрачене. За останні роки він підготував кілька нових наукових праць: «Українська державна варта», «Суди і кари у Січі запорізькій», «Досвід боротьби зі злочинністю в УНР», «Підручник з кримінального права (Загальна частина) для навчальних закладів МВС», «Формування основ правосуддя в Україні (від Київської Русі до наших днів)». У 1999 р. опубліковано три томи його вибраних творів. У творчому доробку П. П. Михайленка — понад 370 наукових праць. Він здійснює керівництво ад'юнктами, які працюють над дисертаціями з кримінального права і кримінології, читає лекції з кримінальної політики та історії кримінального законодавства України, виконує іншу педагогічну, методичну та консультативну роботу, бере участь у розробці законодавчих та інших нормативних актів, пропаганді правових знань, керує радою ветеранів Національної академії внутрішніх справ України.

Ім'я П. П. Михайленка занесено до Міжнародної Біографічної енциклопедії визначних людей (Англія), про нього йдеться у видан-

нях Ордену міжнародного братерства; книгах «Перші 500 видатних людей нового тисячоліття», «П'ятсот впливових інтелектуалів світу» (США), «Видатні професори світу»; виданих в Україні, Парижі і Нью-Йорку енциклопедіях.

П. П. Михайленко є почесним членом 12 міжнародних наукових організацій, його обрано заступником голови Ради директорів АВІ (США), членом Форуму миру і дипломатії в усьому світі, Англійської біографічної асоціації, Міжнародної кадрової академії, Української асоціації кримінологів, Міжнародної поліцейської асоціації. У 1999 р. його відзначено Всесвітньою нагородою «За життєві досягнення», орденом «Міжнародний посланник» та титулом «Людина року» з врученням золотої медалі. Міжнародний біографічний центр нагородив П. П. Михайленка медаллю «Золота зірка» та трьома срібними медалями, вніс до почесного списку «Живі легенди» з врученням диплома і золотої медалі, а в 1999 р. присвоїв почесний титул «Людина тисячоліття». Нещодавно рішенням Ради директорів АВІ (США) за видатні досягнення в розвитку кримінологічної науки П. П. Михайленка включено до антології «Великие умы XXI столетия» з врученням диплома та персональної золотої медалі. В це видання по багатьох номінаціях відібрані найбільш видатні та впливові діячі науки і культури світу: Альберт Ейнштейн, Мартін Лютер Кінг, Марк Твен, Маргарет Тетчер... Тепер П. П. Михайленко представлений поряд з цими іменами. Він має понад 70 урядових і відомчих нагород України та інших країн, у тому числі ордени Вітчизняної війни I ступеня, Червоної Зірки, «Знак Пошани», Ярослава Мудрого, Богдана Хмельницького, «Почесну відзнаку Президента України», ордени «За заслуги», святого великого князя Володимира, святого Дмитра Солунського, срібні медалі «За відродження України», «За духовне відродження», «Хрест слави», «Закон, честь, мужність» та ін. П. П. Михайленко удостоєний Всесвітньої нагороди — «Життєвого Оскара» — позолоченої статуетки, створеної та персоніфікованої на його ім'я.

У 1996 р. П. П. Михайленка обрано дійсним членом (академіком) Академії правових наук України.

Високий професіоналізм, широка ерудованість, порядність, душевна теплота та чуйність здобули П. П. Михайленку заслужену повагу і любов його колег, численних учнів і друзів.

Президія Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Петра Петровича Михайленка зі славним ювілеєм, бажають йому козацького здоров'я, щастя, творчої наснаги і подальших успіхів у його багатогранній діяльності.

Життя, віддане людям:

**до 85-річчя від дня народження
П.С. Матишевського**

10 жовтня 2004 р. академіку Академії правових наук України, доктору юридичних наук, професору, Заслуженому працівнику вищої школи України Павлу Семеновичу Матишевському виповнилося 85. Цей ювілей практично збігся з 170-ю річницею Київського національного університету імені Тараса Шевченка, з яким нерозривно пов'язана більша частина життя П. С. Матишевського.

П. Матишевський належить до покоління людей, народжених на початку ХХ ст., в долі яких відбилися всі його сторінки — героїчні і трагічні, радісні і сумні. Після закінчення в 1939 р. середньої школи селянський син з Беларусі вступає до Мінського медичного інституту. Але стати лікарем не довелося, в тому ж році студента П. С. Матишевського призивають до лав Червоної Армії, і він стає курсантом спочатку Житомирського, а потім Ростовського військових піхотних училищ.

Велику Вітчизняну війну лейтенант П. С. Матишевський розпочав командиром кулеметного взводу 491-го стрілецького полку на Південно-Західному фронті. У вересні 1941 р. одержав перше поранення і після одужання повернувся в діючу армію — командиром кулеметної роти 981-го стрілецького полку на Південному фронті. У грудні 1941 р. був поранений удруге — цього разу тяжко — і після лікування визнаний інвалідом першої групи. Участь у бойових діях назавжди визначила ставлення П. С. Матишевського до людини як до найвищої соціальної цінності і, як згадував сам Павло Семенович, зумовила вибір професії юриста.

В жовтні 1942 р. колишній бойовий офіцер вступає на юридичний факультет Азербайджанського державного університету ім. С. М. Кірова, а у вересні 1944 р. переводиться на юридичний факультет Київського державного університету ім. Тараса Шевченка. Після його закінчення у 1946 р. П. С. Матишевський вступає до аспірантури цього вищого навчального закладу — на кафедру кримінального права. Роки навчання в аспірантурі були першим етапом становлення П. С. Матишевського як вченого і педагога, чому сприяли не лише наполеглива праця самого аспіранта, а й спілкування з такими особистостями, як Г. К. Матвеев, Ю. С. Сапожников, Я. М. Брайнін, С. І. Тихенко.

В цей період сталася ще одна визначна для П. С. Матишевського подія — в 1948 р. він одружився з Марією Степанівною. Визнання сім'ї як ще однієї найвищої соціальної цінності, шанобливе ставлення до дівчини, жінки завжди були для П. С. Матишевського тими життєвими орієнтирами, які значною мірою визначали і його власну поведінку, і його відносини з іншими людьми — друзями, колегами по роботі, студентами. Марія Степанівна та Павло Семенович прожили разом майже 50 років, виховали двох доньок, сповна відчували радість продовження роду в трьох онуках. Досить показовим є той факт, що старша донька Матишевських Ольга Павлівна обрала професію матері — стала доктором біологічних наук, а молодша донька Тетяна Павлівна продовжила справу батька — працює викладачем на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юристами стали і всі онуки Марії Степанівни та Павла Семеновича.

В 1949 р. після закінчення аспірантури П. С. Матишевський розпочинає свою науково-педагогічну діяльність на юридичному факультеті Київського державного університету ім. Тараса Шевченка. Асистент (1949–1951 рр.), старший викладач (1951–1952 рр.), доцент (1952–1970 рр.), професор (1970–1971, 1987–1995 рр.), завідувач кафедри (1971–1987 рр.), декан факультету (1974–1983 рр.) — з цими етапами трудової біографії П. С. Матишевського пов'язані і набуття професійної майстерності викладача, і становлення як провідного ученого-криміналіста, і заслужене визнання як одного з найбільш авторитетних організаторів юридичної вищої освіти в Україні.

Викладацьку діяльність у вищій школі П. С. Матишевський завжди розглядав як співпрацю викладача і студента. Він ніколи не вимагав від студентів механічного засвоєння матеріалу, цинив їх вміння самостійно мислити, завжди наголошував на необхідності поєднання права і загальнолюдської моралі в професії юриста. Ще в 70-ті роки минулого століття П. С. Матишевський як завідувач кафедри започаткував проведення так званих ігрових занять (змодельованих судових процесів), вважаючи, що вони сприяють не лише кращому засвоєнню навчального матеріалу, а й розвитку творчого мислення, змагальності, ораторської майстерності. Методиці читання лекцій, проведенню практичних та семінарських занять присвячені і останні його роботи.

Плідною була наукова діяльність П. С. Матишевського. Основний предмет його наукових інтересів становили проблеми

кримінально-правової охорони власності — саме цим проблемам присвячені кандидатська і докторська дисертації, три монографії, більше 50 наукових статей. Водночас він займався дослідженням й інших питань Особливої частини кримінального права, зокрема, тих, що стосуються відповідальності за злочини проти основних конституційних прав людини і громадянина, за злочини проти держави, за службові злочини.

По-новому розкрився талант П. С. Матишевського як вченого після здобуття Україною незалежності. Він не лише брав безпосередню участь у підготовці нового Кримінального кодексу України, а й одним із перших розкрив ті його положення, які впроваджують у кримінальну юрисдикцію України принципи верховенства права, гуманізму, справедливості. За цей час вийшло шість видань науково-практичного коментарю до Кримінального кодексу України 1960 р. і три видання науково-практичного коментарю до Кримінального кодексу України 2001 р., в яких П. С. Матишевський був провідним автором. Він також був автором двох підручників з Загальної частини кримінального права України, в яких дістали подальший розвиток його оригінальні наукові ідеї щодо об'єкта злочину, змісту кримінальної відповідальності, причинного зв'язку.

Протягом дев'яти років П. С. Матишевський був деканом юридичного факультету Київського державного університету ім. Тараса Шевченка. Перебуваючи на цій посаді, він завжди відстоював принципи класичної університетської освіти, виступав за оптимальне поєднання спеціалізації з фундаментальною теоретичною підготовкою. На його думку, це мало досягатися за рахунок високого рівня викладання всім студентам базових нормативних курсів і засвоєння студентами відповідної спеціалізації необхідного мінімуму спецкурсів. На посаді декана розкрились не лише організаторські здібності, а й кращі людські якості П. С. Матишевського — порядність, людяність, чуйність. Особливо слід відзначити його вміння працювати з людьми. В умовах так званої номенклатурної системи добору кадрів П. С. Матишевський зміг залучити до роботи на факультеті тих його випускників, які згодом стали відомими державними діячами, визначними науковцями, провідними викладачами багатьох вищих юридичних навчальних закладів України. Показово, що майже всіх нинішніх завідувачів кафедр юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка — В. І. Андрейцева, П. П. Андрушка, О. В. Дзеру, В. О. Котюка, І. І. Котюка, В. П. Шибіка, В. С. Щербину — запро-

сив працювати на факультеті саме П. С. Матишевський, і вони з гордістю називають себе його учнями.

Після звільнення з університету в 1995 р. П. С. Матишевський не втратив зв'язків з юридичним факультетом, з кафедрою кримінального права та кримінології. Саме завдяки його досвіду, таланту редактора та наполегливості стало можливим написання і видання кафедральних підручників з Загальної та Особливої частин кримінального права України, навчального посібника і практикуму. Спілкування з П. С. Матишевським сприяло науковим дослідженням його колег, допомагало професійному зростанню молодих викладачів кафедри. Важливими для багатьох його учнів були і є оцінка П. С. Матишевським соціально-економічної і політичної ситуації в державі, перспектив вищої школи в Україні, його ставлення до окремих людей.

Уже майже три роки минуло з тих пір, як пішов від нас П. С. Матишевський. Цей час дав можливість рідним, колегам, учням усвідомити масштаб його особистості, значущість для багатьох з них того періоду життя, коли вони могли безпосередньо спілкуватися з Павлом Семеновичем. Цей час також підтвердив стару істину: духовне життя такого вченого і викладача, як професор **Павло Семенович Матишевський**, продовжується і після його фізичної смерті.

С. Шапченко, доцент кафедри кримінального права і кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Приватне й публічне у природному праві та законодавстві	3
<i>Селіванов В.</i> Співвідношення права і закону	15
<i>Петришин О.</i> Конфлікт та співробітництво як соціальне середовище права	24
<i>Смородинський В.</i> Проблема систематизації функцій судової влади	34

ПИТАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

<i>Любченко П.</i> Конституційно-правові проблеми визначення структури громадянського суспільства	43
<i>Борденюк В.</i> Методологічні основи співвідношення методів державного управління та методів здійснення місцевого самоврядування: правові аспекти	53

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ТРУДОВОГО ПРАВА

<i>Боднар Т.</i> Реалізація загальних принципів цивільного законодавства при виконанні договірних зобов'язань	66
<i>Подцерковний О.</i> Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України	77
<i>Кухарев О.</i> Повноваження виконавця заповіту та їх здійснення за новим Цивільним кодексом України	90
<i>Ярошенко О.</i> Працевлаштування інвалідів: диференціація та проблеми правового регулювання	97

ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Шемшученко Ю.</i> Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом	106
<i>Швець М.</i> Методи і засоби інформатики у вирішенні проблем гармонізації законодавства України з європейським правом ..	112
<i>Яковюк І.</i> Державний суверенітет національних держав у складі Європейського Союзу: проблеми визначення	114
<i>Степанюк А.</i> Об'єкт міжнародного приватного права	126

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

<i>Грошевой Ю.</i> Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії	134
---	-----

Зеленецький В. Правова природа і функціональне призначення дослідчого провадження по заявах і повідомленнях про злочини	145
Осетинський А. Функціональна основа організації касаційної судової інстанції господарської юрисдикції	153
Шепітько В. Психологія судової діяльності: проблеми теорії та практики	161
Журавель В., Білоус В. Фіктивні підприємства у механізмі легалізації «брудних» коштів	169
Батургарєєва В. Застосування монографічного методу в дослідженні особи рецидивістів: можливості та результати	180
Монгуш Ш. Щодо питання про криміногенні чинники тяжкої насильницької злочинності в Республіці Тива	190
Сімакова-Єфремян Е. Методи дослідження як основа методології вирішення завдань судової експертизи	198

Трибуна докторанта

Дашковська О. Правові форми реалізації жінками своїх політичних прав	208
Погорецький М. Поняття «діяльність» та його значення для теорії оперативно-розшукової діяльності	216

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Бейцун І. Правова природа холдингових правовідносин	228
Мацейків М. Правові питання взаємодії торгівлі та екології в контексті забезпечення сталого розвитку	238
Тацій Л. Стандарти функціонування адвокатури в Україні	248

РЕЦЕНЗІЇ

Шлях пошуку єдності в різноманітності світу явищ (І. Спасибо-Фатєєва)	254
Видання, яке заслуговує на особливу увагу (В. Синчук)	261

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми удосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні» (Ю. Битяк, І. Яковюк)	263
--	-----

Міжнародна наукова конференція «Еволюція цивільного
законодавства: проблеми теорії і практики» (М. *Галянтич*) 268

Пріоритетні напрямки розвитку правової науки на 2005–2010 роки,
рекомендовані відділеннями Академії правових наук України 279

НАШІ ЮВІЛЯРИ

П. П. Михайленко 287

Життя, віддане людям: до 85-річчя від дня народження
П.С. Матишевського (С. *Шапченко*) 293

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (38)

Відповідальний за випуск
А. М. Кумака

Редактор *К. Гулий*
Коректор *О. Верховень*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 11.10.04.
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17. Вид. № 181.
Тираж 500 прим. Зам. № 195

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевського, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27