

# ВІСНИК

## АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 2 (45)

*Заснований у 1993 році*



Харків  
2006

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), *Ю. В. Баулін*, *Ю. П. Битяк*, *В. І. Борисов*, *М. В. Буроменський*, *Л. К. Воронова*, *Ю. М. Грошевий*, *І. М. Даньшин*, *В. В. Комаров*, *В. О. Коновалова*, *О. Л. Копиленко*, *О. Д. Крупчан*, *Н. С. Кузнецова*, *В. В. Луць*, *В. К. Мамутов*, *О. П. Орлюк*, *М. І. Панов*, *О. В. Петришин*, *М. Я. Сегай*, *М. М. Сібільов*, *В. Ф. Сіренко*, *О. В. Скрипнюк*, *І. В. Спасибо-Фатєєва*, *В. В. Сташис*, *В. П. Тихий*, *Ю. М. Тодика*, *М. Я. Швець*, *Ю. С. Шемичученко*, *В. Ю. Шепітько*.

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

© Академія правових наук

України, 2006

© «Право», 2006

# ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

---

*П. Рабінович*, член-кореспондент  
АПрН України

## Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України)

**Вступні зауваження.** Забезпечення в Україні верховенства права стає останнім часом однією з найнагальніших проблем вітчизняної юриспруденції — як практичної, так і теоретичної.

Відчутним імпульсом для її актуалізації стало, як констатується у літературі, рішення Судової Палати у цивільних справах Верховного Суду України від 3 грудня 2004 р. стосовно результатів голосування по виборах Президента України. Чимало коментаторів цього акта вважають його яскравим прикладом юридичного рішення, ухваленого безпосередньо на підставі принципу верховенства права (хоча у даному акті немає посилання на цей принцип). Саме згадане судове рішення спричинило низку публікацій і наукових конференцій, спеціально присвячених обговоренню означеної проблеми.

Та при цьому нерідко залишається поза увагою те, що ще 2 листопада 2004 р. Конституційним Судом України (далі — КСУ) було постановлено рішення, в якому він уперше виклав — причому досить докладно — своє розуміння верховенства права. Невипадковим є й те, що терміно-поняття «верховенство права» не тільки втілено у чинній Конституції України та й у такій складовій частині українського законодавства, як Конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі — Конвенція), але й поступово прокладає шлях і до галузевих законів. Так, у Кодексі адміністративного судочинства України, який набрав чинності 1 вересня 2005 р., встановлено, що «суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави» (ч. 1 ст. 8).

То ж що таке верховенство права — як принцип і як фактичний соціальний феномен? Хіба що не найдетальніша «розшифровка» змісту названого принципу міститься на сьогодні у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі — Євросуд). Більш того, незважаючи на ці акти, навряд чи взагалі можна дістати належне уявлення про верховенство права.

Оскільки категорія «верховенство права» належить, вочевидь, до загальнотеоретичних, то її витлумачування й визначення має здійснювати насамперед загальнотеоретична юриспруденція. І справді, вітчизняні теоретики (С. Головатий, А. Заєц, М. Козюбра, А. Колодій, Є. Назаренко, М. Орзіх, С. Погребняк, В. Селіванов, О. Скрипнюк, С. Шевчук, М. Цвік та ін.) неодноразово оприлюднювали думки з цього питання. Мені також доводилось висловлюватись з цього приводу, зокрема з'ясувати розуміння цієї категорії Євросудом<sup>1</sup>.

Як зазвичай буває у науці, інтерпретація верховенства права не є однаковою. Проте для вітчизняної юридичної *практики* забезпечити певний рівень його однозначного, уніфікованого розуміння видається цілком необхідним<sup>2</sup>. Тим більше, що вимогу, принцип верховенства права так чи інакше зафіксовано у низці установчих актів нашої держави, включаючи й Конституцію України (ст. 8). Цей принцип закріплено також у Статуті Ради Європи та у Конвенції.

Задля з'ясування сутності феномена верховенства права видається виправданим його, так би мовити, «поелементний» аналіз: слід встановити, по-перше, яке явище відображається терміно-поняттям «*право*», і, по-друге, у чому полягає *верховенство* цього явища. Якщо відповідь на перше питання має виявити, «вичленити» саме той феномен, якому має бути надано «панування» у суспільстві й державі, то відповідь на друге питання покликане схарактеризувати, в який спосіб, якими соціальними інструментами така ситуація може бути забезпечена.

**Право у тлумаченні Євросуду.** Дослідження практики Євросуду (відображеної, зокрема, у його рішеннях, опрацьованих Львівською

<sup>1</sup> Див.: Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду. — Юрид. вісник України. — 2005. — № 48. — С. 12.

<sup>2</sup> Відомо, наприклад, що на принцип верховенства права неодноразово посилалась Національна комісія зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права у своєму Висновку від 27 грудня 2005 р. щодо Закону України від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України» (див.: Юрид. вісник України. — 2006. — № 2). У згаданому судовому рішенні вжито слово «неправомірні» (дії). Але при цьому не оприлюднювалось, не задекларовувалось розуміння поняття права, зміст якого ніколи не був і нині не є уніфікованим. Тому й ці поняття залишаються предметом вельми неоднозначного, «строкатого» тлумачення.

лабораторією прав людини Академії правових наук України, а також опублікованих у вітчизняних та зарубіжних джерелах) дозволяє сформулювати більш-менш адекватне уявлення про його праворозуміння. Останнє ж можна — з деякою умовністю — назвати «європейським», оскільки до складу цього Євросуду входять фахівці-юристи найвищого ґатунку майже з усіх держав Європи.

Таке дослідження дає підстави констатувати, що до онтичних («онтологічних») властивостей того явища, яке відображається зазначеним праворозумінням, належать наступні:

— здатність, можливість задовольняти певні потреби та інтереси насамперед людини, а також окремих людських спільнот, об'єднань та й, зрештою, суспільства в цілому<sup>1</sup>. Майже у всіх рішеннях Євросуду йдеться про інтереси особи, приватні інтереси; зокрема інтереси дитини, батьків; інтереси групи, інтереси суспільства. А інтереси, як відомо, є так чи інакше усвідомленням, відображенням потреб. Причому йдеться — підкреслимо це особливо! — про потреби не тільки матеріальні, а й духовні та соціальні;

— зазначена можливість зумовлюється як біологічними властивостями індивіда (його віком, станом здоров'я, рівнем фізичного розвитку), так і соціальними (зокрема, рівнем зрілості, інтелектуального розвитку)<sup>2</sup>;

— згадані можливості мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненими<sup>3</sup>;

— вони мають з'ясуватися стосовно саме тієї унікальної ситуації, в якій опинилась дана людина (заявник). Євросуд постійно наголошує на необхідності зважати на специфіку, неповторність конкретної ситуації у різних державах, якщо вирішується питання про те, дотримано певне право або порушено, чи у даній ситуації «поведінка» держави-відповідача є правомірною або, навпаки, неправомірною<sup>4</sup>;

— необхідними показниками, характеристиками такої ситуації мають бути, зокрема, власне суб'єктивні, суто індивідуальні психічні особли-

<sup>1</sup> Див.: Рішення у справах «Bäckley», «Bouchelkia», «Camenrind», «Ceylan», «Chapman», «Dudgeon», «Handysise», «Iankowski», «Jonstone», «Khalfauoui», «Lingens», «Olsson», «Rees», «Rekvenyi», «Serif», «Vogt», «Wingrove», «Games», «Gaskin».

<sup>2</sup> Див.: Рішення у справах «Costello Roberts», «Crus Varac», «Kulda», «Nsona», «Soering», «Tekin», «Vilvarajah».

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справах «Airey», «Allenet de Ribemont», «Coéme», «Vasilescu», «Waite and Kennedy».

<sup>4</sup> Див.: Рішення у справах «B. C. France», «Cossey», «Lopes Ostra», «Ozgür Günden», «Rees».

вості людини, — скажімо, такі як здатність розуміти зміст і вимоги закону, рівень психічного розвитку, характер психічної реакції на поведінку інших<sup>1</sup>;

— окрім, можна сказати, *особистісної ситуативності*, Євросуд вважає за потрібне зважати також і на *ситуативність соціальну*. Найбільш рельєфно це виявляється тоді, коли він наголошує на необхідності тлумачити і застосовувати Конвенцію обов'язково у світлі *актуальних умов сьогодення*, тобто таких умов, які існують на момент розгляду справи<sup>2</sup>;

— як наслідок, оскільки будь-які ситуації постійно трансформуються, «рухаються», *конкретна* інтерпретація зазначеного поняття не може бути застиглою, незмінно формалізованою; навпаки, вона — у певному сенсі — здатна набувати певної релятивності. Звідси час від часу виникає потреба вдаватись — використовуючи «динамічний та еволюційний підходи»<sup>3</sup> — до *розвитку* праворозуміння шляхом переінтерпретації положень Конвенції, а іноді навіть і до їх, так би мовити, «добудови». Євросуд виходить із того, що «завжди існуватиме необхідність у пристосуванні загальних положень Конвенції до змінюваних обставин»<sup>4</sup> — причому навіть шляхом формулювання права, текстуально не закріпленого у Конвенції<sup>5</sup>;

— нарешті, здатність задовольняти потреби та інтереси людини має бути «справедливо збалансованою» із можливостями задоволення потреб інших осіб, інших суб'єктів соціуму, суспільства в цілому. Досягнення такого балансу Євросуд вважає основною метою, покликанням усього конвенційного механізму правозахисту. При цьому, співставляючи, «співвимірюючи» різноманітні інтереси, Євросуд свідомий того, що вони часто-густо відрізняються, не збігаються, навіть суперечать, конфліктують між собою<sup>6</sup>. І він нерідко відверто мотивує, з яких підстав «схилиє баланс» на користь *певних* суб'єктів, чому інтереси *певних* осіб мають «отримати гору», «дістати перевагу»<sup>7</sup>.

Фіксуючи усі відзначені властивості досліджуваного явища у дефініції відповідного терміно-поняття, можна резюмувати наступне. Відповідно до європейського праворозуміння **право** — *це об'єктивно*

<sup>1</sup> Див.: Рішення у справі «Campbell and Cosans».

<sup>2</sup> Див.: Рішення у справах «Cossey», «Stafford».

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справах «Christine Goodwin», «Stafford».

<sup>4</sup> Див.: Рішення у справі «Streletz, Kessler and Krenz».

<sup>5</sup> Див.: Рішення у справі «John Murray».

<sup>6</sup> Див.: Рішення у справах «Beyeler», «Cardoso Coca», «Chapman», «Chassagnou».

<sup>7</sup> Див.: Рішення у справах «Boujlifa», «Buckley», «Elsholz», «Scozzariet Giunta».

**зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) людини, справедливо збалансовані з можливостями задоволення потреб (інтересів) інших суб'єктів та й усього суспільства.**

Якщо зважати на той визначальний соціально-філософський концептуальний підхід, що на ньому ґрунтується наведена інтерпретація, то таке праворозуміння можна вважати *«інструментально-потребовим»*. Воно є змістовно інтегрованим, оскільки:

по-перше, об'єднує в єдиний комплекс різноманітні властивості тих чи інших явищ, а саме — потреби (інтереси) людини та інших суб'єктів; особистісні та соціальні особливості ситуації, в якій «задіяні» учасники відносин; конкретність, реальність та ефективність можливостей задоволення їхніх потреб (інтересів); певна співвіднесеність, зрівноваженість тих можливостей, що ними володіють відповідні суб'єкти. З огляду на це таке праворозуміння є, можна сказати, *онтологічно-інтегративним*;

по-друге, у такому праворозумінні так чи інакше одночасно спостерігаються, «віддунюються» прояви декількох відомих теорій («шкіл») права, передусім соціологічної, реалістичної, екзистенціалістської.

Окрім цього, як відзначалось, у праворозумінні Євросуду неодмінною складовою є наявність «справедливого» балансу різноманітних інтересів, насамперед інтересів особи і суспільства, який має бути досягнуто шляхом їх співставлення, «зважування». З цього приводу можна зауважити, що хоча «зважуються», співвимірюються явища, котрі існують цілком «позитивно» — як суще, як факт (передусім такі явища, як людські потреби, інтереси), однак сам процес зважування відбувається у *свідомості* відповідного суб'єкта, причому за критеріями, які нерідко взагалі не тільки не позитивізуються, а лишаяться ідеологічними конструктами, абстракціями, що мають суто *оціночний* характер. Образно кажучи, «важки», за посередництва котрих здійснюється «балансування» інтересів, аби домогтися справедливості останнього, — ці «важки» залишаються у сфері *ідеалу*, який так чи інакше протиставляється позитивно існуючій фактичній ситуації, а тому-то й є проявами, «реалізаторами» природного праворозуміння. Останнє, отож, теж є одним із обов'язкових складників інтерпретації Євросудом терміно-поняття «право».

Та, однак, не забуваймо, що сам інтелектуально-духовний процес знаходження, конституювання «справедливості», зокрема *змістовне* наповнювання її критеріїв («важок»), не є процесом неспричинюваним і невмотивованим. Він об'єктивно зумовлюється низкою обставин, які

існують цілком позитивно. До них належать, зокрема, — але нерідко лише в *кінцевому* підсумку — знову ж таки певні потреби (інтереси), причому, повторю, потреби не тільки матеріальні. Щоправда, вони зазвичай легко приховуються абстрактними гаслами і поняттями (на кшталт тієї ж «справедливості»). Проте останні завжди є — в їх *глибинному* вимірі — так чи інакше, образно кажучи, духовними випаровуваннями матеріальних умов життя, якими б численними й різноманітними явищами, ланками це «випаровування» не опосередковувалося, не ускладнювалося. Про це свідчить уся історія людства, покладена в основу її діалектично інтерпретованого матеріалістичного розуміння.

Зважаючи на це, інструментально-потребове праворозуміння можна вважати й *гносеологічно-інтегративним*.

Та чи не втрачається нормативність, стандартизованість феномена права у тому праворозумінні, що його демонструє Євросуд? Якщо взяти до уваги, що настанови Євросуду про необхідність враховувати особливості ситуації безвинятково поширюються на *усі* конкретні випадки, справи, тоді, гадаю, відповідь на це питання буде ствердною. **Всезагальність унікалізації** — ось у чому можна вбачати діалектично суперечливу стандартизацію тих явищ, які у даному випадку відображаються терміно-поняттям «право».

Принагідно зауважу, що, мабуть, однотипний — потребовий — різновид праворозуміння підтримується й обстоюється мною вже протягом останніх п'ятнадцяти років. Адже правом **загальносоціальним** (тобто не державно-владним, не «юридичним») пропоную визнавати певні можливості учасників суспільного життя, необхідні для задоволення потреб їх існування й розвитку, які (можливості) об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх однойменних суб'єктів; а таким різновидом загальносоціального права, як **права людини** — певні можливості, які необхідні для задоволення потреб її існування й розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх людей<sup>1</sup>.

**«Верховенство» у тлумаченні Євросуду.** Як розуміти означене явище, у чому воно полягає — певну відповідь на це питання теж можна віднайти у низці рішень Євросуду. Серед властивостей, характеристик цього явища він визріняє наступні:

— визнання пріоритетності, домінування, визначальної ролі прав людини у діяльності держави, оскільки — за висловом Євросуду — прин-

<sup>1</sup> Див.: Рабинович П. М. Основы общей теории права и государства. – Изд. 7-е. – Х., 2005. – С. 15, 16.



цип верховенства права втілено в усіх статтях Конвенції, якої зобов'язались дотримуватись держави-члени Ради Європи<sup>1</sup>;

— поширюваність цієї пріоритетності, цього принципу на діяльність усіх без винятку органів держави, включаючи, зокрема, й органи прокуратури<sup>2</sup>; — правова певність, визначеність (legal certainty) становища людини у тій ситуації, в якій вона перебуває<sup>3</sup>;

— неприпустимість затримання особи на невизначений і непередбачуваний строк, якщо воно не ґрунтується на законі чи судовому рішенні<sup>4</sup>;

— обсяг будь-якого правового розсуду й спосіб його здійснення мають бути з достатньою ясністю визначені законом<sup>5</sup>;

— наявність громадської довіри до судів як до гарантів справедливості<sup>6</sup>;

— майже безвиняткова можливість доступу до Суду<sup>7</sup>;

— наявність судового контролю за втручанням виконавчих органів у права людини<sup>8</sup>;

— підпорядкованість судовому рішення усіх органів держави, безвиняткова обов'язковість його виконання будь-якими органами і посадовцями<sup>9</sup>;

— можливість скасування вищим судом рішення нижчого суду, яке не набрало чинності<sup>10</sup>;

— незмінність, неоспорюваність остаточного судового рішення, яке набрало чинності<sup>11</sup>;

<sup>1</sup> Див.: Рішення у справах «Carbonare and Venture», «Hassan and Thaouch».

<sup>2</sup> Див.: Рішення у справі «Новоселецький проти України».

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справах «Baganowski», «Brumarescu», «Светлана Науменко проти України», «Рябих проти Росії».

<sup>4</sup> Див.: Рішення у справі «Ассанідзе проти Грузії».

<sup>5</sup> Див.: Рішення у справах «Ahmet Özkan and oth. », «Maestry».

<sup>6</sup> Див.: Рішення у справі «Nikula».

<sup>7</sup> Див.: Рішення у справах «Fayed», «Kutic», «Golder».

<sup>8</sup> Див.: Рішення у справах «Ассанідзе проти Грузії», «Brannigan and McBride», «Frelin», «Talat Tape».

<sup>9</sup> Див.: Рішення у справах «Вассерман проти Росії», «Гіззатова проти Росії», «Деркач та Палек проти України», «Маліновський проти Росії», «Тімофеев проти Росії», «Ромашов проти України», «Шмалько проти України», «Hassen and Tchaouch», «Iatridis».

<sup>10</sup> Див.: Рішення у справі «Krone Verlag GmbH and CoKG».

<sup>11</sup> Див.: Рішення у справах «Pullar», «Рябих проти Росії», «Полтораченко проти України», «Праведная проти Росії», «Ромашов проти України», «Совтрансавто проти України».

— невтручання законодавчої влади у відправлення правосуддя<sup>1</sup>;  
— секулярність (світський характер) держави<sup>2</sup>;  
— забезпечення державою, у разі застосування смертельної зброї, швидкого й ефективного розслідування справи її органами, «аби підтримувати громадську довіру в додержання ними верховенства права»<sup>3</sup>.

**Юридичні акти органів держави як інструмент реалізації верховенства права.** Зважаючи на комплекс наведених властивостей «верховенства» (права), є підстави висловити ще й наступні — як видається, принципові — положення.

Всезагальна здійсненність тих можливостей людини, які відображаються терміно-поняттям «право», не може бути забезпечена без позитивної діяльності держави, без державно-вольового («юридичного») інструментарію — насамперед без закону й без суду. Саме держава має бути головним гарантом «панування» права, прав людини у суспільстві (хоча якраз вона й часто-густо стає їх головним порушником).

Причому, якщо йдеться про державний закон, то — як неодмінний важель запровадження верховенства права — такому закону згідно з практикою Суду має бути неодмінно притаманна певна *якість*. До її складових належать принаймні наступні:

— змістовна відповідність правам людини — бодай у тій їх номенклатурі, що зафіксована у відповідних міжнародних конвенційних актах (як «всесвітніх», так і європейських)<sup>4</sup>;

— фактична доступність закону людині, можливість ознайомитись із його текстом<sup>5</sup>;

— достатня ясність, мовна зрозумілість закону, яка б дозволяла — нехай навіть за допомогою фахівця-юриста — передбачити, з розумною для даних обставин мірою визначеності, наслідки поведінки, що ним регулюється<sup>6</sup>.

Отже, верховенство права з необхідністю опосередковується (якщо погоджуватись із Євросудом) цілком позитивістським державно-вольовим «обладнанням», що й інтегрує певне праворозуміння із його впровадженням у реальні суспільні відносини. Внаслідок такого «сплавлю-

<sup>1</sup> Див.: Рішення у справі «Raffineries greggues».

<sup>2</sup> Див.: Рішення у справі «Refah Partisi (the Welfare Party) and oth.».

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справах «Huhh Jordan», «McKerr», «Гонгадзе проти України».

<sup>4</sup> Див.: Рішення у справі «Streletz, Kessler and Krenz».

<sup>5</sup> Див.: Рішення у справі «Kopp», «Krusein», «Wingrov», «Steel».

<sup>6</sup> Див.: Рішення у справах «Sunday Times», «Malone», «Barthold», «Olsson», «Hercegfalvy», «McLeod», «Cantony».

вання» якраз і конститується, постає те явище, котре являє собою *верховенство права*<sup>1</sup>, причому не тільки як принцип, а й як факт соціальної дійсності.

І ще на одну обставину варто звернути увагу. Інтерпретуючи терміно-поняття «закон» (в англломовному варіанті «law»), Євросуд неодноразово зауважував, що воно відображає відповідне явище «у його «сутнісному», а не у «формальному» сенсі. Воно охоплює як акти нижчого, аніж закон, рівня, так і неписане право. У сфері дії писаного права «законом» є чинний правовий акт, як він витлумачений компетентними судовими органами у світлі нових фактичних обставин»<sup>2</sup>.

Слід також відзначити, що Євросуд вважає наявність верховенства права хіба що не визначальною ознакою правової держави. В одному із своїх рішень він прямо констатував, що правовою є така держава, котра керується принципом верховенства права<sup>3</sup>.

### **Тлумачення КСУ верховенства права — знакова подія в Україні.**

А тепер відтворимо відповідний фрагмент рішення КСУ.

«Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України (254к/96-вр) в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворччу та правозахисну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка певною мірою дістала відображення в Конституції України (254к/96-вр).

Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати сво-

<sup>1</sup> Тому, до речі, навряд чи є підставною огульна, недиференційована критика юридичного позитивізму, нормативізму взагалі. Іноді вона спроможна дати якийсь тимчасовий, так би мовити публіцистично-епатажний ефект; проте виважений, уважний аналіз не дає підстав вважати її достатньо обґрунтованою, коректною набагато важливіше розробити такі *операційні* показники, критерії *правовості* закону, що ними могли б користуватись на практиці як його творці, так і його застосувачі й реалізатори.

<sup>2</sup> Див.: Рішення у справах «Kruslin», «Huvig».

<sup>3</sup> Див.: Рішення у справі «Streletz, Kessler and Krenz».

боду та рівність особи. Справедливість — одна з основних засад права є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права»<sup>1</sup>.

Перш ніж аналізувати наведені положення, зауважимо насамперед те, що оприлюднення КСУ свого розуміння верховенства права видається надзвичайно важливою, непересічною подією у громадському й державному житті України. Адже завдяки цьому у нас вперше запроваджується, можна сказати, офіційний еталон інтерпретації принципу верховенства права. Тим самим КСУ зробив помітний внесок у поліпшення умов задля реального втілення цього принципу в практику.

Не можна не відзначити і того, що наведена позиція органу української конституційної юстиції спирається — неабиякою мірою — на здобутки вітчизняної юридичної науки.

Та попри це, жодним чином не применшуючи роль конституційно-судової інтерпретації верховенства права й аж ніяк не піддаючи сумніву її судово-прецедентну обов'язковість, дозволю собі висловити — у порядку суто наукового коментування — наступні положення.

**Категорія справедливості — фундамент природно-правової позиції КСУ.** Як акцентував КСУ, наріжним каменем, так би мовити, «лакмусовим папірцем» його праворозуміння є *справедливість*. І будь-які форми її прояву, на думку КСУ, якраз і становлять *право* (навіть якщо йдеться про такі форми, які у цьому рішенні не названо, про що свідчить вжитє у наведеному фрагменті слово «тощо»). З цього боку КСУ рел'єфно задекларував себе прихильником етичного (морального) праворозуміння, а висловлюючись ширше, — послідовником скоріше за все школи «природного» (загальносоціального) права. Адже які б то не були соціальні регулятори, що є «справедливими», становитимуть, на погляд КСУ, право.

До речі, значення справедливості як визначального критерію правості, правоналежності будь-яких актів — чи то діяльнісних, чи то письмових — було акцентовано КСУ ще й в одному з його попередніх рішень — від 30 січня 2003 р. у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора. Він там відзначив, що «правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення у правах»<sup>2</sup>.

Втім, природно-правова засада не є єдиною складовою інтерпретації КСУ верховенства права.

<sup>1</sup> Вісник Конституційного Суду України. – 2004. – № 11.

<sup>2</sup> Там само. – 2003. – № 1.

**Позитивістські складники праворозуміння КСУ.** Повертаючись до інтерпретації КСУ верховенства права, відзначимо, що природно-правова засада не є її єдиною складовою. Другою складовою тут виступає, можна сказати, засада легістсько-позитивістська, оскільки однією із форм прояву справедливості визнається державний закон (хоча й не виключаються, ясна річ, випадки, коли він не відповідатиме справедливості, тобто буде актом неправовим).

Нагадаємо, що й Євросуд не виключає — в принципі — законодавство та деякі інші волевиявлення органів держави із розуміння права.

Нарешті, третьою складовою аналізованої інтерпретації КСУ виступають й інші — недержавні — соціальні регулятори, зокрема такі, як мораль, традиції та звичаї. Це свідчить про те, що у цій інтерпретації використані й елементи соціологічно-позитивістського праворозуміння.

Отже, є підстави констатувати, що КСУ у рішенні від 2 листопада 2004 року теж продемонстрував комплексний, «інтегрований» підхід до праворозуміння, на якому й ґрунтується його витлумачування принципу та феномена «верховенства права».

**КСУ про легітимованість як ознаку правовості соціальних регуляторів.** Слід звернути особливу увагу на одну досить симптоматичну тезу, викладену у наведеному фрагменті рішення КСУ. Він вважає, що усі соціальні регулятори — аби належити до *права* — мають бути «легітимовані суспільством».

Такий вираз може бути інтерпретований у двох різних значеннях: як легітимация а) саме *змісту* тих соціальних норм, які закріплені відповідними соціальними регуляторами, та б) самих по собі *форм* (засобів, інструментів) регулювання — навіть і незалежно від їхнього змісту. Розгляну наведену ознаку лише у першому значенні, яке, ясна річ, є найсуттєвішим.

У зв'язку з цим зауважу, що у соціальнонеоднорідному суспільстві завжди одночасно існують принаймні два різновиди легітимациі (суспільного визнання, схвалення): офіційна, тобто державна, та неофіційна, тобто громадська, недержавна. Перша є, зазвичай, формалізовано однозначною й об'єктивується у волевиявленні всього дорослого населення країни (референдум) або вищих органів держави, які ним сформовані, обрані, насамперед парламенту і президента.

А ось другий різновид легітимациі здійснюється вже різноманітними недержавними суб'єктами суспільства (соціальними спільнотами, громадськими об'єднаннями тощо) і тому є змістовно плюралістичним, неоднозначним. У його рамках оцінки тих або інших соціальних регуляторів як «справедливих» чи, навпаки, «несправедливих» будуть заві-

домо неоднаковими, іноді навіть взаємовиключними. Отже, у цьому випадку відповіді різних суб'єктів легітимації на питання про те, який же із соціальних регуляторів є *правом*, не збігатимуться. Проводити ж референдуми стосовно кожного законопроекту не є можливим.

Якщо враховувати, що *офіційним* — з формального боку — представником суспільства виступає лише держава, а також зважати на таку неодмінну складову верховенства права, як *правова визначеність* (забезпеченість, стабільність), тоді пріоритетну роль у легітимації соціальних регуляторів доведеться визнавати якраз за державою, насамперед за тими її вищими органами, які обираються усім дорослим населенням країни, створюються саме суспільством.

Незайвим буде відзначити й те, що у певних випадках місія легітимації покладається і на національні державні органи конституційного судочинства, рішення яких навіть стосовно актів парламента (законів) чи актів президента вважаються остаточними. Тією мірою, якою конституція сучасної демократичної держави вважається беззаперечним втіленням права (справедливості), оцінка конституційним судом таких актів як, скажімо, неконституційних, буде рівнозначною визнанню їх неправовими (несправедливими).

Не забуваймо і те, що схожу легітимаційну роль щодо будь-яких волевиявлень держав-членів Ради Європи відіграє нині й Євросуд. Адже його висновок про наявність чи відсутність «справедливого» балансу між різноманітними інтересами суб'єктів соціуму — насамперед між інтересами особи і суспільства — тягне за собою й визнання відповідно правовості, правомірності чи, навпаки, неправовості, неправомірності таких волевиявлень (дій).

З огляду на ці міркування видається, що в аналізованому фрагменті рішення КСУ вказівка на те, що соціальні регулятори мають бути «легітимовані суспільством», могла б бути сформульована більш точно, коректно.

Та оцінюючи в цілому позицію КСУ із розглядуваного питання, наголосимо ще раз: вона є загалом достатньо обґрунтованою й її оприлюднення, слід сподіватись, сприятиме впровадженню в Україні верховенства права.

**Євросуд і КСУ: порівняння інтерпретацій.** Що ж є спільним та відмінним у праворозумінні Євросуду та КСУ і, як наслідок, у витлумачуванні ними феномена верховенства права?

Змістовно співставляючи інтерпретації верховенства права, здійснені Євросудом і КСУ, відзначу насамперед, що спільним у них є, по-перше, *інтегральність* праворозуміння, в якому представлені — так чи інакше — і природно-правові, і позитивістсько-правові концепції, зокрема засади відповідно етичного та інструментально-потребового підходів.

По-друге, спільною рисою є *гуманістичність* їхнього праворозуміння, тобто зорієнтованість його в першу чергу на забезпечення природних (загальносоціальних) прав людини, її гідності, її інтересів. Обидва порівнювані варіанти праворозуміння є, можна сказати, *людинοмірними*. Вони можуть слугувати додатковими ілюстраціями слушності положення про те, що сутність, квінтесенція феномена верховенства права — це панування у суспільстві саме прав людини.

Що ж до відмінностей, то їх можна вбачати передусім у тому, що Євросуд постійно акцентує *ситуативність* змістовної інтерпретації поняття права (а отже, й поняття верховенства права), традиційно уникаючи такого вкрай абстрактного визначення (дефініювання) загального поняття права, яке можна було б поширити на усі без винятку конкретно-історичні й конкретно-суб'єктні життєві випадки. Натомість КСУ здійснив спробу сформулювати — хай і дещо в описовій формі — якраз *загальне* визначення такого поняття.

Далі. Зміст поняття саме «верховенства» (стосовно *права*) Євросуд розкрив на сьогодні вже досить докладно, більш-менш конкретизовано — у цілій низці ознак, які було сформульовано ним у рішеннях, ухвалених з конкретних справ. Ці ознаки наводились вище.

На відміну від цього, КСУ, знов же, живив стосовно розглядуваного поняття досить абстрактну формулу: «верховенство права — це панування права у суспільстві».

Означена відмінність є цілком виправданою з огляду передусім на специфіку природи, призначення (функцій) і повноважень (компетенцій) кожної з цих судових інстанцій. Дається взнаки також істотна різниця у часі їх існування (Євросуд функціонує понад чверть століття, а КСУ — приблизно десять років), а також у кількості справ, що ними розглянуті.

Водночас слід зауважити, що окремі з таких ознак зазначались і у рішеннях КСУ, хоча й без текстуальної «прив'язки» саме до верховенства права. Наприклад, у рішенні від 22 вересня 2005 р. у справі про користування земельними ділянками КСУ згадує про принцип «поваги і непопушності прав та свобод людини», принцип «справедливості», про вимогу «визначеності, ясності і недвозначності правової норми», від дотримання якої залежить, зокрема «довіра громадян до держави»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 9. Варто зауважити, що Конституційний Суд Російської Федерації, вживаючи у деяких із своїх останніх рішень терміно-поняття «верховенство права», згадує лише окремі «елементи» цього верховенства, скажімо, принцип правової визначеності (див. його рішення від 17 листопада 2005 р. № 11 – П). Щоправда, в означеному рішенні принцип верховенства права названо «конституційним», хоч у Конституції РФ його не зафіксовано текстуально (на відміну від Конституції України).

Загалом же, підсумовуючи викладене, можна висловити сподівання, що врахування у вітчизняному конституційному судочинстві практики Євросуду також позитивно впливатиме на поступове утвердження в Україні верховенства права.

*Надійшла до редколегії 15. 02. 06.*

*О. Скрипнюк, академік АПрН України*

## **Проблеми розвитку демократичного державного управління в контексті забезпечення прав і свобод людини в Україні**

Важливою проблемою, пов'язаною із визначенням мети функціонування демократичної системи державного управління, є конкретизація того сенсу, який свого часу А. Лінкольн вкладав в останню частину власного класичного визначення демократії, коли характеризував її як правління народу, здійснюване народом та в інтересах народу. Тож, що саме являють собою ці інтереси народу? На перший погляд, відповідь на це питання є неможливою, оскільки плюралізм самого поняття «народ» унеможливує уніфікацію будь-яких його інтересів. У цьому сенсі можна згадати критику ліберально налаштованих теоретиків, які доводять, що єдиним загальним інтересом народу є принципово не уніфікована багатоманітність інтересів окремих громадян. Чи означає це, що А. Лінкольн помилявся? Або можливо неправий В. Цветков, коли прагне шукати певну мету, що ставить перед собою демократія як механізм державного управління? На нашу думку, розв'язанню цієї проблеми може допомогти апеляція до ст. 3 Конституції України. Дійсно, держава, котра проголошує себе демократичною повинна забезпечувати не будь-які забаганки кожного окремого громадянина як представника того «народу», який володарює за умов демократії та демократичних політичних режимів. Тут під поняттям «політичний режим» ми маємо на увазі «систему методів, способів і засобів здійснення політичної влади»<sup>1</sup> (чи «сукупність методів реалізації політичної влади»<sup>2</sup>), а права і свободи людини і громадянина, сприяння

<sup>1</sup> Политология для юристов / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юрист, 1999. – С. 209.

<sup>2</sup> Румянцев О. Г. Основы конституционного строя России. – М., 1994. – С. 61.



реалізації яких, а також їх гарантування і захист, стають головною метою демократичного державного управління.

Зовсім не випадково ми застосували словосполучення «забаганки окремих громадян». Річ у тім, що такий спосіб розуміння демократії як раз і лежить в основі заперечення можливості існування демократичної форми державного управління. Нагадаємо, що одним з перших, хто критикував демократію з цих позицій, був давньогрецький мислитель Геракліт, який прагнув продемонструвати, що правління, спрямоване на забезпечення тимчасових забаганок натовпу, є нічим іншим, як охлократією. Пізніше з цих же позицій про демократію негативно висловлювався Платон. Нагадаємо, що, за Платоном, демократія — це одна з існуючих форм правління, коли народ отримує в свої руки всю повноту влади, зрівнює всіх у громадянських правах та праві брати участь в державному управлінні. Основний принцип демократії — це свобода, витлумачена як можливість для кожного робити все, що завгодно, оскільки єдиним і одночасно достатнім мотивом для вчинку є власна воля. Тому, як писав Платон, «в демократичній державі немає жодної потреби брати участь в управлінні, навіть якщо у когось для цього є здібності; не обов'язково підкорюватись, якщо ти того не бажаєш, чи воювати, коли інші воюють, чи дотримуватись умов миру, якщо ти цього миру не прагнеш... й знову ж таки, якщо якийсь закон забороняє тобі управляти чи судити, ти все одно зможеш це робити, якщо це прийде тобі на думку»<sup>1</sup>. Ми не намагаємось навести всі ті наслідки, які провокує ототожнення демократії з охлократією чи з процесом постійного задоволення «тимчасових забаганок натовпу».

Таким чином, якщо ми дотримуємося позиції, що демократичне державне управління все ж таки має свою специфічну мету, то нею може бути виключно забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Причому самі права людини постають, з одного боку, як «необхідні для існування і розвитку людини можливості, які об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх людей»<sup>2</sup>, а з другого — як «вимоги людей до урядів для

<sup>1</sup> Платон. Государство // Собрание сочинений: В 4 т. — М., 1994. — Т. 3. — С. 344.

<sup>2</sup> Рабінович П. М. Права людини: діалектика універсалізації найменувань та урізноманітнювання змісту й меж // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 3(30). — С. 9. Див. також: Рабінович П. М. Рішення Європейського Суду з прав людини: концептуально-методологічні засади обґрунтування // Практика Європейського Суду з прав людини. — 1997. — № 1. — С. 25; Рабінович П. М. Права людини: концептуальні засади // Права людини і громадянина: Проблеми реалізації в Україні. — К., 1998. — С. 13.

забезпечення своїх потреб та реалізації можливостей»<sup>1</sup>. Тобто, фактично права людини становлять не простий перелік можливого, а цілісну систему, кожен з елементів якої випливає з факту існування людини і є гарантією її гідності<sup>2</sup>. Зрозуміло, що ці права, так само як і їхня номенклатура, не є випадковими — всі вони утворюють певну систему, яка знаходить своє втілення на рівні Конституції як Основного закону держави і суспільства, законів та інших нормативно-правових актів. До речі, на цю ознаку системності та необхідності основних прав людини абсолютно чітко акцентує увагу О. Лаба<sup>3</sup>. При цьому поняття «основні права людини» вказує не на пріоритет одних конституційних прав перед іншими (наприклад, громадянських перед економічними, або політичних перед соціальними і т. д.), а виключно на специфіку системи прав людини, які є «основою» для діяльності демократичної держави.

Цю систему прав людини і громадянина, які є метою демократичного державного управління, становлять: а) громадянські та політичні права; б) соціально-економічні та культурні права; в) право на вільний і безпечний розвиток<sup>4</sup>. Досить часто ці права визначають завдяки поняттю «трьох поколінь прав». У цьому разі першим поколінням прав постають традиційні ліберальні цінності, сформульовані ще у період буржуазних революцій. До них належать право на життя, право на свободу думки, свободу совісті і релігії, право на участь у веденні державних справ, право на особисту безпеку, право на справедливе правосуддя.

Друге покоління прав конкретизується через такі права, як право на освіту, право на соціальне забезпечення, право на вільний культурний розвиток, право на працю і на відпочинок, право на утворення професійних спілок. Іноді серед цих прав спеціально виділяють окремі групи, якими є соціальні, економічні та культурні права<sup>5</sup>. Так, найбільш повний

<sup>1</sup> Антонович М. Еволюція прав людини // Право України. – 2005. – № 12. – С. 20.

<sup>2</sup> Див.: Коментар до Конституції України. – К., 1996. – С. 68.

<sup>3</sup> Див.: Лаба О. Формування сучасних підходів до проблем прав і свобод людини // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матер. VIII регіон. наук.-практ. конф. (13–14 лютого 2002 р.). – Львів, 2002. – С. 51.

<sup>4</sup> Наразі ми звертаємося лише до однієї з можливих класифікацій прав людини і залишаємо в стороні всі інші можливі підходи до розв'язання цієї проблеми. Загалом цікавий аналіз сучасних підходів до класифікації прав людини, спираючись на роботи таких дослідників, як В. Корнілов, В. Котюк, П. Рабинович, Л. Глухарьова, надає Т. Околіт (див.: Околіт Т. Класифікація прав людини: теоретичні аспекти // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матер. IX регіон. наук.-практ. конф. (13–14 лютого 2003 р.). – Львів, 2003. – С. 33–36.

<sup>5</sup> Див.: Пушкіна О. В. Актуальні проблеми забезпечення соціально-економічних і культурних прав людини в процесі постання України як соціальної держави // Бюл. Міністерства юстиції України. – 2005. – № 3(41). – С. 5–15.

перелік соціальних прав ми знаходимо в Європейській соціальній хартії. Це: 1) право заробляти собі на життя вільно обраною працею; 2) право на справедливі умови праці; 3) право на такі умови праці, що відповідають умовам безпеки та гігієни; 4) право на справедливую винагороду за здійснену працю; 5) право трудящих на вільне об'єднання з метою захисту своїх економічних та соціальних інтересів; 6) право на укладення колективних угод; 7) право дітей і підлітків на особливий захист від фізичної та моральної шкоди, що може бути заподіяна ним; 8) право на особливий захист вагітних жінок; 9) право на відповідні умови для здійснення професійної орієнтації; 10) право на відповідні умови для професійної підготовки; 11) право використовувати всі засоби для досягнення якнайліпшого стану здоров'я; 12) право на соціальне забезпечення; 13) право на соціальну та медичну допомогу; 14) право на отримання послуг з боку соціальних служб; 15) право родини на захист з метою забезпечення її всебічного розвитку; 16) право матері і дитини на відповідний соціальний та економічний захист. Хоча, кажучи про соціальні права, необхідно вказати на їх специфіку. Річ у тім, що сам факт конституційного закріплення системи соціальних прав ще не означає їх автоматичної реалізації у процесі державного управління. Це зумовлюється цілою низкою чинників, чи не найважливішим з яких є чинник «економічної спроможності» забезпечення державою соціальних прав. Всю силу впливу цього чинника ми мали й досі маємо змогу спостерігати в Україні. Тобто, соціальні права можуть ефективно забезпечуватись лише при високому стані економічного розвитку<sup>1</sup>.

І, нарешті, права третього покоління — це право на мир, право на здорове і безпечне довкілля і т. д. Специфіка цих прав полягає у тому, що вони виникають не як природні і невідчужувані права окремих індивідів, а як колективні права, що кристалізуються лише у міру розвитку специфічних спільнот людей (народ, нація, громадські об'єднання тощо)<sup>2</sup>. В сучасних умовах ці права набувають особливого значення, оскільки загальні процеси глобалізації все частіше роблять суб'єктами права не просто окремих громадян, а їх спільноти.

Однак, досліджуючи демократію як механізм державного управління, слід відзначити, що подібний підхід до її науково-теоретичного аналізу може і має бути застосовано не лише з погляду характеристики специфіки демократичного державного управління у його ставленні до

<sup>1</sup> Див.: Лукашкова О. А. Пошук нової парадигми: подолання крайнощів // Права людини і громадянина: проблеми реалізації в Україні. – К.: ІнЮре, 1998. – С. 27.

<sup>2</sup> Див.: Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. – М., 1996. – С. 24.

інших видів державного управління, а й як можливість витлумачити саму демократію не просто через застосування варіативної добірки інститутів (адже у різних визначеннях демократії ми зустрічаємо різні переліки її інститутів), а саме як реально існуючий та ефективно працюючий механізм реалізації функції державного управління. Якщо ж так, то чи є щось універсальне, притаманне всім без винятку демократіям, що характеризує цей демократичний механізм?

Перш ніж відповідати на це питання, слід звернутися до деяких дефініцій демократії, які найчастіше зустрічаються в сучасних правовій та політичній науках. Як приклад можна навести наступні: 1) демократія — це форма влади, заснована на визнанні народу джерелом влади; виборності та змінюваності вищих органів державної влади, їх підзвітності виборцям; поділі державної влади на законодавчу, виконавчу та судову; конституційному визнанні, закріпленні та реальному гарантуванні основних особистих, економічних, політичних та інших прав і свобод людини і громадянина; захищеності особи від свавілля та беззаконня, можливість реально захищати свої права, свободи та законні інтереси від будь-яких посягань, у тому числі з боку державних органів і посадових осіб; існуванні низки політичних, у тому числі опозиційних, партій; невтручанні держави в приватне життя громадян; гласності в діяльності держави<sup>1</sup>; 2) демократія — це політична організація влади народу, при якій забезпечується: рівна участь усіх і кожного в управлінні державними та суспільними справами; виборність основних органів держави і законність у функціонуванні всіх суб'єктів політичної системи суспільства; забезпечення прав і свобод людини і меншості відповідно до міжнародних стандартів<sup>2</sup>.

Тобто, в наведених визначеннях демократії, по суті, маємо справу з певним переліком принципів, вимог або ж інститутів, наявність яких характеризує демократичну державу. А яких же саме інститутів потребує демократія в масштабах країни в цілому? З цього приводу Р. Даль надає чітку відповідь на поставлене запитання і наголошує, що до таких інститутів належать наступні: а) вибори посадових осіб, коли конституційний контроль за рішеннями, які приймаються урядом, реалізується завдяки тому, що посадові особи обираються громадянами; б) вільні, чесні та періодичні вибори, а це означає, що посадові особи обираються в ході періодичних і чесно організованих виборів, на яких примус практично не застосовується); в) свобода слова, коли громадяни без

<sup>1</sup> Див.: Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. — М., 2002. — С. 102.

<sup>2</sup> Див.: Скакун О. Ф. Теория государства и права. — Х., 2000. — С. 161.

страху перед суворим покаранням мають право виражати свої погляди з найбільш широкого кола питань, критикувати посадових осіб, уряд, режим, соціально-економічний лад, а також пануючу в даному суспільстві ідеологію; г) наявність альтернативних джерел інформації, коли громадяни мають право використовувати альтернативні та незалежні джерела інформації, якими можуть виступати інші громадяни, експерти, газети, журнали, книги, телекомунікації та ін.; більш того, вже існуючі джерела інформації, які не контролюються урядом чи будь-якою політичною групою, знаходяться під ефективним захистом закону; д) автономія асоціацій громадян, а це означає, що громадяни для захисту своїх різноманітних прав, урахувавши й ті, що існують для ефективного функціонування політичних інститутів, мають також право утворювати відносно незалежні товариства чи організації, включаючи незалежні політичні партії та «групи інтересів»; е) забезпечення загальних громадянських прав, до яких належать: право участі у вільних і справедливих виборах посадових осіб держави, право вільного вираження власних думок, право на утворення і функціонування незалежних політичних організацій, право на доступ до альтернативних джерел інформації, право на інші свободи та можливості, які є необхідними для ефективного функціонування політичних інститутів демократії в умовах цілої країни<sup>1</sup>.

Отже, існування та розвиток демократичної системи державного управління не мисляться без забезпечення прав і свобод людини, оскільки специфічною його метою є забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

*Надійшла до редколегії 15. 03. 06*

*С. Погребняк, доцент НЮА України*

## **Втілення принципів права в юридичних актах**

Принципи права — одна з найактуальніших проблем, що турбують сучасну юриспруденцію. Така ситуація не виглядає дивною. По-перше, ще за часів античності звертали увагу на те, що принцип є найважливішою частиною всього (*principium est porissima pars cujuscque rei*). Без

<sup>1</sup> Див.: Даль Р. А. О демократии. – М., 2000. – С. 85–86.

усяких сумнівів, ця теза є справедливою і щодо права. Принципи права мають безпосередній зв'язок з переважною більшістю стрижневих загальнотеоретичних питань, як-то: сутність права, норма права, юридичний акт, правова система, правове регулювання тощо. Вони пов'язують право з політикою, економікою, мораллю, забезпечують єдність різних правових процесів, форм, теорій, ідей і концепцій, понятійно-категоріальних рядів<sup>1</sup>. Тому принципи повинні бути об'єктом особливої уваги правознавців.

По-друге, можна констатувати, що на сьогодні рівень розробки даної проблеми не відповідає потребам юридичної теорії і практики. Стурбованість з цього приводу висловлюють представники і західної, і пострадянської юридичної науки. Так, на думку Ж.-Л. Бержеля, «незважаючи на те, що ми регулярно звертаємося до поняття «загальні принципи права», його зміст залишається неясним, а природа «загальних принципів» — невизначеною»<sup>2</sup>. М. Байтін підкреслює, що розробка проблеми загальних принципів права мало просунулась уперед навіть порівняно з 40–50-ми роками ХХ ст., коли це питання почало порушуватися в радянській юридичній науці<sup>3</sup>. Отже, і сьогодні принципи права є в певному сенсі «котом у мішку»<sup>4</sup>.

Все це обумовлює необхідність продовження наукових досліджень цієї важливої теоретичної категорії, започаткованих у роботах М. Александрова, С. Алексєєва, М. Байтіна, Ж.-Л. Бержеля, Г. Гаджієва, В. Карташова, А. Колодія, Р. Лівшиця, П. Рабіновича, М. Цвіка, Р. Ціппелюса, Л. Явіча та ін. На нашу думку, одним з її актуальних аспектів, що знаходиться на перехресті теорії права і юридичної практики, є проблема втілення принципів права в юридичних актах, яке і досліджується в цій статті.

У загальній теорії права традиційно використовується етимологічне значення слова «принцип» (prīncipium) — засада, основа, керівна ідея, вихідне положення будь-якого явища (вчення, організації, діяльності тощо)<sup>5</sup>.

На наш погляд, під **принципами права** слід розуміти систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві,

<sup>1</sup> Див.: Колодій А. М. Принципи права України. – К., 1998. – С. 3.

<sup>2</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с франц. – М., 2000. – С. 163.

<sup>3</sup> Див.: Байтін М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Изд. 2-е, доп. – М., 2005. – С. 149.

<sup>4</sup> Див.: Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. – М., 2001. – С. 10.

<sup>5</sup> Див.: Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / Отв. ред. проф. М. Н. Марченко. – М., 2001. – Т. 2. – С. 75.

які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер та напрямки подальшого розвитку.

Принципи права є його складовою, і тому їм притаманні як загальні ознаки, що властиві праву в цілому, так і такі, що відображають їхню специфіку як особливої юридичної категорії. Детального вивчення потребують насамперед **власні ознаки** принципів права, які відрізняють їх від інших норм права.

1. Принципи права є **концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей**, притаманних певній системі права. Принципи акумулюють, перекладають на мову правових категорій і подають у концентрованому вигляді матеріальні, духовні, моральні, організаційні засади цього суспільства, закладені в його ладі інтелектуально-ціннісні установки і тенденції<sup>1</sup>.

Крім того, у багатьох випадках принципи права є закріпленням тих вищих гуманітарних засад і цінностей, що утворюють його загальнолюдський вимір і зумовлені самою сутністю суспільства, природою людини. Більшість таких засад ґрунтуються на «природній справедливості», загальній для всіх правових систем<sup>2</sup>, тому вони традиційно пов'язуються з існуванням природного права<sup>3</sup>. Ці так звані морально-етичні принципи утворюють моральну основу права, його духовний фундамент<sup>4</sup>. Без деяких принципів правопорядок не зміг би існувати. Йдеться, зокрема, про принципи добросовісності, незловживання правом, дотримання зобов'язань, заборони необґрунтованого збагачення, відшкодування збитків, принцип, який встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі<sup>5</sup>. Інша група (так звані організаційні принципи) утворює організаційно-процедурну основу права, орієнтовану на виконання правом його функцій як соціального регулятора<sup>6</sup>.

Отже, держава не створює принципи, а лише закріплює їх в юридичних актах, переводячи таким чином у ранг принципів права загаль-

<sup>1</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. – М., 2001. – С. 298.

<sup>2</sup> Див.: *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: Пер. з англ. – Х., 2000. – С. 87–88.

<sup>3</sup> Див.: *Радбрух Г.* Философия права: Пер. с нем. – М., 2004. – С. 26.

<sup>4</sup> Див.: *Байтин М. И.* Вказ. праця. – С. 150.

<sup>5</sup> Див.: *Тускоз Ж.* Міжнародне право: Пер. з франц. – К., 1998. – С. 208; *Міжнародне право / За ред. М. В. Буromеньського.* – К., 2005. – С. 48.

<sup>6</sup> Див.: *Байтин М. И.* Вказ. праця. – С. 150.

новизнані правові ідеї, об'єктивно зумовлені характером суспільних відносин. Проте слід пам'ятати, що принципи мають і суб'єктивний характер. Вони формулюються певним суб'єктом на підставі конкретного правового досвіду, правової культури країни і базуються на основних положеннях правової системи з урахуванням досягнутого рівня розвитку права<sup>1</sup>. Відтак, принципи права повинні розглядатися з обов'язковим врахуванням як об'єктивного, так і суб'єктивного чинників.

За виразним висловом А. Барака, правова система не може підтримуватися одним лише тілом права; тілу правової системи потрібна душа, можливо, навіть над-душа<sup>2</sup>. На нашу думку, можна вважати, що саме принципи й утворюють душу права, виконуючи *аксіологічну функцію*, стають, користуючись метафорою С. Алексеева, свого роду візитною карткою права даного суспільства<sup>3</sup>.

**2. Найбільш загальний характер** принципів права означає найвищий ступінь їх абстрагування. Безперечно, будь-яка норма права за своїм визначенням є узагальненням — оскільки вона встановлена для невизначеної кількості актів і фактів. Проте це не заважає їй зберігати свою специфіку: вона регулює лише однорідні випадки, тобто ті факти чи акти, що відповідають їй предмету. Принцип же, навпаки, виступає як узагальнення, оскільки він передбачає застосування певного правила щодо різноманітних випадків, які підлягають правовому регулюванню<sup>4</sup>. Тому порівняно з рештою норм принципів права є нормативними узагальненнями найвищого рівня, концентрованим виразом змісту права, свого роду згустками правової матерії.

Через це принципи зазвичай не прив'язують жодний визначений деталізований результат ні до якого визначеного деталізованого фактичного стану<sup>5</sup>. Саме тому досить часто принципи, не пропонуючи остаточного рішення в конкретному випадку, виконують функцію розкриття проблеми, вони змальовують її, підштовхуючи дискусію<sup>6</sup>.

Яскравим прикладом, який ілюструє цю особливість, є ситуація з втіленням в юридичних актах принципу рівності. Так, принцип рівності не допускає нерівного регулювання у випадку однакових обставин,

<sup>1</sup> Див.: *Галлиган Д., Полянський В. В., Старілов Ю. Н.* Административное право: история развития и основные современные концепции. – М., 2002. – С. 194.

<sup>2</sup> Див.: *Барак А.* Судейское усмотрение: Пер. с англ. – М., 1999. – С. 89.

<sup>3</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Восхождение к праву... – С. 299.

<sup>4</sup> Див.: *Бержель Ж.-Л.* Вказ. праця. – С. 169.

<sup>5</sup> Див.: *Барак А.* Вказ. праця. – С. 69.

<sup>6</sup> Див.: *Цинпелус Р.* Юридична методологія: Пер. з нім. – К., 2004. – С. 26.



відповідно до нього однакові обставини повинні регулюватися рівним чином. К. Хессе відзначає, що питання полягає в тому, що вважати однаковими обставинами і що не повинне регулюватися рівним чином. Проте точної відповіді на всі ці питання немає<sup>1</sup>.

Як відомо, існують два основні шляхи досягнення рівності: забезпечення рівних можливостей (гарантування кожному однакових шансів для розвитку своїх здібностей) і забезпечення рівних результатів (гарантування рівності завдяки перерозподілу соціальних благ чи запровадженню так званої позитивної дискримінації)<sup>2</sup>. Зрозуміло, що поняття рівності можливостей суттєво відрізняється від поняття рівності результатів, однак принцип рівності зазвичай не дає остаточної відповіді на питання про те, якому з цих двох шляхів віддається перевага при правовому регулюванні певної проблеми, залишаючи її на розсуд органів законодавчої і судової влади. Принцип рівності також не дає чіткої відповіді на питання про те, як далеко може зайти держава при реалізації політики позитивної дискримінації. Нерозв'язаними є й інші конкретні проблеми щодо основних форм реалізації рівності, зокрема: рівності перед законом, рівності перед судом, процесуальної, соціально-демографічної, гендерної рівноправності. Невипадково в практиці конституційних судів зустрічається багато справ, пов'язаних з перевіркою юридичних актів на їх відповідність принципу рівності. Це характерно і для діяльності Конституційного Суду України<sup>3</sup>.

Отже, нормативний зміст принципів виявляється в процесі практичної діяльності різних гілок влади. Цей процес нагадує процес поступового прояву зображення на фотографічному папері<sup>4</sup>. Зрозуміло, що формальне закріплення принципів права та їх наповнення конкретним нормативним змістом є традиційним завданням органів законодавчої влади, яке виконується в процесі поточної нормотворчості. Проте це не

<sup>1</sup> Див.: Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. – М., 1981. – С. 215.

<sup>2</sup> Див.: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. – М., 2006. – С. 46–47.

<sup>3</sup> Про це детальніше див., напр.: Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 4(43). – С. 124–134.

<sup>4</sup> Див.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М., 2002. – С. 8.

є їх виключною прерогативою. Слід звернути увагу на те, що важливу і динамічну роль як у вираженні принципів, так і в екстраполяції їх щодо питань, які виникли вперше, часто відіграють і суди<sup>1</sup>. За посередництвом правосуддя принципи нібито трансформуються в специфічні нормативно-правові вимоги<sup>2</sup>, здійснюється так звана «добудова» права<sup>3</sup>. При цьому є підстави з певною часткою умовності стверджувати, що для з'ясування змісту загальноправових принципів найбільше значення має діяльність конституційного суду, тоді як практика судів загальної юрисдикції впливає насамперед на зміст галузевих і міжгалузевих принципів.

Ці найвищі загальність і абстрактність принципів, як вже зазначалося, часто-густо залишають судам достатню свободу розсуду і оцінок у процесі вирішення конкретних справ. Це робить принципи інструментами, що дозволяють інтегрувати в правопорядок соціальні реалії і цінності поточного моменту<sup>4</sup>, адаптувати конкретні норми права до умов суспільного життя, що постійно змінюються<sup>5</sup>. Отже, принципи права виконують *коригуючу функцію*.

В цілому принцип права можна подати як складний регулюючий комплекс, який включає певні основні вимоги, що нібито окутані «хмарою» правосвідомості, правової ідеології, практикою їх застосування<sup>6</sup>. Тому зміст принципу права слід з'ясовувати через дослідження різноманітних юридичних актів (актів законодавства, актів застосування права, інтерпретаційних актів тощо).

Дія принципів на відміну від інших норм через їх найбільш загальний характер зазвичай поширюється за межі окремих видів відносин і інститутів права. Часто їх дія виходить навіть за межі окремих галузей права. Принципи утворюють свого роду нормативну парасольку, яка накриває всі законодавчі акти<sup>7</sup>. Наприклад, принцип недопустимості зворотної сили законодавства, закріплений ст. 58 Конституції України, визначає правове регулювання в усіх галузях та інститутах права.

<sup>1</sup> Див.: *Галлиган Д., Полянський В. В., Старілов Ю. Н.* Вказ. праця. – С. 169.

<sup>2</sup> Див.: *Бондарь Н. С.* Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – М., 2005. – С. 259.

<sup>3</sup> Див.: *Ципеліус Р.* Вказ. праця. – С. 19.

<sup>4</sup> Див.: *Бержель Ж. -Л.* Вказ. праця. – С. 350.

<sup>5</sup> Див.: *Гаджієв Г. А.* Вказ. праця. – С. 8.

<sup>6</sup> В основу такого уявлення покладено погляд С. Алексєєва на норми права, висловлений в його останніх роботах (див., напр.: *Алексєєв С. С.* Восхождение к праву... – С. 73–74).

<sup>7</sup> Див.: *Барак А.* Вказ. праця. – С. 88.

Характеризуючи принципи як найбільш загальні вимоги, слід враховувати зауваження О. Черданцева, який відзначає, що виділення в праві тих чи інших вимог як принципів має певною мірою оціночний характер і ставить питання про необхідність вироблення чітких критеріїв, які б давали підстави розглядати ті чи інші вимоги як основні чи неосновні для права в цілому або для окремої галузі. В низці випадків грань, що відокремлює основні вимоги від неосновних, є такою, яку важко розрізнити, рухливою і тому оціночний підхід конкретного пошукувача частогусто справляє вирішальний вплив на виділення як принцип тієї чи іншої загальної норми, на підставі якої сформульовано детальні норми<sup>1</sup>. На нашу думку, така ситуація все ж таки є більш характерною для принципів підгалузевих права і принципів інститутів права, оскільки ступінь загальності галузевих і міжгалузевих принципів (не кажучи вже про загальноправові принципи) зазвичай є достатнім для того, щоб за цим критерієм відрізнити їх від норм права.

3. Принципи *визначають змістовний характер системи права і напрямки її подальшого розвитку*, виконуючи таким чином *системоутворюючу і системоспрямовуючу функції*. Принципи права є центральною ланкою правового матеріалу, свого роду «стрижнем» юридичних конструкцій, «родзинкою» того чи іншого структурного підрозділу системи права<sup>2</sup>. Вони — нібито «сухий залишок» правової матерії, її скелет, її сутність, звільнена від конкретики і окремостей<sup>3</sup>. Принципи виконують, виразно кажучи, функцію головних, несучих елементів конструкції, навколо якої будується вся правова система<sup>4</sup>, вони об'єднують і нібито цементують галузі, підгалузі та інститути права, сприяють єдності і стабільності чинної системи права<sup>5</sup>.

Принципи нібито розчинені в праві, пронизують собою практично всі або майже всі його норми та інститути. Принципи концентрують результат розвитку права, в них втілюється нерозривний зв'язок минулого, сьогоденного і майбутнього<sup>6</sup>. Вони як своєрідний вектор визначають напрямок розвитку правової системи, впливають на зміст і розвиток усіх інших елементів правової матерії, на характер, склад і зміст

<sup>1</sup> Див.: Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993. — С. 62–63.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Восхождение к праву... — С. 298.

<sup>3</sup> Див.: Лившиц Р. З. Теория права. — М., 2001. — С. 195.

<sup>4</sup> Див.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. — М., 1973. — С. 45.

<sup>5</sup> Див.: Байтин М. И. Вказ. праця. — С. 149.

<sup>6</sup> Див.: Лившиц Р. З. Вказ. праця. — С. 200.

суб'єктивних прав, на їхнє співвідношення з обов'язками, заборонами, відповідальністю, на їх реальність, забезпеченість, захищеність тощо<sup>1</sup>. За виразним висловом Ж. Тускоза, принципи надихають всі джерела<sup>2</sup>.

Як підкреслює С. Алексєєв, у дії того чи іншого нормативного припису або їх асоціації, часто-густо в схованому вигляді, проявляється і дія нормативних положень більш високого рангу, що знаходяться нібито за їх спиною — принципів права<sup>3</sup>.

Знання принципів є запорукою належного орієнтування в системі права, на їх основі кваліфікований правник може скласти певне уявлення про інші норми права. Наприклад, притаманний цивільному праву принцип свободи договору визначає зміст більшості норм зобов'язального права, а принцип змагальності пронизує майже всі норми та інститути цивільного і кримінального процесуального права.

**З аксіоматичного пріоритету принципів над іншими нормами права** випливає, що більшість норм формуються під впливом або в розвиток того чи іншого принципу чи групи принципів і не повинні їм суперечити. Правові норми є зазвичай лише різними проявами дії принципів, засобами їх конкретизації. Наприклад, принцип гласності проявляється в нормах процесуального права, що закріплюють процедуру розгляду цивільних і кримінальних справ. Проте в деяких випадках, спеціально передбачених законом, норми права можуть встановлювати винятки із принципів — заради інших принципів права, дотримання яких у цій ситуації становить більший суспільний інтерес. Так, деякі норми КПК і ЦПК на виняток з принципу гласності встановлюють особливості закритого судового розгляду для забезпечення прав людини.

Ця риса принципів активно використовується при тлумаченні норм права. Як відомо, в ході тлумачення відбувається пошук задуму законодавчого органу. За загальним правилом, особа, що здійснює тлумачення, має виходити з того, що задум законодавця полягав у розвитку фундаментальних цінностей системи, а не в їх запереченні. Як зауважував з цього приводу Голова Верховного Суду Ізраїлю Іцхак Ольшан, в умовах відсутності спеціальної інструкції не можна допускати, щоб законодавча влада мала намір бути жорстокою і відходити від аксіоматичних принципів<sup>4</sup>. Це правило є своєрідною гарантією проти зловживання правом тлумачення. Самі принципи в такому випадку виконують *інтерпретаційну функцію*.

<sup>1</sup> Див.: Алексєєв С. С. Восхождение к праву... – С. 299.

<sup>2</sup> Див.: Тускоз Ж. Вказ. праця. – С. 210.

<sup>3</sup> Див.: Алексєєв С. С. Восхождение к праву... – С. 72.

<sup>4</sup> Цит. за: Барак А. Вказ. праця. – С. 86.

Як правило, для принципів, що виконують *регулятивну функцію*, характерна опосередкована форма реалізації: відповідно до них формулюються інші норми права, що закріплюються в юридичних актах, і здійснюється весь процес правового регулювання. Проте принципи можуть бути і безпосередньою правовою підставою для вирішення справ, наприклад, при застосуванні аналогії права в ненормативних актах. Відомо, що детальна регламентація, за всієї її розвинутості, не може передбачити всього, в той час як загальні принципи можуть охоплювати велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Для заповнення прогалин і подолання суперечностей, неминучих у сучасних умовах ускладнення суспільних відносин, необхідно ще частіше, ніж будь-коли раніше, звертатися до принципів права<sup>1</sup>, які виконують *правокомпенсуючу функцію*. Саме завдяки принципам права створюється унікальна ситуація: існують прогалини в праві (законодавстві), однак правопорядок прогалин не має<sup>2</sup>.

4. Порівняно з іншими правовими нормами принципи права відрізняються *більшою стійкістю*, залишаються незмінними протягом тривалого часу. Так, в Україні в 2001–2003 рр. були прийняті нові Кримінальний і Цивільний кодекси, проте основні принципи цих галузей права збереглися.

Однак підвищена стійкість не заважає принципам еволюціонувати разом із суспільством. Таким чином, йде постійний процес внутрішнього розвитку, внаслідок якого норми позитивного права, як в живому організмі, набувають життєвих сил і отримують імпульс для засвоєння нових сфер свого застосування<sup>3</sup>. Наприклад, принцип свободи договорів в умовах ЦК 1963 р. був обмежений положенням його ст. 48, згідно з якою визнавалась недійсною та угода, що не відповідає вимогам закону. Після набрання чинності ЦК 2003 р. межі принципу свободи договору розширились. Так, відповідно до його ст. 6 ЦК, яка є важливою новелою цивільного права, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за винятком ситуацій, коли в цих актах прямо вказано 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.

5. Як і інші правові норми, принципи *фіксуються в зовнішніх формах (джерелах) права*. Принципи можуть існувати як у самому законі,

<sup>1</sup> Див.: Бержель Ж. -Л. Вказ. праця. – С. 30.

<sup>2</sup> Див.: Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. – М., 2000. – С. 152.

<sup>3</sup> Див.: Ллойд Д. Идея права: Пер. с англ. – М., 2000. – С. 239.

так і поза законом (тобто в інших джерелах права). Це дає нам підстави виділяти загальні принципи, закріплені у законодавстві, та такі, що ним не передбачені. Деякі вчені пропонують залежно від форми викладення принципів ділити їх на дві групи: принципи, безпосередньо сформульовані в законі, і принципи, що виводяться в непрямій формі<sup>1</sup>, або, користуючись іншою термінологією, принципи, що отримали текстуальне закріплення, і принципи, що мають змістовне закріплення<sup>2</sup>. В останньому випадку у виявленні і формуванні принципів велику роль відіграють юридична практика і правова наука, які нібито добувають загальний правовий корінь з багатьох юридичних норм<sup>3</sup>.

Згідно з традиційним підходом принципи розглядаються лише як зміст права (як норми-принципи) і тому в будь-якому випадку мають бути втілені в формах позитивного права: або у вигляді окремого абстрактного, узагальнюючого припису, або у певній сукупності норм права, з яких такий принцип виводиться індуктивним шляхом (розчинений в цих нормах принцип, за виразним висловом Р. Лившиця, тут відіграє роль нібито режисера-постановника за сценою<sup>4</sup>). Без цього вони залишаються лише правовими ідеями, які охоплюються сферою правосвідомості.

Більш оригінальною є концепція, відповідно до якої загальні принципи права можуть використовуватися в двох значеннях: і як зміст права, і як його форма (джерело)<sup>5</sup>. Таким чином, вони є самодостатніми: для застосування їх вимог немає необхідності посилатися на інше джерело права (закон, правовий звичай тощо). Ця дуалістична концепція підтверджується, зокрема, практикою міжнародно-правового регулювання (див., напр., ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН). Загальні принципи часто-густо розглядаються як самостійна форма (джерело) права в європейському праві<sup>6</sup> і сім'ї романо-германського права<sup>7</sup>. Велику роль в цьому визнанні зіграла судова влада. Як зазначає Ж.-Л. Бержель, хоча суддя завжди намагався позбутися ролі автора загальних

<sup>1</sup> Див.: *Лившиц Р. З., Никитинский В. И.* Принципы советского трудового права // Сов. государство и право. – 1974. – № 8. – С. 32–37.

<sup>2</sup> Див.: *Уржинский К. П.* К вопросу о принципах правового регулирования общественных отношений // Правоведение. – 1968. – № 3. – С. 125.

<sup>3</sup> Див.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В. В. Ершова. – М., 2006. – С. 129.

<sup>4</sup> Див.: *Лившиц Р. З.* Вказ. праця. – С. 196.

<sup>5</sup> Див.: *Толстик В. А.* Вказ. праця. – С. 10.

<sup>6</sup> Див.: *Европейское право* / Под общ. ред. Л. М. Энтина. – М., 2000. .

<sup>7</sup> Див.: *Bell J., Boyron S., Whittaker S.* Principles of French law. – Oxford, 1998. – P. 14.

принципів, ми не можемо не бачити в них його, судді, нормативної влади<sup>1</sup>. Т. Хартлі вважає, що суди, які вимушені створювати правові норми для розв'язання проблем, котрі постають перед ними, посилаються на загальні принципи як на джерело права для маскуванню відкритої судової нормотворчості. Проте якщо нормотворча роль суддів стає надмірно помітною, їх можуть звинуватити у перевищенні повноважень і викривленні законодавства. І тут на допомогу приходиться концепція, згідно з якою правові норми можуть бути виведені не тільки із нормативно-правових актів, а й із загальних принципів права. Це дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів<sup>2</sup>.

Вважаємо, що в сучасній українській правовій системі формується «правове підґрунтя» для сприйняття дуалізму в розумінні загальних принципів права. Певний крок до визнання загальних принципів права самостійною формою права, на нашу думку, зроблено Конституційним Судом України. Так, у рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання Суд зауважив, що одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України<sup>3</sup>. На нашу думку, загальні принципи права можуть розглядатися як один з інших соціальних регуляторів, який легітимований суспільством, зумовлений історично досягнутим культурним рівнем суспільства і відповідає ідеології справедливості, ідеї права.

Українські суди також починають усвідомлювати свою важливу роль в процесі утвердження загальних принципів права і конкретизації тих вимог, що утворюють їх зміст. Ці дії знаходять свій зовнішній вираз у судових юридичних актах. Наприклад, Конституційний Суд України доклав зусиль щодо офіційного визнання фактів сприйняття українською правовою системою певних загальних принципів права (наприклад, принципів правової визначеності і пропорційності). Так, у рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування

<sup>1</sup> Див.: *Бержель Ж. -Л.* Вказ. праця. – С. 166.

<sup>2</sup> Див.: *Хартлі Т. К.* Основы права Европейского сообщества: Пер. с англ. – М., 1998. – С. 143, 145.

<sup>3</sup> Див.: *Офіц. вісник України.* – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

земельними ділянками Суд зазначає, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі<sup>1</sup>. А в згаданому вище рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 Конституційний Суд України формулює сутність принципу пропорційності: інтереси забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та безпеки тощо можуть виправдати правові обмеження прав і свобод тільки в разі адекватності соціально обумовленим цілям. Згодом принцип пропорційності був закріплений в законодавстві України (див. п. 8 ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV<sup>2</sup>).

*Надійшла до редколегії 24. 04. 06*

**С. Шевчук**, професор Міжнародного Соломонового Університету

## **Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект**

Термін «люстрація» (від лат. *lustratio* — очищення шляхом принесення жертви) у своєму первинному значенні в стародавніх Греції та Римі позначав ритуали очищення від моральної скверни<sup>3</sup>. Цей ритуал застосовувався у багатьох випадках: після вчинення вбивства, торкання небіжчика, кровозмішування тощо. Але ще за часів афінської демократії (V ст. до н. е.) люстрація почала застосовуватися у сучасному розумінні цього терміна, тобто з метою подолання важких негативних наслідків попередніх політичних режимів авторитарного спрямування<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Офіц. вісник України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – № 32. – Ст. 1918.

<sup>3</sup> Див.: *Boed R.* An evaluation of legality and efficacy of lustration as a tool for transitional justice // *Columbia Journal of International Law.* – 1999. – № 37. – P. 358.

<sup>4</sup> Див.: *Elster J.* Coming to Terms with the Past. A Framework for the Study of Justice in the Transition to Democracy // *Archives Européennes de Sociologie.* – 1998. – № 39. – P. 13.



Як правило, під люстрацією розуміється «усунення індивідів від політичного життя або притягнення до юридичної відповідальності за минулі дії під час попереднього режиму»<sup>1</sup>. На думку С. Карштедта, люстрація містить два типи публічного провадження: 1) кримінальне переслідування представників попередньої правлячої еліти та посадових осіб органів державної влади найвищої ланки державного управління; 2) розслідування діяльності тих осіб, які добровільно співпрацювали з минулим режимом, членів партії і державних службовців середньої та первинної ланки у бюрократичній ієрархії<sup>2</sup>.

На відміну від кримінального переслідування за злочини, що їх вчинили ці особи за часів попереднього режиму (тортури, вбивство, незаконне ув'язнення політичних опонентів та інші порушення прав людини, крадіжка державного майна тощо), котрі були злочинами відповідно до чинного на той час кримінального законодавства, люстраційні заходи, що вживаються, мають не тільки кримінально-правову складову. Це пояснюється тим, що основною метою люстрації є не тільки притягнення до відповідальності винних у вчиненні злочинів, пов'язаних з функціонуванням правлячого на той час авторитарного режиму, а й повний «демонтаж» цього режиму, тобто усунення всіх осіб, які становили його основу, та недопущення того, аби вони посіли б аналогічні посади у майбутньому й у такий спосіб загрозували демократії.

Слід мати на увазі, що люстрація не завжди може слугувати меті консолідації суспільства навколо демократичних цінностей, а навпаки, може зруйнувати моральний консенсус у суспільстві стосовно побудови демократичного суспільства, заснованого на принципі верховенства права. Так, Іспанія під час подолання важких наслідків диктаторського режиму Ф. Франко відмовилась від проведення люстрації. У Південно-Африканській Республіці замість здійснення люстраційних заходів було створено Комісію правди та примирення для усунення наслідків політики апартеїду. Люстрація також не знайшла широкого поширення й у Центральній та Східній Європі після перемоги «оксамитових» революцій наприкінці 80-х років минулого століття. Такі країни як Естонія, Латвія та Румунія, прямо відмовились від запровадження люстраційних заходів. Вони також були скасовані у Словаччині та Болгарії на підставі рішень відповідних конституційних судів.

<sup>1</sup> Див.: *Goble P. Analysis from Washington—Toward Collective Innocence? // Radio Free Europe/Radio Liberty (RFE/RL) Report. – May 1996. – on-line: <http://www.rferl.org>.*

<sup>2</sup> Див.: *Karstedt S. Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989: Public Judgements on Procedures and Justice// Law and Policy. – 1998. – № 20. – P. 16.*

Так, Конституційний Суд Болгарії у 1992 р. визнав неконституційним положення Закону «Про банки та кредитну діяльність», згідно з яким особи, що перебували на державній службі при колишньому комуністичному режимі на певних посадах, позбавлялися права бути прийнятими на роботу до банку, тобто люстраційні заходи було визнано такими, що порушують право на працю.

Інші європейські країни, намагаючись якнайшвидше позбавитися наслідків попереднього комуністичного режиму, запровадили люстраційні процеси на предмет виявлення співпраці зі спецслужбами, комуністичними партіями тощо. Так, у Чехії за період 1991–1997 рр. було заведено 303504 люстраційні справи, з яких тільки 15166 дали позитивний результат (близько 5%), тобто підтвердили наявність співробітництва<sup>1</sup>.

Такі процеси також викликали неоднозначну реакцію міжнародної спільноти. Її позицію щодо законів, які запроваджують люстрацію, сформульовано ПАРЄ від 1996 р. у Резолюції за № 1096 «Про заходи щодо подолання наслідків минулих комуністичних тоталітарних систем»<sup>2</sup>, де було затверджено відповідні рекомендації щодо забезпечення дотримання у люстраційних законах та аналогічних адміністративних заходах вимог правової держави<sup>3</sup>.

Відповідно до цієї Резолюції ПАРЄ рекомендувала державам-членам РЄ дотримуватися таких принципів при запровадженні люстраційних заходів:

— злочини, вчинені особами за часів тоталітарних режимів, повинні переслідуватися і каратися відповідно до кримінального права. Якщо ж кримінальним законодавством встановлено строки давності щодо певних злочинів, то такі строки можуть бути подовжені, оскільки «це є суто процесуальним, а не матеріальним питанням»<sup>4</sup>;

— щодо діянь, які не містять ознак злочину, але підпадають під процес люстрації, люстраційні заходи повинні бути сумісними з принципами демократичної та правової держави, якщо додержано таких критеріїв<sup>5</sup>, як дотримання принципу індивідуальної вини, що має бути доведена в кожному окремому випадку; гарантування права на захист, презумпції невинуватості та права на оскарження до суду.

<sup>1</sup> Див.: *Ellis M. Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*// Law and Contemporary Problems. – 1996. – № 59. – P. 181.

<sup>2</sup> Див.: Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems.

<sup>3</sup> Див.: Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law. – Doc. 7568.

<sup>4</sup> Пара. 7 Резолюції 1096.

<sup>5</sup> Див.: Пара. 12 Резолюції 1096.

З огляду на текст цієї Резолюції головною метою люстрації мають бути усунення загроз порушенню основних прав людини та ліквідація загрози демократичному процесу, а не переслідування політичних опонентів чи покарання осіб, які є винними у вчиненні злочинів. Останнє, на думку РС, є предметом кримінального права, а не люстраційного процесу.

Відомий дослідник у галузі порівняльного конституційного права Г. Шварц після ретельного вивчення правових аспектів люстраційних процесів у європейських країнах сформулював основні принципи проведення люстраційних заходів відповідно до конституційної концепції правової держави<sup>1</sup>. Пізніше ці принципи було взято за основу та затверджено зазначеною Резолюцією ПАРЄ (документ № 7568, §46).

1. Управління люстраційним процесом має здійснюватися спеціально утвореною комісією у складі шанованих суспільством осіб, які пропонуються головою держави і затверджуються парламентом.

2. Люстрація може застосовуватися тільки для усунення чи суттєвого зменшення небезпеки, яку спричиняють суб'єкти люстрації внаслідок використання свого становища для подальшого порушення прав людини або зупинення процесу демократизації.

3. Люстрація не може використовуватися для покарання або помсти — покарання може бути призначено тільки за минулі кримінальні дії відповідно до чинного кримінального законодавства з дотриманням усіх гарантій кримінального процесу.

4. Люстрація має бути спрямована на заміщення лише таких посад, стосовно яких існують підстави вважати, що особа, яка їх обіймає, може їх використати з метою створення суттєвих загроз правам людини або демократії, тобто тих посад в органах державної влади, через які розробляється і втілюється державна політика, забезпечується національна безпека, або посад у правоохоронних органах, службі безпеки, розвідки, судовій владі та прокуратурі, що можуть бути використані для порушень прав людини.

5. Люстрація не може застосовуватися до виборних посад; виборці мають право обирати на власний розсуд.

6. Люстрація не може застосовуватися до підприємств, установ та організацій приватного сектору або напівприватного характеру.

7. Термін «позбавлення права особи на обіймання певної посади у результаті люстрації» не повинен позначати строк, що перевищує п'ять

<sup>1</sup> Див.: *Schwartz H. Lustration in Eastern Europe// Parker School of East European Law. – 1994 – Vol. 1. – № 2. – P. 141–171.*

років, оскільки треба враховувати можливість в особи позитивних змін (навіть засудженим особам надається можливість помилювання за добру поведінку — тому особі, яка взагалі не вчинила злочину, має надаватися така можливість).

8. Лише особи, які були організаторами, виконавцями або посібниками у вчиненні серйозних порушень прав людини, можуть бути позбавлені права на обіймання певних посад.

9. Жодна особа не може підпадати під люстраційний процес лише на підставі членства в організації або діяльності на користь будь-якої організації, які були правомірними під час існування такої організації або здійснення такої діяльності (за винятком випадку, зазначеного у восьмому принципі) чи виходячи із особистих поглядів або переконань.

10. Люстрація може застосовуватися щодо дій, трудової діяльності чи членства в організаціях, що мали місце, починаючи з 1 січня 1980 р. і до моменту повалення комуністичної диктатури, оскільки малоімовірно, що особи, які не вчиняли порушення прав людини протягом цих десяти років, вчиняли такі порушення до цього періоду (цей строк давності, звичайно, не стосується порушень прав людини, за які передбачено кримінальну відповідальність).

11. Люстрація «свідомих колабораціоністів» є допустимою лише відносно осіб, які фактично причетні разом з державними органами (такими, як служба безпеки) до серйозних порушень прав людини, котрі заподіяли фактичну шкоду іншим та знали або повинні були знати, що їхні дії завдають шкоду (це, наприклад, не стосуватиметься осіб, які намагалися свідомо ввести в оману служби безпеки шляхом імітації співпраці).

12. Люстрація не повинна застосовуватися до осіб, які не досягли 18 років на момент вчинення відповідних дій; добросовісно та добровільно відмовилися від членства, праці або іншої діяльності на користь відповідних організацій до моменту встановлення демократичного режиму або діяли під примусом.

13. У жодному випадку особу не можна піддавати люстрації без надання всіх гарантій належної правової процедури, включаючи право на захист, право бути ознайомленим з матеріалами справи та усіма доказами по ній, право надавати свої докази, право на відкритий процес, якщо цього вимагає суб'єкт обвинувачення, право на оскарження до незалежного судового органу тощо.

Отже, ці 13 принципів, що затверджені Резолюцією № 1096, становлять єдиний європейський стандарт проведення люстраційних заходів,

що запроваджуються в посткомуністичних країнах, як критерій їх відповідності та сумісності з принципом верховенства права та чітко окреслюють допустиму сферу дії люстраційних заходів.

У практиці Європейського Суду з прав людини відомі два рішення, що стосуються відповідності люстраційних заходів (законів) Конвенції про захист прав людини та основних свобод. 27 липня 2004 р. Суд ухвалив рішення у справі Сідабрас і Дзютас проти Литви (*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*), в якій заявники оскаржили застосування Закону Литви «Про оцінку діяльності Комітету державної безпеки СРСР (НКВС, НКДБ, КДБ) та сучасної діяльності колишніх співробітників цієї організації», прийнятого парламентом Литви в 1998 р.<sup>1</sup>: Застосування цього ж Закону було оскаржене й в аналогічній справі Райніс і Гаспарявічус проти Литви (*Rainys and Gasparavičius v. Lithuania*), рішення по якій було винесено 7 квітня 2005 р. У першій справі заявники скаржилися на звільнення з посади податкового інспектора та прокурора, а у другій — на обмеження діяльності у приватному секторі економіки (один був юристом у телекомунікаційній компанії, другий — адвокатом).

Суд розглянув названі справи на підставі положень ст. 14 (дискримінація) разом зі ст. 8 Конвенції (право на повагу приватного життя). Скарги заявників у обох справах стосувалися не стільки звільнення їх з посад у органах державної влади чи обмеження права на доступ до державної служби, скільки обмежень, установлених законом на зайняття певних посад у приватному секторі: юристи, нотаріуси, працівники банків та інших кредитних установ, стратегічних економічних проєктів, в охоронних фірмах, інших підприємствах, що здійснюють детективну діяльність, комунікаційних системах, системі освіти як викладачі, інструктори або керівники закладів, а також на будь-яку іншу службу, що вимагає володіння зброєю.

Розглядаючи скарги заявників у першій справі, Суд навів свій висновок у рішенні по справі Німіц проти Німеччини (*Niemietz v. Germany*): «Суд не вважає за можливе або необхідне надати вичерпне визначення поняття «приватне життя». Однак було б невірною обмежувати його «внутрішнім колом», де кожен може жити таким своїм власним життям, якому він надає перевагу, і повністю виключити з цього зовнішній світ, що не входить до складу цього кола. Повага особистого життя повинна також включати до певної міри право встановлювати та розвивати відносини з іншими особами... Більше того, видається що немає принципових підстав, аби таке розуміння «приватного життя» виключало

<sup>1</sup> Sidabras and Džiautas v. Lithuania (2004). – Пара. 44.

діяльність професійного та ділового характеру; оскільки саме через свою роботу більшість людей має переважну, якщо не найбільшу можливість розвивати відносини із зовнішнім світом. Ця точка зору підтверджується тим фактом, як уже справедливо зазначалося Комісією, що не завжди можливо виокремити частину життя, яка становить професійну або ділову діяльність особи. Таким чином, особливо у випадку, коли особа має вільну професію, її робота в такому контексті може стати невід'ємною частиною її життя до такого ступеня, що стає неможливим відрізнити, ким вона виступає в даний момент»<sup>1</sup>.

На підставі таких міркувань Суд визнав, що «зважаючи зокрема на поняття, що переважають на даний момент в демократичних державах», «далекосяжна заборона на працевлаштування в приватному секторі дійсно впливає на приватне життя»<sup>2</sup>.

Далі Суд розглянув питання дискримінації за ст. 14 разом зі ст. 8 Конвенції і визнав заборону на працевлаштування на певні посади в приватному секторі непропорційною, оскільки «встановлені державою обмеження на можливість особи працевлаштуватися у приватній компанії з огляду на відсутність лояльності до держави не можуть бути виправданими з точки зору Конвенції... незалежно від важливості такої приватної компанії для економічних або політичних інтересів держави чи інтересів державної безпеки»<sup>3</sup>.

Цей стандарт Суд застосував й у рішенні в другій справі, де заявники у результаті застосування люстраційного закону були звільнені з обійнятих посад або яким було заборонено подальше здійснення певної діяльності, зазначаючи при цьому, що «звільнення заявників з роботи як юристів у приватному секторі і подальші обмеження на їх працевлаштування відповідно до [люстраційного закону] становили законодавче виокремлення їх статусу на підставі їх минулого, пов'язаного з КДБ, що безпосередньо впливає на право заявників на повагу до приватного життя»<sup>4</sup>.

Застосовуючи цей стандарт, Суд зазначив: «Для виправдання такого розрізнення основні аргументи Уряду полягали в тому, що [люстраційний закон] був належним чином збалансований в світлі легітимного інтересу захисту національної безпеки, а оскаржувані обмеження на працевлаштування встановлені щодо заявників з огляду на відсутність

<sup>1</sup> Див.: Niemietz v. Germany (1992). – Пара. 29.

<sup>2</sup> Sidabras and Džiautas v. Lithuania (2004). – Пара. 47.

<sup>3</sup> Там само. – Пара. 58.

<sup>4</sup> Rainys and Gasparavičius v. Lithuania (2005). – Пара. 35.

лояльності до держави. Однак Суд наголошує, що встановлені державою обмеження не можуть бути виправдані з точки зору Конвенції у такий самий спосіб, як і обмеження на доступ до їх працевлаштування на державну службу ... Більше того, досить пізнє прийняття закону, яким було встановлено обмеження на працевлаштування заявників, — через десять років після набуття незалежності Литвою та припинення працевлаштування заявників в органах КДБ — становить досить суттєвий аргумент на користь того, що застосування закону стосовно заявників є дискримінаційним заходом...<sup>1</sup>

Отже, люстраційні заходи можуть суперечити багатьом положенням Конвенції. Так, крім визнання порушення ст. 14 разом зі ст. 8 Конвенції цими заходами, Суд у рішеннях по справах Фогт<sup>2</sup> (щодо членства в комуністичній партії) та Фолкмер і Петерсен<sup>3</sup> (щодо співробітництва з режимом колишньої НДР) зазначив, що звільнення державного службовця через політичні мотиви може бути підставою для оскарження на предмет порушення ст. 10 Конвенції. Беручи до уваги ці рішення Суду, слід дійти висновку про те, що люстраційні заходи у приватному секторі порушують принцип недискримінації (ст. 14 Конвенції), який в першу чергу стосується позбавлення особи можливостей, що надані іншим, робити особистий вибір котрий має поважатись як елемент, що формує людську особистість та обмежує здатність особи розвивати відносини із зовнішнім світом (право, гарантоване ст. 8 Конвенції)<sup>4</sup>.

Крім того, застосування люстраційних заходів до осіб, які претендують на керівні посади в засобах масової інформації, може порушити право на свободу вираження, гарантоване ст. 10 Конвенції, оскільки становитиме втручання з боку держави у діяльність ЗМІ та порушуватиме їх незалежність.

Слід також зауважити, що люстрація осіб, які претендують на керівні посади в дошкільних закладах, школах, гімназіях, коледжах, вищих навчальних закладах, порушуватиме не тільки свободу вираження, а й академічну свободу, що належить до сфери захисту, гарантованої ст. 10 Конвенції.

Академічна свобода захищатиме від державного втручання щодо визначення змісту навчальних програм і свавільного державного регулювання праці викладачів та вчителів. В основі концепції академічної

<sup>1</sup> Rainys and Gasparavičius v. Lithuania (2005). – Пара. 36.

<sup>2</sup> Див.: Vogt v. Germany (1995).

<sup>3</sup> Див.: Volkmer v. Germany (2001); Petersen v. Germany (2001).

<sup>4</sup> Див.: Pretty v. the United Kingdom (2002).

свободи лежить ідея, відповідно до якої загальне благо суспільства залежить від пошуку знань та їх вільного вираження. Тому забезпечення академічної свободи у вищих навчальних закладах сприяє досягненню цих цілей в рамках навчального процесу та наукових досліджень. Університети та інші навчальні заклади повинні забезпечувати додержання конституційних прав викладачів, вони також мають бути захищені від санкцій за реалізацію таких прав. Викладацький склад має право на вільне здійснення досліджень та оприлюднення їхніх результатів, викладання та обговорення, право на свободу критики адміністрації університету або факультету та на свободу від внутрішньої цензури<sup>1</sup>. Це право кореспондується з викладацькими обов'язками, включаючи необхідність наукового обґрунтування своїх досліджень і чесним пошуком знань.

Ці люстраційні заходи та їхні обмеження відповідно до європейських стандартів належать до так званої «ретроспективної люстрації», тобто щодо дій, вчинених особами під час попереднього авторитарного режиму. Для демократичного режиму вкрай важливим є також наявність надійних правових та інституційних гарантій неповернення до попереднього стану. Це може бути досягнуто через здійснення «перспективної люстрації» за умов існування режиму «озброєної демократії».

Концепція «озброєної демократії» вперше з'явилась у німецькому конституційному праві з огляду на необхідність подолання трагічних наслідків нацистського режиму. Вона виходить з того, що демократія базується на певній незмінній ціннісній основі у вигляді конституційних норм і принципів, які є настільки фундаментальними, що навіть інші конституційні положення можуть бути визнані неконституційними у разі невідповідності такій основі<sup>2</sup>. Так, з огляду на цю концепцію, політична партія, що ставить перед собою завдання досягти антидемократичні цілі, не може одержати легітимність (та місця у парламенті. — *С. III.*) просто через те, що вона користується підтримкою серед виборців<sup>3</sup>.

У цьому, до речі, полягає зміст розрізнення, що походить з французького конституційного права між найвищою установчою владою народу (*pouvoir constituant*) і конституціоналізованою владою, тобто владою обраних представників народу (*pouvoir constitue*), тому ця нез-

<sup>1</sup> Див.: *Schrank B. Academic Freedom and University Speech Codes// University of New Brunswick Law Journal.* – 1995. – P. 67.

<sup>2</sup> Див.: *Wise J. Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party// University of Chicago Law School Roundtable.* – 1998. – № 5. – P. 302.

<sup>3</sup> Див.: *Fox G., Nolte G. Intolerant Democracies// Harvard International Law Journal.* – 1995. – № 5. – P. 16.



мінна ціннісна основа не може бути скасована законодавчим органом, навіть за умов додержання порядку внесення змін до конституції<sup>1</sup>.

До цієї ціннісної основи належать також конституційні права і свободи. Відповідно до ч. 2 ст. 22 Конституції України вони гарантуються і не можуть бути скасовані, тому і становлять незмінну основу конституційного ладу. Основний закон ФРН, у свою чергу, дозволяє Конституційному Суду призупиняти дію прав тих, хто «зловживає» своїми свободами, наприклад, свободою вираження, гарантує право на опір для захисту демократії, яке може застосовуватись, якщо інших засобів вичерпано, обмежує можливість внесення поправок до самого Основного закону і дозволяє забороняти антидемократичні політичні партії та асоціації. Саме ці елементи були проголошені Конституційним Судом ФРН у справі комуністичної партії Німеччини (*Kommunistische Partei Deutschlands*) як складові концепції «озброєної демократії»<sup>2</sup>.

Конституції інших європейських держав також містять положення, що дозволяють розпускати партії антидемократичного спрямування<sup>3</sup>. Як зазначив Конституційний Суд Чехії, Конституція є не просто переліком установ і процедур; вона містить у своєму тексті певні керівні ідеї, що виражають основоположні непорушні цінності демократичного суспільства, які зв'язують навіть законодавця<sup>4</sup>.

У цьому контексті перспективні люстраційні заходи становлять механізм захисту конституційно-демократичного ладу. Конституційний Суд Словенії у рішенні щодо обмеження свободи об'єднання зазначив таке: «Одним з елементів, типових для вільної демократичної системи, є її відкритість і забезпечення різних прав, свобод та інтересів. Саме це часто ставить таку систему на межу загибелі. Тому вона має право захищати себе проти сил, які можуть загрожувати її основним цінностям. Конституційні та законодавчі обмеження щодо свободи об'єднання

<sup>1</sup> Див.: *Fox G., Nolte G.* Intolerant Democracies// Harvard International Law Journal. – 1995. – № 5. – P. 19.

<sup>2</sup> Див.: *Kommers D.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. – Duke Univ. Press. 1989. – P. 228.

<sup>3</sup> Так, італійська (ст. XII(1)) та іспанська (ст. 6) конституції містять положення, що забороняють утворення фашистських партій. Португальська конституція забороняє будь-які об'єднання, які дотримуються фашистської ідеології (ст. 46(4)). У Фінляндії організація може лише тоді бути зареєстрована як політична партія, якщо вона доведе своїми діями повагу до демократичних принципів. В Австрії вважається кримінальним злочином заснування об'єднання, спрямованих проти національної незалежності або конституційно встановленої форми уряду.

<sup>4</sup> Див.: Judgment of the Constitutional Court of Czech Republic Pl. US 19/93, dated 21 December 1993, available in English [http://www.concourt.cz/angl\\_verze/doc/p-19-93.html](http://www.concourt.cz/angl_verze/doc/p-19-93.html).

становлять доволі делікатні втручання у фундаментальні конституційні свободи, які можуть бути виправдані тільки у випадку, якщо вони спрямовані на захист вільного демократичного суспільства у цілому»<sup>1</sup>.

Отже, європейські стандарти, сформульовані РЄ та конституційними судами європейських країн, зовсім не забороняють запровадження люстраційних заходів. Тим не менш, вони встановлюють суттєві обмеження щодо сфери їхньої дії. Відповідно лише ті люстраційні заходи, які узгоджуються з принципом верховенства права та правами людини і основними свободами, можуть вважатися правомірними. Але передусім слід визначити необхідність і пропорційність запровадження таких заходів, тобто адекватне співвідношення між суспільними цілями запроваджених люстраційних заходів і засобами їх досягнення.

Особливу увагу треба звернути на забезпечення таких гарантій, які унеможливили використання люстраційних заходів для зведення політичних рахунків чи інших зловживань, про що свідчить державно-правовий досвід таких європейських країн, як, наприклад, Польща та Чехія<sup>2</sup>.

*Надійшла до редколегії 15. 02. 06*

---

<sup>1</sup> Decision of the Constitutional Court of Slovenia Up-301/96 dated 15 January 1996 (Published: Official Gazette RS, №. 13/98). – Para. 14.

<sup>2</sup> Див.: *Boed R. An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice// Columbia Journal of Transnational Law.* – 1999. – № 37. – P. 357.

# ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

*О. Тодика*, кандидат юридичних наук  
(НЮА України)

## Концепція «відкритої держави» і проблеми здійснення народовладдя

Державність в Україні, інших пострадянських країнах знаходиться на перехідному етапі. Сучасний період розвитку держав Східної Європи й України, Росії являє собою четвертий етап перехідної держави і перший досвід постсоціалістичної держави. Перехідна держава відображає трансформацію політичної і правової систем суспільства, суспільних інститутів.

У системі категорій конституційного права «державність» має особливу значущість. У вузькому значенні її можна розглядати як синонім держави взагалі, держави того чи іншого історичного типу, як структуру влади і владних відносин у державі, тобто визначену конституцією систему інститутів і правил їхньої взаємодії<sup>1</sup>. Але є можливість проаналізувати державність у широкому аспекті, тобто через взаємний зв'язок елементів державності і суспільних відносин, функцій, інститутів, політичної ідеології, економіки і культури, систему чинників, що впливають на формування загальних рис або ознак держави.

У даній статті ми розглядаємо концепцію «відкритої держави». Така держава повинна бути відкритою не тільки саме для себе, а й насамперед для суспільства і громадянина, якщо держава конституційно визначена як демократична і правова. З метою визначення ролі концепції «відкри-

<sup>1</sup> Про поняття «державність» див.: *Бачило І. Л.* Факторы, влияющие на государственность // Государство и право. – 1993. – № 7. – С. 21–30; *Веденеев Ю. А.* Теория и практика переходных процессов в развитии российской государственности // Там само. – 1995. – № 1. – С. 107–117; *Становление новой российской государственности: реальность и перспективы.* – М., 1996; *Морозова Л. А.* Проблемы современной российской государственности: Учеб. пособ. – М., 1998; *Чиркин В. Е.* Переходное постсоциалистическое государство: содержание и форма // Государство и право. – 1997. – № 1. – С. 4–11; *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України. Методологічні аспекти. – К., 2002.

тої держави» для становлення і розвитку народовладдя в Україні, інших пострадянських державах застосуємо як вузький, так і широкий підходи до категорії «державність». При цьому ми виходимо з того, що на державу як інституціональну структуру, покликану обслуговувати суспільство і функціонувати в його інтересах, впливає цілий комплекс чинників, і не тільки внутрішніх, а й зовнішніх.

Концепція «відкритої держави» в аспекті народовладдя ще не аналізувалася. Конституція — не тільки правовий акт, який має найвищу юридичну силу і пряму дію, а й програмно-цільовий документ, що задає напрямки розвитку державності. Власне кажучи, немає жодної конституції на пострадянському просторі, в якій би не закріплювалися програмні цілі і завдання. Встановлення в конституціях країн СНД положення про те, що держава є демократичною, соціальною і правовою, — це сьогоднішнє в основному бажана модель, але не реальність. Тому необхідний пошук створення умов, щоб пострадянські держави не номінально, а реально становилися демократичними і правовими. Необхідні відповідні теоретичні наробітки. Однією з перспективних, на наш погляд, є концепція «відкритої держави»<sup>1</sup>. Стосовно до аналізу питань здійснення народовладдя вона досить продуктивна. У літературі обґрунтовано відзначається, що проблема відкритої держави для сучасної цивілізації вельми актуальна<sup>2</sup>.

Одна з цілей політико-правової трансформації України, інших пострадянських держав — становлення правової держави і громадянського суспільства. Справжня демократія припускає їхнє розмежування, при якому існують ефективні механізми впливу громадян на державні структури<sup>3</sup>. Автори концепції відкритої держави вважають, що ця концепція ґрунтується на механізмах демократичної взаємодії держави і суспільства, і що контрагентом держави повинне бути дієве плюралістичне громадянське суспільство. При цьому важливо щоб держава була здатною до сприйняття активності суспільства, а суспільство — до розуміння ролі держави як особливого інструмента для свого функціонування і розвитку. Перспектива їхньої взаємодії полягає в тому, що держава буде ставати підконтрольною громадянському суспільству, а суспільство — усе більш мислячим<sup>4</sup>. Відкритість — один з напрямків подолання відчуження держави від суспільства.

<sup>1</sup> Див.: Открытое государство: политико-правовое видение // Государство и право. — 2003. — № 5.

<sup>2</sup> Див.: *Остром В.* Смысл американского федерализма. — М., 1994. — С. 80–85.

<sup>3</sup> Див.: *Кин Дж.* Демократия и гражданское общество. — М., 2001.

<sup>4</sup> Див.: Открытое государство: политико-правовое видение. — С. 60.

Етимологічно концепція «відкритої держави» перегукується з концепцією «відкритого суспільства»<sup>1</sup>, яке стає відкритим тоді, коли кожен громадянин може зі знанням ситуації діяти в особистих, групових і загальних інтересах, нагромаджувати інформацію, вільно визначати свою позицію і відповідно брати участь у виборчому або референдумному процесі, здійснюючи свідомий вибір на основі об'єктивної інформації про програми політичних партій, що висунули кандидатів у парламент.

Проведені в Україні, інших пострадянських державах конституційні й інші реформи багато в чому спрямовані на усунення у політичній системі і суспільстві тінювих інститутів і процедур. Вирішальну роль у цих зусиллях може відіграти формування відкритої держави, рух до якої — це шлях перетворення держави з інституту, що підкоряє і контролює суспільство, на могутній інститут зрілого громадянського суспільства. Концепція «відкритої держави» може бути корисна саме для оцінки реально функціонуючої влади, з'ясування того, якою мірою вона обмежена правом і слугує суспільству.

Чинна українська Конституція визначає Україну суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою з республіканською формою правління, де державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. При цьому встановлюється, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. До цього переліку можна додати і принцип відкритості держави як її здатність до адекватного сприйняття впливу громадянського суспільства.

Сьогодні ж можна констатувати, що пострадянські держави, незважаючи на введення за допомогою конституційних норм таких демократичних принципів та інститутів, як поділ влади, політичне різноманіття, вільні вибори, референдуми, парламентаризм, поки що не можуть унаслідок іманентно притаманних їм властивостей активно розвиватися в напрямку інформаційної відкритості. У цілому немає готовності до розширення участі структур громадянського суспільства в справах держави. Багато конституційних питань, як і раніше, вирішуються кулуарно, і громадськість довідується про рішення, що стосуються всього соціуму, з преси або по телебаченню. Суспільству рідко надається можливість обговорювати принципи питання розвитку держави, насамперед законопроекти. Це здійснюється, як правило, при розгляді проектів Конституції. Такі ж питання, як вступ держави до відповідних міждержавних структур, не ставляться на обговорення.

<sup>1</sup> Див.: *Поттер К.* Открытое общество и его враги. – М., 1992.

Усе це актуалізує проблему держави не тільки як правової і демократичної, а й як відкритої, де гласність роботи державних органів має бути піднесена до рангу державної політики і конституційного принципу. Це має істотне значення для розвитку на пострадянському просторі інститутів народовладдя. При відкритій державі ефективніше запрацює законодавство, і можна реально забезпечити законність у функціонуванні інститутів народовладдя, контроль громадян над державними інституціями. Особливе значення має законність проведення виборчих кампаній.

Відкритість держави, гласність роботи структур державного механізму — об'єктивна вимога часу. Так, в Україні в останнє десятиліття склалася система, для якої характерні: а) існування як формальних конституційно-правових, так і тіньових інститутів влади й управління; б) контроль фінансових груп за основними ресурсами влади, включаючи засоби масової інформації; в) жорстка конфронтація різних гілок влади; г) нескінченна ініціація різних правових реформ і недоведення жодної з них до логічного завершення; ґ) широке закріплення на конституційному рівні основних прав і свобод людини і громадянина та відсутність дійових механізмів їхнього здійснення і гарантування; д) неефективність судової і правоохоронної систем; е) більш докладна, ніж це було раніше, регламентація в Конституції правового статусу місцевого самоврядування і відсутність належної матеріально-фінансової бази його функціонування; є) ерозія низки виборчих процедур (особливо передвиборної агітації), порушення виборчих прав громадян, трансформація представницької демократії в керовану; ж) при існуванні в Україні офіційно зареєстрованих 127 політичних партій немає підстав говорити про наявність реальної багатопартійності; з) інститут парламентаризму як елемент механізму народовладдя тільки починає складатися.

Україна, як й інші країни СНД, знаходиться на перехідному етапі свого розвитку. З погляду становлення державності і здійснення народовладдя сутність даного процесу полягає в тому, що, з одного боку, триває демонтаж традиційних державних інститутів на базі нового конституційного законодавства, звичок і стереотипів у реалізації владних функцій і створення нових, нетрадиційних інституціональних структур (Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Рада національної безпеки та оборони України, Конституційний Суд України, Вища рада юстиції і т. д.). Сьогодні є підстави вважати, що демонтаж соціалістичних державно-правових інститутів на сучасному етапі перехідного періоду в Україні в цілому завершено, але «звички і стереотипи», відносини держави й особистості багато в чому зберігаються. Народ з такою

позицією не завжди погоджується, про що свідчать події листопада — грудня 2004 р. у період проведення виборчої кампанії по виборах Президента України. Нова влада прагне стати більш відкритою, що досить важливо для здійснення механізму народовладдя. З другого боку, проблем з відкритістю влади, гласністю функціонування її структур більше ніж достатньо. Про це свідчить і реакція громадян на деякі кадрові призначення на різних рівнях, несприйняття змісту і передбачуваних темпів проведення адміністративно-територіальної реформи.

Сформувати діючі інститути народовладдя в разі відсутності гласності і відкритості державної влади неможливо. При цьому треба враховувати, що сама ця влада згідно з ст. 5 Конституції України — елемент народовладдя, і від того, наскільки вона відкрита і доступна людям, демократична, можна говорити і про потенціал народовладдя. Істотне значення мають і стан суспільства, рівень правосвідомості, правової культури громадян, зрілість (або незрілість) громадянського суспільства, ступінь розвитку його основних інститутів. Концепція «відкритого суспільства» — це спроба нового підходу до проблем державності на пострадянському просторі, що поєднує елементи як традиційного нормативізму і інституціоналізму, так і політико-соціологічного підходів. Ця концепція у сфері здійснення народовладдя є продуктивною. Так, поведінка виборців визначається не тільки правовими, а й іншими нормами і залежить від багатьох чинників. Відповідно перед початком виборчих кампаній державні і недержавні структури проводять соціологічні дослідження, результати яких не завжди доводяться до громадськості.

Відкритість держави, гласність функціонування владних структур у сфері народовладдя важлива з погляду подолання відчуження громадянина від влади, виявлення проблем розвитку демократії, правової системи, необхідності прийняття конкретних законів. Це важливо і тому, що в пострадянських державах закони нерідко нав'язуються суспільству, приймаються в інтересах відповідних олігархічних груп і працюють не на суспільство і державу. Сьогодні реально народ не може вплинути на законодавчу політику держави. Така примусова законність слугує лише засобом здійснення влади, а не спрямована на її обмеження. Однією з визначальних ознак правової держави є саме зв'язаність влади правом. Проявом відкритості держави могло б бути систематичне опублікування в засобах масової інформації найбільш важливих законопроектів, щодо яких громадяни могли б висловлювати свої пропозиції. Але ця практика нині відсутня, хоча в радянський період вона була досить поширеною.

Проблема відкритості держави безпосередньо пов'язана з такими конституційними ознаками і характеристикою держави як правової, демократичної, соціальної, із закріпленням механізму народовладдя, реалізацією громадянином політичних та інших основних прав і свобод. Закріплення на рівні Основного Закону характеристики держави як демократичної становить базу концепції «відкритої держави». Поняття її відкритості припускає її відкритість у стосунках з суспільством і громадянами, їх асоціаціями, політичними партіями, іншими суб'єктами права.

Специфіка розвитку інституту народовладдя в Україні, інших пострадянських державах полягає в тому, що він відбувається в умовах формування громадянського суспільства і становлення інститутів демократичної державності. І в цьому аспекті відкритість держави важлива з точки зору підтримки державою суспільства в його розвитку. Громадянське суспільство не можна заснувати, але за допомогою законодавства, інших засобів можна створювати умови для його становлення і розвитку.

Сьогодні об'єктивно необхідно переосмислити трансформаційний етап розвитку держави і суспільства, відкинути деякі ілюзії. Так, на початку 90-х років ХХ ст. шлях на економічну лібералізацію і політичну демократизацію, орієнтований в основному на запозичення моделей західних демократій, привів до небажаних результатів: а) відбувся небувалий за масштабами процес соціального розшарування і поляризації суспільства по прибутках; б) зник «середній» клас, який зароджувався і міг би стати гарантією демократичних перетворень; в) національна і конфесійна неоднорідність населення стала одним із джерел конфліктів; г) одержали подальший розвиток негативні традиції політичної культури, спрямованої не на пошук суспільного консенсусу, а на «сильну владу» і патерналістську державу; ґ) зросли апатія і відчуження суспільства, особливо після економічних потрясінь кінця 90-х років. Саме стан суспільства дозволив державній владі знову ігнорувати суспільну думку, приймати закони, інші нормативно-правові акти, не завжди відповідають волі народу.

Скандальне явище останнього десятиліття — обернення загальнонаціонального надбання на приватну власність без викупу або в кращому разі за символічну ціну, розчерком пера якої-небудь посадової особи. Ще ніколи така величезна маса національного багатства не перетворювалася на безхазяйне майно і не виставлялася на розграбування при потуранні державної влади. Аукціони з продажу великих промислових об'єктів проводилися із заздалегідь визначеним результатом і, як правило, без конкуренції. Зараз влада в Україні намагається навести порядок у цій сфері.



Відкрите суспільство — передумова відкритої держави. Якщо відкритість — тільки одна із умов існування громадянського суспільства, то вільні вибори сприяють формуванню відкритої держави тією мірою, в якій вони забезпечують представницький характер виборних органів. Якщо громадянське суспільство припускає активність й ініціативність громадян, громадських формувань, то відкрита держава припускає інформаційну відкритість і можливість реалізації зусиль громадянського суспільства через державні структури. Відповідно відкрита держава повинна бути структурно і функціонально побудована таким чином, щоб забезпечувати діалог з громадянським суспільством. Відкрита держава означає прозорість функціонування державних структур, можливість суспільства відслідковувати позиції парламентських фракцій і депутатів, хід прийняття рішень і контролювати їхнє виконання<sup>1</sup>.

З метою реалізації даних положень важливо забезпечити належну гласність роботи Верховної Ради України, парламентів інших країн СНД. Це необхідно для становлення парламентаризму, розвитку народовладдя. Громадяни повинні бачити, яку позицію в парламенті відстоює парламентська фракція, за якою стоїть відповідна політична партія або блок. У такій відкритості зацікавлені як громадяни, так і суспільство.

У нинішніх умовах основний канал зв'язку громадянського суспільства і держави — політичні партії як його важливий елемент. Розвинута багатопартійність сприяє чіткому вираженню в парламенті інтересів народу і формуванню політичної волі. Партії утворюються для боротьби за владу, участі в управлінні суспільством і державою. Вони є не тільки сегментом громадянського суспільства, а й частиною держави тією мірою, в якій їхні представники через систему виборів та інші легітимні процедури (наприклад, формування уряду) стають членами законодавчих і виконавчих органів влади. Так, після президентських виборів у грудні 2004 р. багато народних депутатів з політичного блоку «Наша Україна» стали міністрами або заступниками міністрів, головами обласних державних адміністрацій і т. д. У зв'язку з проведенням конституційної реформи в Україні політичні партії, що ввійшли в парламент, не тільки визначають законодавчу політику в державі, а й формують Кабінет Міністрів. Відповідно зростає й їх відповідальність за стан справ у державі.

Але навіть якщо уряд формується позапарламентським шляхом, що, безумовно, знижує роль партій та їхні можливості в становленні правової, демократичної держави, парламентські партійні фракції можуть здійснювати парламентський контроль за урядом. До таких важелів

<sup>1</sup> Див.: *Открытое государство: политико-правовое видение.* – С. 64.

належать, зокрема, депутатські запити, «урядова година», розгляд питань, пов'язаних з довірою урядові, формуванням різного роду комісій для незалежних депутатських розслідувань.

Реального народовладдя не може бути, якщо не враховується воля виборців. Для цього існують різні виборчі системи, основними з яких є мажоритарна, пропорційна й змішана. Аби вирішити проблему належного врахування волі громадян при формуванні депутатського корпусу, в літературі пропонується при формуванні парламенту перехід до системи «відкритих списків». У цьому випадку кожна політична партія в усіх 450 округах висуває своїх кандидатів, голосування проводиться в округах по конкретних кандидатах, а підсумки підбиваються майже як при пропорційній системі, але без процентних обмежень: по кожній партії сумуються голоси за її кандидатів у всіх округах; партія одержує відповідну кількість мандатів і вручає їх своїм кандидатам, що домоглися у своїх округах більшого успіху. Вважається, що принаймні така система є більш демократичною, аніж пропорційна із «закритими списками», оскільки дозволяє реально виявити волю народу.

З погляду формування в Україні відкритої держави і відкритого громадянського суспільства та забезпечення на цій основі реального народовладдя вважаємо, що необхідно: а) продовжити новелізацію виборчого і референдумного законодавства; б) постійно на основі державних і суспільних програм підвищувати правову культуру виборців і організаторів виборчої кампанії; в) домагатися через проведення конституційної реформи створення політичної інфраструктури виборів відповідно до діяльності політичних партій сучасного типу; г) забезпечити рівні правові умови передвиборної агітації для кожного кандидата, політичної партії, вжити організаційних заходів щодо гарантування неупередженості у висвітленні виборчої кампанії засобами масової інформації, реалізації громадянином права на пошук і поширення об'єктивної інформації про вибори, кандидатів, політичні партії та їхні передвиборчі програми; г) досягти об'єктивного розгляду в судах виборчих спорів; д) шляхом прийняття закону про опозицію створити для неї умови ефективною діяльності в парламенті; е) прийняти в новій редакції Регламент Верховної Ради України; є) забезпечити функціонування різних гілок державної влади в режимі консенсусу, а не конфронтації, закріпити в Конституції України норму, яка б передбачала, що органи державної влади не тільки діють на основі принципу поділу влади, а й зобов'язані між собою взаємодіяти, як це встановлено в конституціях Білорусі, Казахстану, Молдови; ж) сформувати оновлену

систему стандартів (на базі міжнародних) у сфері організації виборчого процесу, що дасть змогу виключити «подвійні» стандарти в оцінці виборів і їх результатів; 3) удосконалювати виборче законодавство випереджальними темпами стосовно строків виборів, аби суб'єкти виборчого процесу мали час для звернення до Конституційного Суду України із запитом щодо конституційності закону про вибори або окремих його положень. Це дозволить зняти недовіру до правової основи і легітимності результатів виборів.

У цьому відношенні в Україні наприкінці 2004 р. на президентських виборах склалася непроста ситуація, коли вже в процесі виборчої кампанії були внесені зміни до Закону «Про вибори Президента України». Хоча Конституційний Суд і визнав конституційність цих змін, але часу для реалізації положень Закону стосовно цих нових змін було дуже мало, і багато громадян не реалізували своє активне виборче право, що суперечить основам демократії і народовладдя. Зміни до Закону «Про вибори народних депутатів України» вносилися і в березні 2006 р., тобто в процесі проведення виборчої кампанії, що неприпустимо.

Конституція України, основні закони інших пострадянських держав створюють правову базу для ефективного функціонування форм безпосередньої демократії, державного механізму. Важливо, аби конституційні норми знаходили розвиток у поточному законодавстві, що забезпечує гласність проведення виборів, референдумів, діяльність органів державної влади. Це необхідно для становлення як відкритої держави, так і «відкритого суспільства» з метою утвердження народовладдя, прав і свобод людини, формування дієздатного громадянського суспільства.

*Надійшла до редколегії 27. 02. 06.*

*Ю. Барабаш, доцент НЮА України*

## **Правові засади функціонування парламентської коаліції: проблеми теорії та практики**

Практично через рік після ухвалення Конституції України 1996 р., як в науковому середовищі, так і серед політичних кіл почались точитися активні дискусії щодо внесення змін до Основного Закону. Переважна більшість пропозицій стосувалась реформування державного механізму. Річ у тім, що запровадження змішаної форми правління викликало

до життя багато питань, насамперед щодо відповідальності вищих органів державної влади за стан справ у державі та суспільстві. За таких умов поділу владних повноважень (відповідно до Конституції 1996 р.) практично формувалися дві владні інституції, що претендували на домінування у процесі формування та припинення діяльності Кабінету Міністрів України, а саме: парламент і Президент України. Натомість у ситуації, коли доводилось відповідати за діяльність того ж самого Уряду кожен із названих суб'єктів зважував на відсутність у нього необхідних важелів впливу на Уряд, у такий спосіб натякаючи на відповідальність свого «візаві». Логічним кроком за таких умов стала пропозиція щодо зміни форми правління. Ключовий момент цього реформування — створення нормативної бази для формування в парламенті дієвої більшості (коаліції), якій би надавалося право визначати склад Уряду і на яку б покладалася відповідальність за діяльність Кабінету Міністрів. Унаслідок цього такі ідеї було втілено в життя при прийнятті 8 грудня 2004 р. Закону України «Про внесення змін до Конституції України».

Метою цієї статті є аналіз правових засад, на яких функціонує парламентська коаліція (коаліція депутатських фракцій); чинників, що впливають на процес формування коаліції; проблем реалізації чинного конституційного законодавства у сфері діяльності суб'єктів парламентського процесу.

Слід відмітити, що проблемам формування та функціонування парламентської більшості (коаліції) приділяли увагу такі відомі дослідники, як Ю. Тодика, А. Георгіца, В. Журавський, Б. Шльоер, К. Грин та ін.

Тривалий час український парламент працював за Регламентом, прийнятим ще 27 липня 1994 р., а відтак, багато з його норм не відповідали Конституції 1996 р., особливо в частині правового статусу суб'єктів парламентського процесу. Нарешті 16 березня 2006 р., в останні дні функціонування Верховної Ради України V скликання, було прийнято новий Регламент, який врахував положення як Конституції, так і змін, що були внесені до неї. Зокрема, докладно регламентовано положення Конституції, що стосуються функціонування коаліції депутатських фракцій. У Главі 12 Регламенту передбачено умови створення парламентської коаліції, її подальшого функціонування та припинення діяльності.

Так, коаліцією депутатських фракцій у Верховній Раді визнається добровільне об'єднання депутатських фракцій, яке формується у Верховній Раді за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій (ч. 1 ст. 61 Регламенту). В даному випадку піддамо сумніву стовідсоткову «добровільність» такого об'єднання. Ми виходимо з тих

правових позицій, що формування будь-якого депутатського об'єднання слід вважати виключно добровільним лише в тій ситуації, коли його створення не пов'язане із подальшим функціонуванням самого парламенту. Що стосується парламентської коаліції, то відсутність протягом певного часу цього суб'єкта є підставою для дострокового припинення повноважень Верховної Ради. Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 90 Конституції України Президент України може достроково припинити повноваження парламенту, якщо протягом місяця не сформовано коаліцію депутатських фракцій. Отже, незважаючи на те, що ч. 6 ст. 83 Конституції передбачається формування коаліції на основі узгодження політичних позицій, на вольове рішення депутатських фракцій та їх членів щодо формування коаліції, безперечно, впливає загроза позбутись депутатських мандатів.

У цьому зв'язку слід відмітити, що після набуття чинності змін до Основного Закону депутатські фракції вже не можна вважати добровільним об'єднанням депутатів. Це пов'язано із необхідністю депутата, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), ввійти до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій). В протилежному разі він може втратити свій мандат, аналогічно, як і у разі виходу такого депутата із фракції (п. 6 ч. 2 ст. 81 Конституції). Теза щодо обов'язковості створення депутатських фракцій після чергових парламентських виборів підтверджується і новим Регламентом Верховної Ради України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 59 Регламенту народний депутат може входити до складу лише депутатської фракції політичної партії (виборчого блоку політичних партій), за виборчим списком якої його обрано. Більш того, передбачається, що розгляд основних питань, які постають перед обраним парламентом, зокрема обрання Голови Верховної Ради України, не може розпочатися до моменту формування фракцій: «Депутатські фракції формуються на першій сесії Верховної Ради нового скликання до розгляду питань про обрання Голови Верховної Ради України, створення органів Верховної Ради. Якщо цього не відбулося, головуючий на пленарному засіданні оголошує перерву для їх формування» (ч. 1 ст. 57 Регламенту).

Не повертаючись до аргументів з наукових диспутів, що точаться з приводу необхідності запровадження такої жорсткої фракційної дисципліни, вважаємо за необхідне зупинитися лише на одному моменті. Конституцією України передбачається, що у згаданому випадку повноваження народного депутата припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій) з дня прийняття такого рішення (ч. 6 ст. 81).

По-перше, із такого формулювання залишається невідомим — чи зобов'язаний вищий керівний орган політичної партії ухвалювати рішення про дострокове припинення повноважень такого депутата. Річ у тім, що в парламентській практиці досить частими є випадки, коли фракції, які є близькими за ідеологічним спрямуванням, допомагають одна одній шляхом делегування депутатів до складу тієї фракції, яка за своєю чисельністю перебуває на межі розформування. Більш того, Закон України «Про статус народного депутата України» взагалі не передбачає таких процедур припинення повноважень парламентарія. В умовах, коли Верховна Рада IV скликання вже припинила свою діяльність без внесення відповідних змін до цього Закону, є велика загроза того, що обрані парламентарії скористаються такою прогалиною в чинному законодавстві і не виконають вимоги Конституції.

По-друге, багато питань виникає з приводу ухвалення подібних рішень про припинення повноважень депутата виборчим блоком політичних партій. Цей суб'єкт конституційно-правових відносин має лише тимчасовий характер і функціонує в межах виборчого процесу. Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про вибори народних депутатів України» виборчий блок належить до суб'єктів виборчого процесу. Його створення та подальше функціонування регулюються цим спеціальним законом (ст. ст. 56, 63 цього Закону). Встановлено також і часові рамки виборчого процесу. Так, передбачається, що виборчий процес завершується через п'ятнадцять днів після дня офіційного оприлюднення Центральною виборчою комісією результатів виборів депутатів (ч. 5 ст. 11 Закону «Про вибори народних депутатів України»). Що стосується регулювання діяльності виборчих блоків поза виборчим процесом, то чинне законодавство не містить у собі жодних правових норм.

Аналогічне питання виникає і у ситуації із припиненням діяльності політичної партії, яка має власну фракцію у парламенті. Така ситуація хоча і більш гіпотетична, ніж реальна, попри те такий крок з припинення діяльності політичної партії дозволить депутатам обраної за її виборчим списком діяти більш вільно, особливо напередодні чергової виборчої кампанії.

Таким чином, запровадження так званого «партійно-імперативного» мандата може не дати очікуваного ефекту через недосконалість конституційної норми, яка передбачає процедуру припинення депутатських повноважень, та через відсутність будь-якої докладної регламентації цієї процедури на рівні спеціального закону.

Повертаючись до основного питання дослідження, слід зупинитися на такому моменті, як проблема інституціоналізації парламентської

коаліції. Дослідники зарубіжного парламентаризму відмічають, що в переважній більшості країн офіційного визнання більшості на основі коаліції фракцій не існує<sup>1</sup>. Виняток може становити Основний Закон Албанії: відповідно до ч. 1 ст. 96 Конституції Албанії Президент Республіки на початку законодавчої діяльності, а також коли місце Прем'єр-міністра вакантне, призначає Прем'єр-міністра за пропозицією партій або партійної коаліції, що має більшість місць в Кувенді (парламенті). — Ю. Б.)

Як правило, переважна більшість конституційних норм і норм парламентських регламентів стосується фракцій (партій, які представляють ці фракції), що нараховують більшість мандатів. При цьому, зазвичай, парламентська більшість згадується при процесі формування уряду. Так, відповідно до ч. 2 ст. 37 Конституції Греції Прем'єр-міністром призначається лідер партії, яка має абсолютну більшість місць у парламенті. Подібна норма міститься і в македонській конституції (ст. 90): «Президент Республіки Македонія повинен протягом 10 днів після конституювання Зборів вручити мандат на формування Уряду Республіки Македонія кандидату партії або партій, які мають більшість у Зборах».

Попри те наведений приклад є скоріш винятком, ніж правилом у практиці зарубіжного конституціоналізму. Причиною цього можна вважати розгляд парламентської коаліції насамперед як активного суб'єкта політичних процесів, а тому врегулювання діяльності коаліції лежить переважно в політичній площині, тобто врегульовується політичними нормами. Разом з тим право не залишається осторонь зазначених процесів. Однак основними джерелами виступають не нормативно-правові акти, а правові звичаї та традиції<sup>2</sup>. Головна з них полягає в пропонуванні главою держави парламенту як кандидата на посаду прем'єр-міністра лідера партії, що здобула перемогу на чергових парламентських виборах.

При цьому в таких випадках на рівні конституції можуть закріплюватися норми, що побічно свідчать про ключову роль парламентських фракцій у процесі формування уряду. Як правило, йдеться про консультації глави держави з представниками депутатських об'єднань при затвердженні кандидатури прем'єра. Так, відповідно до ч. 1 ст. 99 Конституції Іспанії після кожного оновлення складу Конгресу депутатів і в інших передбачених Конституцією випадках Король після консультацій

<sup>1</sup> Див: *Грин К.* Наслідки запровадження принципу більшості на основі коаліції фракцій в Україні // Матеріали ПСП 1994 – 1999: Англ. та укр. версії / Програма Сприяння Парламентові України. – [К.]: Neon Limited, 2000. – К – 2 [CD-ROM/ X].

<sup>2</sup> Див.: *Рахманін С.* Опыт борьбы с «итальянской забастовкой» // Зеркало недели. – 2006. – 29 апр.

з представниками політичних партій, представлених в парламенті, пропонує через голову Конгресу кандидата на пост голови Уряду. «Президент Республіки після консультацій з керівниками парламентських фракцій пропонує Державним зборам кандидатуру Голови Уряду» (ст. 111 Конституції Іспанії). Зміни в державотворенні Фінляндії, що концентровано втілено в Конституції 1999 р., торкнулись також процедури формування Уряду. Відповідно до ст. 61 Конституції перш ніж буде обрано прем'єр-міністра представники від партійних груп Едускунти знайомляться з програмою Уряду і з його складом. Про результати цього ознайомлення повідомляється Президенту, щоб він представив Едускунті ту особу, яка пропонується кандидатом у Прем'єр-міністри.

До причин практичної відсутності інституціоналізації парламентської коаліції на рівні конституцій чи регламентів можна також віднести багатогранність політичних процесів під час створення уряду після чергових парламентських виборів та, що теж не менш важливо, їх практично непередбачуваність. Йдеться насамперед про те, що в результаті переговорних процесів право формувати уряд може одержати фракція чи коаліція фракцій, що не мають більшості в парламенті. Такі уряди одержали назву «уряди меншості». Практика зарубіжного парламентаризму свідчить про те, що такі ситуації виникали періодично практично в усіх країнах «розвинутої демократії», передусім у скандинавських країнах. Наприклад, у 1981 р. партія Хайре в Норвегії сформувала уряд, маючи в парламенті лише 1/3 мандатів<sup>1</sup>. Своєрідний рекорд було зафіксовано в 1978 р. у Швеції: голова Народної партії У. Ульстен був обраний прем'єр-міністром, маючи підтримку лише 1/10 частини парламенту<sup>2</sup>. Безперечно, що першопричиною цього є своєрідність конституційної процедури формування уряду. Так, відповідно до §2 Глави 6 Форми правління Швеції особа вважається обраною на посаду Прем'єр-міністра, якщо проти неї не проголосує більшість членів парламенту<sup>3</sup>.

Разом з тим, як уже зазначалось, ситуація із формуванням уряду меншості характерна не тільки для скандинавських країн. Іноді така можливість закладена безпосередньо в нормах конституції. Йдеться насамперед про процедуру «пробних мандатів», коли глава держави

<sup>1</sup> Див.: *Могунова М. А.* Скандинавский парламентаризм. Теория и практика. – М., 2001. – С. 257.

<sup>2</sup> Див.: *Черкасов А. И.* Глава государства и правительство в странах современного мира (Конституционно-правовое регулирование и практика). – М., 2006. – С. 149.

<sup>3</sup> У згаданому випадку із обранням У. Ульстена проти його кандидатури проголосувало 72 із 349 депутатів Риксдагу.



почергово надає можливість сформувати уряд кожному із лідерів партій, що здобули перемогу на чергових виборах. Так, згідно з ч. 2 ст. 37 Конституції Греції, якщо жодна із партій не має абсолютну більшість місць у Парламенті, Президент Республіки доручає лідеру партії, який має відносну більшість місць, вивчити можливість формування Уряду, котрий користуватиметься довірою Парламенту.

Тенденцією функціонування урядів меншості є їх менш тривалий період існування. Наприклад, за підрахунками західних дослідників середній показник тривалості однопартійних урядів більшості в країнах Західної Європи становить 45 місяців, тоді як тривалість коаліційних урядів меншості — у середньому лише 19 місяців<sup>1</sup>. Виняток становлять лише деякі скандинавські країни. В них спостерігається протилежне явище. Наприклад, у Швеції середня тривалість коаліційного уряду меншості більше на півроку, ніж строк функціонування уряду більшості (30 проти 24 місяців)<sup>2</sup>. Причинами цього визнають не тільки спеціально розроблені регламентарні процедури, а й стабільність економічної ситуації та налагоджену співпрацю й вміння досягати компромісів між домінуючими партіями, що представляють різні політичні течії<sup>3</sup>.

Що стосується нашої країни, то аналіз змін, внесених до Конституції України, дає змогу зробити висновок про те, що формування в Україні подібних урядів меншості є неможливим. До такого ми доходимо, з огляду на те, що відповідно до ч. 8 ст. 83 Конституції правом вносити пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, а також пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України наділяється виключно коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів від конституційного складу парламенту, або ж депутатська фракція, яка нараховує таку кількість мандатів.

З одного боку, запровадження таких правил формування Уряду дозволяє убезпечитись від ситуації, коли він не матиме належної підтримки в парламенті при прийнятті запропонованих ним рішень через відсутність у складі «урядової» фракції (коаліції фракцій) достатньої кількості депутатів, що, в свою чергу, може зробити діяльність Уряду надзвичайно нестабільною. З другого боку, як показали чергові вибори до Верховної Ради, жодна з наявних на політичному спектрі українського суспіль-

<sup>1</sup> Див.: Романюк А. Порівняльний аналіз політичних систем країн Західної Європи: інституційний вимір. – Львів, 2004. – С. 206.

<sup>2</sup> Див.: Там само.

<sup>3</sup> Див.: Могунова М. А. Вказ. праця. – С. 257.

ства політичних партій не має абсолютної підтримки серед виборців. Переговори щодо створення коаліції засвідчили той факт, що досить часто переговорні сторони не мають великого бажання утворювати спільне парламентське об'єднання. Та ще більш негативною ситуацією є відсутність спільності поглядів щодо подальшого політичного курсу країни. Таким чином постає питання: наскільки ефективним і доцільним стало запровадження процедури створення виключно коаліційного уряду більшості в аспекті особливого характеру внутрішньопарламентських політичних процесів?

Насамперед як чинна Конституція, так і новий Регламент Верховної Ради передбачають лише один чинник утворення парламентської коаліції — спільність (узгодженість) політичних позицій. Однак досвід функціонування парламентів «західних демократій» надає змогу дослідникам процесу створення коаліцій виділяти відразу низку чинників, що впливають на формування таких депутатських об'єднань<sup>1</sup>. Спробуємо встановити, наскільки та яким чином ці чинники проявляються у вітчизняних парламентських процесах.

Одне з провідних місць у системі чинників посідають історичні, які стосуються нагромадженого досвіду міжпартійних взаємовідносин. Важко сказати, наскільки 15-річний досвід функціонування багатопартійної системи може свідчити про вироблення більш-менш ефективних і конструктивних форм співпраці між політичними партіями нашої держави. Однак аргументом на користь протилежного може слугувати постійна зміна як переліку учасників чергових парламентських перегонів, так і їх переможців.

Не менше значення мають нормативні чинники. Про них також доводиться говорити в «негативній формі»: доки ще домінує їх негативний вплив на конструктивне існування стійкої парламентської більшості. Насамперед, чи можна стверджувати про ефективне функціонування коаліційного уряду, коли до цього часу відсутній Закон «Про Кабінет Міністрів України». До того ж, новий Регламент Верховної Ради, особливо в частині статусу суб'єктів парламентського процесу, ще не пройшов апробації, а тому в багатьох випадках його положення мають більш теоретичний, ніж практичний характер, тобто побудовані скоріш на теоретичних припущеннях, ніж на практично вироблених рекомендаціях. Про таку неврівноваженість чинного законодавства може свідчити положення ч. 5 ст. 65 Регламенту Верховної Ради, відповідно до якої, після виходу чи виключення депутатської фракції з коаліції Верховна Рада в

<sup>1</sup> Див.: Романюк А. Вказ. праця. – С. 198–200.

установленому законом порядку може прийняти рішення про звільнення з посад членів Кабінету Міністрів України, кандидатури яких були запропоновані депутатською фракцією, що вийшла чи була виключена з коаліції. Навряд чи доцільно було включати таке правило до парламентського Регламенту, особливо в умовах відсутності Закону «Про Кабінет Міністрів України» (в якому, до речі, і слід передбачити такі моменти) та неузгодженості самого Регламенту. Взагалі виникає враження, що парламентарії намагались підмінити правову природу Регламенту як сучасно процесуально-процедурного акта, включивши до його змісту чимало не властивих йому положень, які містять матеріальні норми права, як-от в цьому випадку, коли в ст. 202 Регламенту передбачені підстави дострокового припинення повноважень Прем'єр-міністра та членів Уряду, де також зазначається, що подання відносно звільнення члена Уряду вносить Прем'єр-міністр. Тобто навіть у згаданому випадку виходу фракції із коаліції парламент не може самостійно ініціювати та ухвалити рішення про звільнення урядовця. Більш того, залишається незрозумілим чим в даній ситуації слід керуватись — неіснуючим законом про Уряд, який згадується в ч. 5 ст. 65 Регламенту, чи процедурою, передбаченою ст. 202 Регламенту Верховної Ради, що, звісно, не є законом.

Особливе значення має соціально-політична ситуація усередині країни як чинник, що впливає на «коаліційні» процеси. В цій сфері також є чимало складних і невирішених питань, насамперед існування понад 100 політичних партій, які мало чим відрізняються за своїми програмними положеннями та ідеологічною спрямованістю; нестабільність економічної системи; значна кількість державно-правових конфліктів, що час від часу виникають між вищими владними інституціями, — все це не сприяє стабільності політико-правових процесів у країні. Безперечно, найбільш значний вплив серед подібного роду чинників, мала зміна системи виборів до парламенту. Запровадження виключно пропорційної системи мало як своїх прихильників, так і противників. Перш за все викликало занепокоєння існування достатньо великої кількості політичних партій, багато з яких не мають своєї розвинутої внутрішньої структури та практики співпраці із своїми фракціями у представницьких органах влади<sup>1</sup>. До того ж все це відбувалося на тлі зміни системи виборів до органів місцевого самоврядування. В такій ситуації неефективні партійні структури не зможуть забезпечити конструктивну взаємодію між політичними силами — суб'єктами виборчого процесу та їх представниками у радах усіх рівнів.

<sup>1</sup> Специфічні особливості внутрішньопартійного життя іноді виділяють як окремих чинник, що впливає на формування парламентської коаліції.

Натомість показовим у даному випадку є досвід деяких західних країн, в яких також нараховується значна чисельність політичних партій. Так, в Італії, де функціонують понад 300 політичних партій, були змушені здійснити в 1993 р. реформу виборчої системи, змінивши її із пропорційної на змішану (25% депутатів Палати представників обираються за пропорційною системою, а 75% — в одномандатних виборчих округах)<sup>1</sup>. Це сталося через те, що за результатами «пропорційних» виборів утворювався парламент, не здатний створити стійку та дієву коаліційну більшість.

Отже, запровадження інституту коаліції депутатських фракцій в умовах несформованої правової бази та нерозвинутої політичної системи може спричинити серйозні конфлікти як усередині парламенту, так і у відносинах між гілками влади. Тому першочерговим завданням науки конституційного права на сучасному етапі є аналіз зарубіжного досвіду функціонування парламентських коаліцій, дослідження та виявлення специфічних рис вітчизняних політико-правових процесів у цій сфері, вироблення на підставі цього рекомендацій щодо вдосконалення законодавства з питань створення та діяльності подібних депутатських об'єднань.

*Надійшла до редколегії 15. 04. 06*

---

<sup>1</sup> Див.: *Совгиря О. В.* Правовий статус парламентської опозиції. — К., 2006. — С. 132; *Пронин С. В., Петрушина О. Е.* Государственное управление зарубежных стран. — М., 2001. — С. 299–300.

# ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

---

*В. Гончаренко*, член-кореспондент АПрН  
України

## Законодавчі органи в Українській Народній Республіці

Після Лютневої (1917 р.) революції влада в Україні майже вісім місяців належала Тимчасовому уряду Росії, який намагався контролювати територію колишньої Російської імперії, у тому числі тієї частини України, котра тривалий час входила до складу цієї імперії. Однак в Україні відразу ж після революції почали формуватися власні демократичні суспільно-політичні структури. Провідне місце серед цих структур посідала створена на цілком легітимних засадах Українська Центральна Рада (УЦР) — ліберально-демократична установа парламентського типу, яка залишила яскравий слід у боротьбі українського народу за національне відродження у своїй самостійній демократичній і незалежній державі<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Дослідженню організації та діяльності Української Центральної Ради присвячено чимало праць монографічного характеру (див., напр.: *Копиленко О. Л.* «Сто днів» Центральної Ради. — К., 1992; *Мироненко О. М.* Світоч Української державності. Політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради. — К., 1995) і наукових статей, в яких розглядаються ті чи інші аспекти історії цієї установи (див., напр.: *Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д.* Земельне законодавство Центральної Ради // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 2. — С. 52–60; *Логвиненко І. А., Гавриленко О. Д.* Центральна Рада та ідея автономії України // Вісник Університету внутрішніх справ. — 1996. — № 1. — С. 99–109; *Трофимович В. В.* Конституційний процес в Україні за доби Центральної Ради // Острозька академія. — Наукові записки. Сер. Право. — 2001. — Вип. 2. Ч. 1. — С. 229–234; *Подковенко Т.* Законодавча діяльність Центральної Ради // Тернопільська Академія народного господарства. Актуальні проблеми правознавства. — Тернопіль, 2001. — Вип. 3. — С. 122–129; *Захарчук А. С.* Українська Центральна Рада: до питання державно-правового статусу та проблеми періодизації // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. — К., 2001. — Вип. 11. — С. 63–73; *Рум'янцева В. О.* Виникнення Центральної Ради та її перетворення на орган самоврядування України // Актуальні проблеми державного управління. — Х., 2002. — № 3(14). — С. 26–34; *Захарчук А.* Українська Центральна Рада в період зламу монархічної державно-правової традиції Росії // Вісник Львівського університету. — Сер. юрид. — Львів, 2002. — Вип. 37. — С. 134–141; *Матвієнко В.* Центральна Рада: федералістські ідеї та інтеграційна політика // Пам'ять століть. — 2003. — № 5. — С. 88–95; *Єрмолаєв В. М.* Про законодавчу діяльність Української Центральної Ради // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2004. — № 1. — С. 177–182.)

УЦР була заснована в Києві на початку березня 1917 р. як міська громадська організація. У квітні 1917 р. відбувся широкопредставницький Всеукраїнський національний конгрес, який став важливим кроком у процесі перетворення УЦР на загальноукраїнський представницький громадсько-політичний орган. Це проявилось, зокрема, у тому, що конгрес обрав новий склад УЦР в кількості 118 осіб — представників від українських губерній, деяких великих українських громад за межами України, а також політичних партій, громадських та культурно-освітніх організацій. Головою УЦР було обрано М. Грушевського<sup>1</sup>.

Оскільки Всеукраїнський національний конгрес надав УЦР право кооптувати до свого складу нових членів (таке право було значно розширено «Наказом Українській Центральній Раді» від 23 квітня 1917 р.) УЦР у подальшому використала це право і тому представництво в УЦР значно зросло. Так, у травні-липні 1917 р. до УЦР були кооптовані всеукраїнські ради військових, селянських, робітничих депутатів, обраних відповідними з'їздами, а також генеральний військовий комітет. На початок серпня 1917 р. розрахунковий склад УЦР мав вже 798 мандатів<sup>2</sup>. Однак реальна кількість членів УЦР була дещо меншою. Так, за даними мандатної комісії шостих загальних зборів УЦР (відбулися 5–9 серпня 1917 р.), в їх роботі брали участь 639 дійсних членів УЦР і чотири кандидати з правом вирішального голосу<sup>3</sup>. В той же час слід зазначити, що хоча УЦР й мала досить представницький характер, однак вона так ніколи і не обиралася на основі загального, прямого, рівного виборчого права. Тому з огляду на це видається проблематичним називати УЦР класичним парламентом в його сучасному розумінні.

Упродовж кількох місяців існування УЦР були сформовані її організаційні структури. Так, ще у березні 1917 р. з'явилися такі перші структури УЦР, як Президія (до неї входили Голова УЦР, два його заступники, писар і скарбник) і дев'ять комісій. 23 квітня 1917 р. другі загальні збори УЦР прийняли «наказ Українській Центральній Раді», згідно з яким вищим органом УЦР вважалися її загальні збори, які «визначають напрям і характер всієї роботи УЦР»<sup>4</sup>. Відповідно «Наказу» збори мали бути чергові та екстрені. При цьому чергові загальні збори УЦР мали відбуватися

<sup>1</sup> Див.: Довідник з історії України (А-Я) / За заг. ред. І. Підкови, Р. Шуста. – 2-е вид., доопр. і доп. – К., 2001. – С. 953.

<sup>2</sup> Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. – К., 1996. – Т. 1. – С. 11.

<sup>3</sup> Див.: Там само. – С. 241.

<sup>4</sup> Там само. – С. 71.

не рідше одного разу на місяць, а екстрені — в разі нагальної потреби<sup>1</sup>. Впродовж сесії УЦР відбувалося по декілька її загальних зборів.

Практика роботи вже перших загальних зборів УЦР показала, що для забезпечення ефективної роботи цієї установи потрібно було сформувавши її виконавчий орган. Ним став Комітет УЦР, перший склад якого було обрано загальними зборами УЦР 8 квітня 1917 р. у складі Президії УЦР і 17 членів. Права і обов'язки Комітету УЦР визначалися у «Наказі» від 23 квітня 1917 р. Поступово роль Комітету УЦР підвищувалася. Внаслідок цього постановою п'ятих загальних зборів УЦР від 29 червня 1917 р. Комітетові УЦР було надано право «взагалі вирішення всіх негайних справ, що належать до компетенції Центральної Ради»<sup>2</sup>. В той же час у зазначеній постанові було встановлено таке правило: «2. Справи, що належать до компетенції Центральної Ради, вирішені Комітетом під час перерви сесії і переведені в життя, подають на найближчій сесії Центральної Ради до затвердження»<sup>3</sup>. Цією ж постановою склад Комітету УЦР визначався у кількості 40 осіб. Починаючи з липня 1917 р. Комітет УЦР іменується Малою радою. 1 серпня 1917 р. на засіданні Малої ради було затверджено її власний регламент, який ретельно регулював порядок діяльності Малої ради<sup>4</sup>. Цей же документ передбачав створення комісії Малої ради «для розгляду і підготовки різних справ»<sup>5</sup>. Поступово Мала рада почала «відігравати провідну роль у діяльності Центральної ради... Мала рада увібрала в себе органічні риси Великої ради, однак її засідання виявилися продуктивнішими, ніж загальні збори»<sup>6</sup>.

Таким чином, за півроку свого існування УЦР сформувалась як загальноукраїнський представницький орган, котрий функціонував як у розширеному складі (загальні засідання Центральної ради), так і у більш вузькому складі (засідання Малої ради) і виступав ззовні певною мірою на кшталт установи парламентського типу. Як провідна політична сила в Україні УЦР все більше перетворювалась на лідера українського національного визвольного руху, борця за національно-територіальну ав-

<sup>1</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали – Т. 1. – С. 71. За період існування УЦР відбулося дев'ять її загальних зборів, а саме: I – 6–8 квітня 1917 р.; II – 22–23 квітня 1917 р.; III – 7–9 травня 1917 р.; IV – 1–3 червня 1917 р.; V – 20 червня–2 липня 1917 р.; VI – 5–9 серпня 1917 р.; VII – 29 жовтня–2 листопада 1917 р.; VIII – 12–17 грудня 1917 р.; IX – 15–25 січня 1918 р.

<sup>2</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – С. 144.

<sup>3</sup> Там само. – С. 144.

<sup>4</sup> Див.: Там само. – С. 208–210.

<sup>5</sup> Там само. – С. 210.

<sup>6</sup> Там само. – С. 17–18.

тономію України у складі демократичної федеративної Росії, що втілювалося у різноманітних документах (відоzwi, заклики, декларації тощо), прийнятих в досліджуваній час УЦР. Найбільш виразно цю ідею було зафіксовано у I Універсалі УЦР, прийнятому нею 10 червня 1917 р. У I Універсалі УЦР визначила одним з своїх головних завдань «бути на чолі нашого народу, стояти за його права й творити новий лад вільної автономної України»<sup>1</sup>.

Наприкінці жовтня 1917 р. внаслідок захоплення більшовиками влади в Петрограді Тимчасовий уряд було повалено і проголошено встановлення диктатури пролетаріату. Характеризуючи ситуацію, що склалася в країні після більшовицького перевороту, М. Грушевський на засіданні Малої ради 7 листопада 1917 р. зазначав: «Грізний момент кривавої боротьби в Росії і на Україні, коли нема центральної власті, коли постала і все шириться громадянська війна, що переходить уже і на Україну, вимагає від українських партій рішучих кроків, щоб зміцнити владу, зробити Україну базою революції і звідси боронити здобуток революції в цілій Росії»<sup>2</sup>.

Враховуючи ситуацію в країні, УЦР прийняла свій III Універсал, в якому проголошувалось, зокрема: «Віднині Україна стає Українською Народною Республікою»<sup>3</sup>. В III Універсалі визначалося й місце УЦР в цій республіці і зазначалося: «До Установчих зборів України вся влада творити лад на землях наших, давати закони і правити належить нам, Українській Центральній Раді, і нашому правительству — Генеральному секретаріатові України»<sup>4</sup>.

Отже, з утворенням Української Народної Республіки діяльність УЦР тепер уже як повновладного представницького законодавчого органу, практично парламенту вступила в новий етап, головним змістом якого стала державотворчість, спрямована перш за все на розбудову демократичної влади в незалежній Україні<sup>5</sup>. Організація діяльності УЦР на цьому етапі продовжувала регулюватися «Наказом Українській Центральній Раді» від 23 квітня 1917 р., а також наступними правовими актами, які стосувалися тих чи інших питань діяльності УЦР. Так, 25 листопада Мала рада прийняла «Закон про утримання Центральної Ради

<sup>1</sup> Винниченко В. К. Відродження нації: В 3 ч. / Репринт. вид. 1920 р. — К.; 1920. — Ч. 1. — С. 220.

<sup>2</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. — Т. 1. — С. 396.

<sup>3</sup> Там само. — С. 398.

<sup>4</sup> Там само. — С. 398.

<sup>5</sup> «Українським парламентом» називає Центральну Раду Т. Гунчак (див.: Гунчак Т. Україна: перша половина XX століття. Нариси політичної історії. — К., 1993. — С. 140.)



за державний рахунок», в якому зазначалось: «1. Центральна рада утримується за кошт Української Республіки»<sup>1</sup>. 9 квітня 1918 р. УЦР прийняла закон про надання бібліотеці Центральної Ради права безмитного придбання книжок та інших видань з-за кордону<sup>2</sup>. 16 квітня 1918 р. УЦР прийняла закон «Про недоторканість особи членів Центральної ради», в якому, зокрема, зазначалося: «1. Члени Української Центральної ради не підлягають відповідальності за голосування, за висловлені думки і взагалі за діяльність, зв'язану з виконанням обов'язків членів Центральної ради як в самому парламенті (курсив мій. — В. Г.), так і поза ним»<sup>3</sup>. Члени УЦР наділялися імунітетом проти арештів, притягнення їх до карного слідства і суду без дозволу Центральної Ради<sup>4</sup>. Вони дійсно «користувалися такими ж правами, як і «класичний» парламент»<sup>5</sup>.

Прийшовши до влади після прийняття III Універсалу, УЦР розгорнула активну роботу щодо втілення в життя широкої програми перетворень в Україні, проголошених в III Універсалі УЦР. Так, у III Універсалі проголошувалося скасування приватної власності на землю, встановлювалися восьмигодинний робочий день, контроль над виробництвом, зазначалося, що в УНР забезпечуються свобода слова, друку, віри, зборів, союзів, страйків, а також недоторканність особи і помешкання, можливість уживання місцевих мов у зносинах з усіма установами. Для національних меншин III Універсал проголошував національно-персональну автономію.

Програмні положення III Універсалу втілено в законодавчих актах УЦР. Та це і не випадково, бо однією з найголовніших функцій УЦР стала законодавча. Причому згідно з законом від 25 листопада 1917 р. «Про виключне право Центральної ради видавати законодавчі акти УНР» УЦР надавалося «виключне і неподільне право видавати закони для Української Народної Республіки»<sup>6</sup>. Після приходу УЦР до влади і до кінця квітня 1918 р. нею було прийнято, за підрахунками В. Єрмолаєва, близько 100 правових актів<sup>7</sup>. Ці акти стосувалися питань як державного, так і соціально-економічного будівництва в країні. Одним з перших правових актів УЦР в галузі державного будівництва став закон «Про вибори до Установчих зборів Української Народної Республіки», затвер-

<sup>1</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. — Т. 1. — С. 478.

<sup>2</sup> Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. — К., 1997. — Т. 2. — С. 258.

<sup>3</sup> Там само. — С. 282. Як бачимо, у цьому законі Центральна Рада прямо називається «парламентом».

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 282.

<sup>5</sup> Подковенко Т. Вказ. праця. — С. 125.

<sup>6</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. — Т. 1. — С. 227.

<sup>7</sup> Див.: Єрмолаєв В. М. Вказ. праця. — С. 182.

джений у листопаді 1917 р.<sup>1</sup> 2 грудня 1917 р. УЦР прийняла закон «Про утворення Генерального Суду», в якому визначалися основні засади організації та діяльності цієї гілки влади в УНР<sup>2</sup>. Законодавчі акти УЦР в галузі державного будівництва приймалися і в наступні місяці.

Найважливіше місце серед цих актів, безперечно, належить IV Універсалу, прийнятому УЦР 11 січня 1918 р. Саме в цьому Універсалі УНР була проголошена незалежною державою. «Віднині Українська Народна Республіка стає самостійною, ні від кого незалежною, вільною, суверенною державою українського народу»<sup>3</sup>. Серед найголовніших правових актів УЦР в галузі державного будівництва слід назвати закони від 9 січня 1918 р. «Про національно-персональну автономію»<sup>4</sup>, від 6 березня 1918 р. «Про адміністративно-територіальний поділ України»<sup>5</sup>. Враховуючи важливе значення для відродження української національної державності питання громадянства, УЦР прийняла на початку березня 1918 р. закони «Про громадянство УНР» і «Про реєстрацію громадянства УНР»<sup>6</sup>.

УЦР належить і низка законодавчих актів соціально-економічної спрямованості. Приділяючи велику увагу аграрному питанню, УЦР 31 січня 1918 р. затвердила «Тимчасовий земельний закон»<sup>7</sup>. Враховуючи інтереси робітників, УЦР ухвалила 7 лютого 1918 р. закон «Про 8-годинний робочий день». УЦР приймала також закони, що стосувалися грошової системи, оподаткування тощо. Правотворча діяльність УЦР поширювалась і на основні галузі права. Так, якщо говорити про кримінальне право, то слід перш за все відзначити скасування III Універсалом УЦР смертної кари. 1 грудня 1917 р. УЦР прийняла закон «Про амністію». І все ж таки вінцем досягнень УЦР в законодавчій діяльності як парламенту УНР слід вважати прийняту нею в останній день існування УЦР — 29 квітня 1918 р. — Конституцію УНР (мала офіційну назву «Статут про державний устрій, права і вільності УНР»)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 1. – С. 413–432.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 497.

<sup>3</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. – Т. 2. – С. 103.

<sup>4</sup> Див.: Там само. – С. 99–101.

<sup>5</sup> Див.: Там само. – С. 181–182.

<sup>6</sup> Див.: Там само. – С. 173–174, 177–178.

<sup>7</sup> Див.: Там само. – С. 128–130. Докладніше про цей закон див.: *Рогожин А. Й., Гончаренко В. Д.* Вказ. праця. – С. 52–60.

<sup>8</sup> Див.: Хрестоматія з історії держави і права України / За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-є вид., перероб. / Укладачи В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – К., 2003. – С. 296 (далі – Хрестоматія...).

Аналіз тексту Конституції УНР 1918 р. дає підстави зробити висновок про те, що вона була дійсно позбавлена як ідеологічного, так і пропагандистського забарвлення<sup>1</sup>. Одне з центральних місць в Конституції УНР посідали права людини. В ній також давалась відповідь на питання про верховний орган законодавчої влади в Україні. Відповідно до статті 23 Конституції УНР 1918 р. «верховним органом влади в УНР являються Всенародні Збори, які безпосередньо здійснюють законодавчу владу в УНР і формують органи виконавчої і судової влади УНР»<sup>2</sup>. Всенародним Зборам в Конституції присвячено цілий IV розділ Конституції, який мав назву «Всенародні Збори Української Народної Республіки» і включав ст. ст. 27–49. В зазначеному розділі перш за все визначався порядок формування Всенародних Зборів. У ст. 27 Конституції говорилося: «Всенародні Збори вибираються загальним голосуванням всіх, хто користується громадянськими і політичними правами на Україні і в них судово не обмежений»<sup>3</sup>. Конституція також визначала предмети виключного відання Всенародних Зборів, порядок розгляду законопроектів і деякі інші важливі питання організації та діяльності Всенародних Зборів. Згідно з Конституцією, керував роботою Всенародних Зборів їх Голова, який обирався Всенародними Зборами. Крім того, відповідно до ст. 35 Конституції «Голова Всенародних Зборів, як їх представник, іменем Республіки сповнює всі чинності, зв'язані з представництвом Республіки»<sup>4</sup>. Тим самим Голова найвищого органу законодавчої влади УНР за Конституцією частково наділявся функціями глави держави — президента<sup>5</sup>.

Відповідно до Конституції 1918 р. УНР стала класичною парламентською республікою<sup>6</sup>. Але, на жаль, реалізувати на практиці цю Конституцію не вдалося. Наприкінці квітня 1918 р. хліборобський конгрес, який відбувся у Києві, обрав П. Скоропадського гетьманом України. УЦР була розпущена підписаною П. Скоропадським 29 квітня 1918 р. «Грамотою до всього українського народу»<sup>7</sup>, а всі видані нею законодавчі акти скасовані.

Внаслідок низки причин влада гетьмана П. Скоропадського виявилася недовготривалою. 14 грудня 1918 р. він зрікся влади і виїхав за

<sup>1</sup> Див.: *Копиленко О. Л., Копиленко М. Л.* Держава і право України. 1917–1920: Навч. посіб. – К., 1997. – С. 78.

<sup>2</sup> Див.: *Хрестоматія...* – С. 297.

<sup>3</sup> Див.: *Там само...* – С. 298.

<sup>4</sup> *Там само.* – С. 299.

<sup>5</sup> Див.: *Шаповал В. М.* Ідея розподілу влади у конституційній теорії і практиці в Україні (історико-правовий аспект) // *Вісник Академії правових наук України.* – 1994. – № 2. – С. 32.

<sup>6</sup> Див.: *Копиленко О. Л.* Вказ. праця. – С. 142.

<sup>7</sup> Див.: *Хрестоматія...* – С. 305.

кордон. 26 грудня 1918 р. було проголошено відновлення УНР. В ухваленій в цей день «Декларації Української Директорії» проголошувалось, що Директорія є «Верховна Влада Української Народної Республіки»<sup>1</sup>. Таким чином, в історії українського державотворення розпочався новий етап — «Друга» Українська Народна Республіка (період Директорії). В цей період здійснювались пошуки прийнятої моделі найвищого представницького законодавчого органу України. Найближче до представницької законодавчої установи парламентського типу за часів Директорії наблизився так званий Конгрес трудового народу, сесія якого відкрилася 23 січня 1919 р. і тривала до 28 січня 1919 р.<sup>2</sup> Основою для обрання депутатів на Конгрес трудового народу стала затверджена Директорією 5 січня 1919 р. Інструкція про вибори до Конгресу. Згідно з нею на Конгрес потрібно було обрати 592 депутатів, а саме: 377 — від селян, 118 — від робітників, 33 — від трудової інтелігенції, 65 — від західноукраїнських земель<sup>3</sup>. Реально ж на Конгрес трудового народу прибуло, за одними даними, близько 400 депутатів, за іншими — не більше 300 депутатів<sup>4</sup>. Наводяться також дані про те, що на Конгрес трудового народу 23 січня 1919 р. прибуло понад 400 депутатів, з них 65 від Західноукраїнської Народної Республіки<sup>5</sup>. Дослідивши всі обставини, пов'язані з нормами представництва на Конгрес трудового народу, самими виборами, О. Копиленко і М. Копиленко дійшли висновку про те, що «Конгрес порівняно з Центральною Радою має більш підстав вважатися передпарламентом через те, що він формувався на основі хай і неповноцінного, але і територіального представництва»<sup>6</sup>. «Всеукраїнським Передпарламентом» називає Конгрес трудового народу І. Нагаєвський<sup>7</sup>. Ю. Є. Вовк вважає, що Конгрес трудового народу був своєрідним парламентом, сформованим із представників селян, робітників і трудової інтелігенції<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Хрестоматія... — С. 317.

<sup>2</sup> Див.: *Кравчук К.* Будівництво державного апарату Директорії // Актуальні проблеми правознавства. — Тернопіль, 2002. — Вип. 4. — С. 83.

<sup>3</sup> Див.: *Подковенко Т.* Законодавча діяльність Директорії // Актуальні проблеми правознавства. — Тернопіль, 2002. — Вип. 4. — С. 115.

<sup>4</sup> Див.: *Копиленко О. Л., Копиленко М. Л.* Вказ. праця. — С. 124.

<sup>5</sup> Див.: *Рум'янцев В. О.* До питання про форму Української держави доби Директорії // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7. — С. 152.

<sup>6</sup> *Копиленко О. Л., Копиленко М. Л.* Вказ. праця. — С. 126.

<sup>7</sup> Див.: *Нагаєвський І.* Історія Української держави двадцятого століття. — К., 1994. — С. 205.

<sup>8</sup> Див.: *Вовк Ю.* Державне будівництво за часів Директорії Української Народної Республіки (1918–1920 рр.) // Актуальні проблеми правознавства. Науковий збірник ЮІ ТАНГ. Випуск 3. — Тернопіль, 2001. — С. 36.

Конгрес трудового народу розглянув важливі питання подальшого державотворення в Україні. Так, були заслухані доповіді про роботу Директорії, про діяльність уряду, про оборону України, про становище на селі тощо<sup>1</sup>. 28 січня 1919 р. в останній день своєї роботи Конгрес трудового народу прийняв «Закон про форму влади в Україні». Згідно з ним вся вища влада в Україні передавалась Директорії. Їй же надавалося право видавати закони з їх наступним затвердженням черговою сесією Конгресу трудового народу. Виконавча влада в Україні покладалася на Раду Народних Міністрів, яка визнавалася підзвітною Конгресу трудового народу, а в перервах між його сесіями — Директорії<sup>2</sup>. Для підготовки законопроектів до наступної сесії Конгресу (планувалася бути скликаною через місяць) створювалися комісії: по обороні республіки, земельна, освітня, бюджетна, закордонних справ, харчових справ<sup>3</sup>. В «Законі про форму влади в Україні» містилося дуже важливе для розбудови українського парламентаризму положення, згідно з яким «в цілях закріплення демократичного ладу правительством Української Народної Республіки, разом з комісіями, має підготувати закон для виборів Всенародного парламенту Незалежної Соборної Української Республіки»<sup>4</sup>. Отже, Конгрес трудового народу орієнтував державні органи України на створення умов для побудови в Україні системи влади на чолі з всенародно обраним законодавчим органом — Всенародним Парламентом. На жаль, унаслідок великої кількості внутрішніх і зовнішніх несприятливих умов для розбудови української державності за часів Директорії не вдалося зібрати ні наступний Конгрес трудового народу, ні всенародний Парламент Української Народної Республіки. Вже з початку лютого 1919 р. для Директорії, за словами В. Винниченка, почалося її «“вагонне” животіння, блукання по станціях, містечках, без притулку, без ладу, без війська, без території й з ворогами з усіх боків»<sup>5</sup>. Зрозуміло, що за таких складних для Директорії умов розбудовувати систему органів влади з класичним поділом її на гілки, у тому числі з авторитетним парламентом європейського типу, не було ніякої можливості. Хоча окремі спроби законодавчо визначитися з найвищим законодавчим органом УНР не припинялися, зокрема, впродовж 1920 р. Так, 14 лютого 1920 р. Рада

<sup>1</sup> Див.: *Мироненко О. М.* Конгрес трудового народу // *Юридична енциклопедія: В 6 т. /* Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К., 2001. – Т. 3: К-М. – С. 257.

<sup>2</sup> Див.: *Конституційні акти України. 1917–1920. Невідомі конституції України.* – К., 1992. – С. 110.

<sup>3</sup> Див.: Там само.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> *Винниченко В. К.* Відродження нації. Ч. III. – Київ-Відень, 1920. – С. 293.

Народних Міністрів ухвалила «Тимчасовий Закон про державний лад і порядок законодавства в Українській Народній Республіці», яким передбачалося створення Державної Народної Ради — загальнодержавного законодавчого (представницького) органу з правом контролю за діяльністю уряду, затвердження бюджету і контролю за його виконанням. Однак закон не набрав чинності, оскільки він не був схвалений Головою Директорії С. Петлюрою<sup>1</sup>. Ще однією спробою створити парламент в Україні стало прийняття 12 листопада 1920 р. двох законів: «Про тимчасове верховне управління та порядок законодавства УНР» і «Про Державну Народну Раду УНР», де закріплювалась модель президентсько-парламентської республіки<sup>2</sup>. Так, за законом «Про тимчасове верховне управління та порядок законодавства в УНР» верховна влада в УНР «тимчасово організується шляхом нижчезазначеного розмежування та координування вищих Державних функцій поміж Директорією, Державною Народною Радою і Радою Народних Міністрів»<sup>3</sup>. Головна роль у законодавчому процесі відводилась Директорії УНР в особі Голови Директорії. Річ у тім, що згідно з ст. 2 цього закону саме Директорія в особі її Голови затверджувала ухвалені Державною Народною Радою закони<sup>4</sup>. Тим самим нанівець зводилось і ставало по суті декларацією положення закону від 12 листопада 1920 р. «Про Державну Народну Раду Української Народної Республіки» про те, що «законодавча влада в Українській Народній Республіці належить Державній Народній Раді»<sup>5</sup>. Надання такої першості у законодавчому процесі Директорії можна пояснити, зокрема, тим, що склалась практика, відповідно якої саме Директорією було прийнято більшість законодавчих актів досліджуваного періоду<sup>6</sup>.

Разом з тим слід зазначити, що згаданий закон ретельно регулював організацію та діяльність Державної Народної Ради як законодавчого органу УНР. Так, цей закон складався з 45 статей, розміщених в наступних розділах: I. Про Державну Народну Раду та її склад. II. Особисті права членів Державної Народної Ради. III. Порядок скликання сесії та вибори Президії

<sup>1</sup> Див.: Мільчакова О. Представницькі (законодавчі) установи в історії України // Часопис ПАРЛАМЕНТ. – 2004. – № 8. – С. 21.

<sup>2</sup> Див.: Історія держави і права України: Підручник / А. С. Чайковський (кер. авт. кол.), В. І. Батрименко, Л. О. Зайцев, О. Л. Копиленко та ін.; За ред. А. С. Чайковського. – К., 2003. – С. 291.

<sup>3</sup> Хрестоматія ... – С. 327.

<sup>4</sup> Див.: Там само. – С. 328.

<sup>5</sup> Там само. – С. 330.

<sup>6</sup> Про цю діяльність Директорії докладніше див.: Подковенко Т. Законодавча діяльність Директорії // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 11. – С. 80–84.

ДНР. IV. Про компетенцію Державної Народної Ради. V. Про порядок ведення справ Державної Народної ради. VI. Про прилюдність засідань Державної Народної Ради. VII. Про внутрішній устрій Державної Народної Ради<sup>1</sup>. Аналіз змісту закону від 12 листопада 1920 р. «Про Державну Народну Раду Української Народної Республіки» дає підстави стверджувати, що за цим законом організації та діяльності Державної Народної Ради були притаманні найтиповіші риси законодавчого органу парламентського типу. Однак реалізація на практиці положень законів від 12 листопада 1920 р. так і не відбулася, оскільки наприкінці 1920 р. влада Директорії впала. В той же час слід зазначити, що з точки зору історії представницьких законодавчих органів України цікавими видаються два проекти Конституції, підготовлені наприкінці існування УНР доби Директорії<sup>2</sup>. Обидва проекти базувалися на засадах поділу влади і передбачали функціонування парламенту в Україні як парламентській республіці<sup>3</sup>. Але проекти Конституції України так і залишилися проектами, ставши, проте, «складовою частиною скарбниці національної конституційної думки»<sup>4</sup>.

*Надійшла до редколегії 15. 12. 05*

*В. Лозо, доцент НЮА України*

## **Правова охорона річок в історії екологічного законодавства ЄС**

Україна зробила свій європейський вибір. Взаємини України з ЄС засновані головним чином на Угоді про партнерство і співробітництво 1994 р.<sup>5</sup> Базовий підхід ЄС до нашої країни був викладений у Загальній Стратегії 1999 р.,<sup>6</sup> одна з основних цілей якої — вирішувати загальні

<sup>1</sup> Див.: Конституційні акти України. 1917–1920. Невідомі конституції України. – С. 117–122.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 126–219.

<sup>3</sup> Див.: *Шатовал В. М.* Ідея розподілу влад у конституційній теорії і практиці в Україні (історико-правовий аспект) // Вісник Академії правових наук України. – 1994. – № 2. – С. 36.

<sup>4</sup> Конституція незалежної України: Навч. посіб. Кол. авт.; За ред. В. Ф. Погорілка, Ю. С. Шемшученка, В. О. Євдокимова. – К., 2000. – С. 29.

<sup>5</sup> Див.: Угода про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами, 16 червня 1994 р. – К., 1999. – С. 28.

<sup>6</sup> Див.: [www.delukr.ccc.eu](http://www.delukr.ccc.eu) int

проблеми Європейського континенту: стабільність у Європі, захист навколишнього середовища, енергетична і ядерна безпека. Обидві сторони тісно співробітничать у низці пріоритетних напрямків, у тому числі наближення українського законодавства до законодавства ЄС. У рамках Європейської політики сусідства ЄС допомагає Україні вибудувати її власну програму реформ, у тому числі в галузі охорони природи<sup>1</sup>.

Головні аспекти правової взаємодії України і ЄС стали активно розроблятися вітчизняними вченими<sup>2</sup>. Особливо плідними у сфері екологічного права видаються ідеї Ю. Шемшученка,<sup>3</sup> та В. Андрійцева<sup>4</sup>. Проте використання європейського досвіду правової охорони річок, як і раніше, ускладнено слабким висвітленням цього матеріалу в українській юридичній літературі. Автор цієї статті ставить за мету ввести в науковий обіг і проаналізувати законодавство ЄС у цій галузі.

Перелік найбільших річок Європи, що за останню чверть ХХ ст. зазнавали кількарізних забруднень через людську халатність або фатальні катастрофи, відкриває Дунай, який у лютому 2000 р. «одержав дозу» промислових стоків, що містять ціаніди. Потім ідуть Гвадалквівір (квітень 1998 р.), Рейн (1986 р.), Рона (1972 і 1976 рр.), Луара (1988 р.). Але найзначніша за останній час катастрофа сталася на півдні Іспанії, де в 1998 р. 40 млн. тонн стічних вод, що містять смертоносні елементи, заюшили з гір по річищу річки Гуадімар, убиваючи на своєму шляху все живе. Подібно своїм радянським колегам у дні чорнобильської трагедії, іспанські можновладці намагалися замовчати масштаби екологічного лиха і були стурбовані тільки тим, аби не віджахнути туристів, що приносять країні колосальні прибутки. Розуміючи, що поодинокі їй не впоратися, Іспанія звернулася по допомогу до керівництва ЄС. Але вердикт експертів був сумний: на відновлення річки підуть багато сотень років<sup>5</sup>. Такі трагедії до межі підвищують актуальність розвитку державно-правових заходів боротьби із забрудненням річок і попередження екологічних катастроф.

<sup>1</sup> Див.: Бенита Ферреро-Вальднер // Зеркало недели. – 2005. – 19 февр.

<sup>2</sup> Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.; Юринком Интер, 2003. – 528 с.

<sup>3</sup> Див.: Международный круглый стол: Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы в сфере предпринимательской деятельности. – К., 2002. – С. 33–40.

<sup>4</sup> Див.: Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – С. 424–442.

<sup>5</sup> Див.: Какою природу Европа оставит потомкам?//Европа (электр. ж-л ЕС). – 2001. – Февраль.



Початок правової охорони річок поклали Перша (1973–1977)<sup>1</sup> і Друга (1978–1982)<sup>2</sup> екологічні програми ЄС, що передбачали впровадження процедури обміну інформацією між Мережами спостереження і контролю для визначення рівня забруднення річок в ЄС і закріплення принципів регулювання несприятливих впливів. Було поставлене завдання встановити наукові критерії для визначення ступеня шкоди основних форм водного забруднення<sup>3</sup>. При класифікації об'єктів довкілля слід було враховувати як характер їх використання, так і їх екологічну роль. Для зменшення споживання, збільшення рециркуляції, та водних ресурсів, охорони від забруднення, крім технічних заходів, наказувалося суворо планувати забезпечення постачань цього унікального активу, що неможливо замінити ніякою іншою природною або штучною речовиною.

Зростаюче забруднення вод Рейну та його приток все більш посилювало занепокоєння людей, що використовують річку і живуть біля неї. Це занепокоєння спонукало Європарламент у 1970 р. видати повідомлення про стан Рейну і заходи щодо його поліпшення, а в Рішенні 1971 р. Комісії з Рейну наказувалося «вжити всіх необхідних заходів, аби розвинути і координувати роботу прибережних держав для захисту Рейну»<sup>4</sup>. На основі проекту Комісії в 1972 р. Рада ЄС запропонувала учасникам Бернської конвенції розробити надзвичайну і довгострокову програму очищення вод Рейну з відповідною структурою і робочими методами та заснувати Європейську агенцію рейнського басейну, завданням якої буде здійснення цієї програми і звернення уваги держав-членів до переваг, що можуть бути отримані від надання цій агенції статусу Об'єднаного проекту.

Для поліпшення оцінки можливостей подолання екологічної деградації Рейну, Комісія попередньо вивчила заходи щодо запобігання забрудненню, що показало: забруднення збільшувалося і прикладені зусилля виявилися неадекватними. З 1959 р. внаслідок скидання органічних речовин місткість кисню у воді зменшувалася, слабшали живе середовище річки і природна спроможність очищення води. Збільшення місткості нітратів і фосфатів сприяло шкідливому зростанню водної рослинності. Скидання хлоридів створювало проблеми при використанні води для питних потреб і сільськогосподарських цілей. Нагромадження свинцю, міді, нікелю і цинку в живих організмах і відкладення погрожувало довгостроковими наслідками.

<sup>1</sup> Див.: ОJ C 112, 20. 12. 1973. – Р. 3.

<sup>2</sup> Див.: ОJ C 139, 13. 06. 1977. – Р. 3.

<sup>3</sup> Див.: ОJ L 153, 09. 06. 1973. – Р. 11.

<sup>4</sup> ОJ L 189, 11. 07. 1973. – Р. 43.

Необхідність термінових і масштабних дій по контролю й обмеженню скидання найбільш шкідливих забруднювачів спонукало учасників Бернської конвенції заснувати Міжнародну комісію для захисту Рейну від забруднення і провести в жовтні 1972 р. міністерську конференцію в Гаазі, яка прийняла низку рішень щодо боротьби із забрудненням Рейну сіллю і хімікатами, а також високотемпературним впливом на води річки. Для боротьби із сольовими забрудненнями передбачалося створити смітник іонів хлору в Ельзасі. Ділянка призначалася французьким урядом, витрати розподілялися між учасниками Міжнародної комісії і контроль за скиданнями був організований по всій течії Рейну. Комісії з Рейну наказувалося: скласти список матеріалів, скидання яких буде заборонено або обмежено; здійснити огляд для виявлення джерел забруднення; розробити програми водоохоронних дій. Для боротьби з тепловим забрудненням Рейну всі електростанції наказувалося обладнати замкнутою системою охолодження, аби не припускати підвищення природної температури води в річці більш ніж на два градуси.

З метою вдосконалення організації і робочих методів охорони річок наказувалося не рідше одного разу на рік проводити міністерські конференції. Комісії з Рейну належало підготувати довгострокову програму і досліджувати пропозиції Франції про заснування Федерації річкових агентцій рейнського басейну. Слід було враховувати і запропоновану Радою Європи Конвенцію про захист прісної води від забруднення, яка передбачала встановлення мінімальних стандартів для підтримання якості води і введення міжнародних комітетів із визначеними повноваженнями по захисту річок та їхніх гирл.

Ці завдання було закріплено як цілі Співтовариства по вдосконаленню умов життя і гармонійного розвитку економічної діяльності. Проте повноваження, необхідні для їхнього досягнення, в Установчому договорі визначено не було. Для реалізації цих положень на основі ст. 235 Договору про ЄЕС було прийняте Рішення Ради 77/795/ЄЕС про встановлення загальної процедури для обміну інформацією про якість поверхневої прісної води в Співтоваристві,<sup>1</sup> відповідно до якого обмін інформацією про рівні забруднення ставав одним із засобів визначення довгострокових тенденцій і вдосконалень у чинному національному праві і праві Співтовариства. Обмін інформацією припускав порівняння результатів, отриманих на станціях з визначення якості вод, і створення

<sup>1</sup> Див.: OJ L 334 24. 12. 1977. – P. 29; CONSLEG – 77D0795 – 01/01/1995; зміни: OJ L 319 07. 11. 1981. – P. 17; OJ L 237 05. 09. 1984. – P. 15; OJ L 335 28. 11. 1986. – P. 44; OJ L 001 04. 01. 1990. – P. 20; OJ L 327 22. 12. 2000. – P. 1.

в Співтоваристві системи контролю поверхневого прісноводного забруднення як компонента глобальної системи контролю довкілля, передбаченого в Екологічній програмі ООН (ЮНЕП).

Для досягнення цих цілей держави-члени повинні були подавати Комісії дані про низку параметрів поверхневої прісної води, які Комісія узагальнюватиме і за шляхом співробітництва в рамках Комітету по адаптації до технічного прогресу надаватиме рекомендації країнам — учасникам ЄС. Інформація за рік включала результати і методи вимірів та передавалася Комісії через центральну агенцію в кожній країні-учасниці для впорядкування щорічних повідомлень. Комісії належало оцінити ефективність процедури обміну інформацією й у межах трьох років надати Раді пропозиції щодо поліпшення процедури й узгодження методів виміру.

У Третій екологічній програмі (1982–1987)<sup>1</sup> відзначалося, що Комісія продовжить здійснення заходів для встановлення якісних стандартів специфічних видів водокористання і скорочення забруднення водного середовища скиданнями небезпечних речовин. Ці пріоритети залишалися в силі й у контексті Четвертої екологічної програми (1987–1992)<sup>2</sup>. З установленням граничних рамок емісій небезпечних речовин<sup>3</sup> було прискорене визначення показників для «чорного списку» із 129 речовин, закріпленого Комісією в 1982 р.<sup>4</sup> Тривала також робота над «сірим списком» речовин, особливо свинцю, міді, нікелю і цинку на основі досвіду, придбаного на національному рівні.

Проте порівняно з темпами і масштабами економічного зростання ці зусилля по охороні водного довкілля Співтовариства явно були недостатніми. Для розширення діапазону водоохоронної діяльності Комісії доручалося розробити Директиви з контролю і скорочення водного забруднення відходами тваринництва і надмірного використання добрив та пестицидів, а також підвищувати розуміння фермерами пов'язаних із цим проблем. Сільське господарство, подібно іншим галузям, могло зробити свій внесок у зусилля Співтовариства щодо зменшення водного забруднення. Вводилися мінімальні стандарти для індустріального і сільськогосподарського використання води.

З огляду на європейську значущість такої водної артерії, як Ельба, на основі Угоди між ФРН, Чехословаччиною і ЄС 8 жовтня 1990 р. було

<sup>1</sup> Див.: ОJ C 46, 17. 2. 1983.

<sup>2</sup> Див.: ОJ C 328 07. 12. 1987. – Р. 1.

<sup>3</sup> Див.: ОJ L 181, 04. 07. 1986.

<sup>4</sup> Див.: ОJ C 176, 14. 07. 1982.

створено Міжнародну комісію з охорони цієї річки<sup>1</sup>. Запобігання подальшому забрудненню Ельби було покликане разом поліпшити екологію Північного моря. З цією метою договірним сторонам у рамках особливої Комісії належало співпрацювати: у видачі дозволів на постачання питної води, в організації аграрного водокористання й у зберіганні природних екосистем із здоровою видовою розмаїтістю. Для цього наказувалося визначити завдання, встановити пріоритети, розробити програми робіт із графіками їх виконання. У цих програмах треба було передбачити, крім іншого, пропозиції щодо застосування сучасних методів скорочення емісій, заходи для зменшення забруднення рік із різноманітних джерел, а також питання захисту вод від витрат рибальського промислу.

Комісія з охорони Ельби була покликана: здійснювати огляди головних джерел виробничих відходів і оцінювати заподіяне ними водне забруднення; пропонувати припустимі межі скидань; вносити проекти якісних цілей, які враховують вимоги щодо використання вод, специфічні заходи захисту Північного моря і природних вод Співтовариства; розробляти програми досліджень якості вод і координувати їх виконання; формувати стандартні методи класифікації якості вод в Ельбі. Ця Комісія була уповноважена пропонувати заходи запобігання водному забрудненню внаслідок аварій; складати опис головних чинників впливу на екологію Ельби, включаючи причини серйозних міжнародних наслідків; сприяти науково-дослідницькій співпраці й обміну екологічною і технологічною інформацією. Міжнародна комісія повинна була також готувати питання захисту Ельби й області її дренажу для взаємного врегулювання між договірними сторонами, яким наказувалося повідомляти Комісії всю інформацію, необхідну для виконання покладених на неї завдань, включаючи розроблення пропозицій щодо удосконалення Угоди.

До складу Комісії з охорони Ельби входили делегації договірних сторін. Для виконання визначених завдань Комісія створювала робочі групи з делегатів або експертів, призначуваних кожною делегацією. При цьому визначалися завдання, кількість членів кожної робочої групи, обирався голова і встановлювалася процедура діяльності.

З метою виконання задач, поставлених Конвенцією 1990 р. про захист Ельби, в 1993 р. до неї було додано Протокол,<sup>2</sup> що наділяв Міжнародну комісію закріпленою законом юридичною правоздатністю для укладення

<sup>1</sup> Див.: OJ L 321 23. 11. 1991. – P. 24–25.

<sup>2</sup> Див.: OJ L 045 23. 02. 1993. – P. 26.

необхідних контрактів, правом одержувати і розпоряджатися нерухомою і рухомою власністю і в особі голови брати участь у прийнятті законів.

У 1999 р. подібна Угода була укладена між ФРН, Польщею, Чехією та ЄС про Міжнародну комісію з охорони Одеру<sup>1</sup>. Договірні сторони зобов'язалися співпрацювати в рамках Комісії із захисту цієї річки від забруднення для запобігання і скорочення забруднення Одеру і Балтійського моря отруйними речовинами, а також із метою підтримання оптимальних водних і прибережних екосистем.

На додаток до завдань, аналогічних тим, що були поставлені перед Комісією з охорони Ельби, Комісія з захисту Одеру повинна була документувати екологічну важливість різноманітних елементів біотопів, включаючи екоморфологію; розробляти проекти пропозицій щодо обслуговування, відновлення і захисту водних і прибережних екосистем; обговорювати види користування водами, що можуть мати важливі трансмежні наслідки. До компетенції Міжнародної комісії входили й питання, що стосуються захисту вод від забруднення, викликаного рибною ловлею. Застерігалось також, що бюджет Комісії, крім обов'язкових внесків договірних сторін, формувався із добровільних внесків, пожертвувань та інших ресурсів.

П'ята екологічна програма 1993 р.<sup>2</sup> у спеціальному розділі «Організація управління водними ресурсами» зазначала, що вода — одне з елементарних джерел життя; якість води є індикатором загальної якості довкілля. Без води гармонійне і стійке підтримання або розвиток соціально-економічної діяльності неможливе. Вода гарної якості стала доступною тільки в обмежених кількостях. Відповідно до статистики Eurostat/OECD середнє щорічне вилучення води на душу населення (включаючи воду для іригаційних потреб) у ЄС — 12 підвищилось з 590 м<sup>3</sup> у 1970 р. до 650 м<sup>3</sup> у 1975 р., з 750 м<sup>3</sup> у 1980 р. до 790 м<sup>3</sup> у 1985 р. — загальне збільшення склало 35% протягом 15 років. У межах ЄС щорічна норма вилучення на душу населення коливалась до кінця 1980-х років від 200–300 м<sup>3</sup> у Люксембурзі до 1000–1200 м<sup>3</sup> в Італії, Португалії та Іспанії. З метою поліпшення якості життя і досягнення стійкого розвитку намічалось забезпечення достатньої кількості води адекватної якості у всьому Співтоваристві без порушення природної рівноваги довкілля.

Політика Співтовариства відповідно спрямовувалася на: запобігання забрудненню вод у джерелі; відновлення природних вод до екологіч-

<sup>1</sup> Див.: ОJ L 100 15.04.1999. – Р. 21–24. (Зміни ОJ L 100 15.04.1999. – Р. 20).

<sup>2</sup> Див.: ОJ C 138 17. 05. 1993. – Р. 1.

но нормального стану із забезпеченням належних джерел питної води; приведення в рівновагу попит на воду та її постачання на основі більш раціонального використання водних ресурсів і управління ними.

У Програмі відзначалося, що обробна промисловість, енергетика (охолодження), сільське господарство (іригація) і туризм (питна вода і купання) дуже залежать від гарної якості і достатньої кількості води, але в той же час є головними її забруднювачами. У зв'язку з цим установлювалися загальні довгострокові цілі забезпечення належної якості і кількості вод, цілі до 2000 р. і дії, необхідні в найближчій перспективі (відповідно до Рішення Ради від 12. 12. 1991 р. і програми дій, визначеної в Гаагській декларації про майбутню водну політику Співтовариства)<sup>1</sup>. Стійке використання ресурсів прісних вод (грунтових і поверхневих) потребувало, аби попит на воду був приведений у відповідність із можливістю її постачання, для чого було необхідно: припинити постійний кредит на поточне використання; інтегрувати ресурси, що охороняються, і критерії стійкого використання в інші галузі, включаючи сільське господарство і промисловість (розвиток, місцезрештування і процедури виробництва); здійснити намічене скорочення забруднення ґрунтових і прісних поверхневих вод, збирання і відновлення даних про ґрунтові води, а також моніторинг і заходи контролю за ними; створити інтегровану організацію управління і правовий захист вод; вжити заходи захисту і реабілітації водоносних пластів; впровадити більш ефективне водокористування.

При розгляді аспектів якості ґрунтових вод було намічено: підтримувати чистоту незабруднених ґрунтових вод і попереджати подальше погіршення стану забруднених; відновлювати ґрунтову воду до якості, необхідної для виробництва питної води; перешкоджати загальному забрудненню із локальних джерел і зменшувати забруднення з розсіяних за допомогою кращих екологічних методів і технологій; забезпечувати суворе виконання чинних директив про міські стічні води і забруднення нітрами, аби скоротити їхнє скидання в довкілля.

Передбачалося також подальше розроблення особливих емісійних стандартів, які б заохочували попередження негативних впливів на воду. Ставилася мета підтримувати високий стандарт екологічної якості прісних вод із біологічною варіативністю, повною мірою притаманною недоторканному стану даної води. Державам-членам належало розробити програми для всіх видів вод, ураховуючи властиві їм ситуації і включаючи практичні заходи, які частково фінансуються національними фондами захисту довкілля.

<sup>1</sup> Див.: OJ No C 59, 06. 03. 1992.

Зазначені цілі і завдання були підтримані і розвиті в Шостій екологічній програмі ЄС 2002 р.<sup>1</sup>

Підбиваючи підсумки і з'ясовуючи перспективи розвитку правової охорони річок у ЄС, слід зазначити, що у світі існує 261 річковий басейн, які перетинають хоча б один державний кордон. У цьому сенсі ЄС може стати своєрідним полігоном для подолання труднощів, що виникають в галузі водних ресурсів: відсутність політичних розбіжностей між його країнами-учасниками дозволить із найбільшою легкістю проводити експерименти у сфері трансмежного врегулювання.

Робота в цьому напрямку в ЄС уже ведеться. Після тривалого процесу консультацій 22 грудня 2000 р. було прийнято Рамкову директиву по водним ресурсам, що встановлює основи для захисту водойм, річок і прибережних вод «п'ятнадцятьох». Основні цілі документа такі: забезпечення необхідних обсягів чистої води для розумного використання, значне зниження забруднення, захист територіальних вод, а також виконання міжнародних угод про запобігання і ліквідацію наслідків забруднення морських вод. Величезне значення цієї директиви полягає в тому, що вона підходить до розв'язання цих проблем на рівні водних басейнів, а не держав<sup>2</sup>.

Брюссель веде роботу з раціонального використання водних ресурсів не тільки в межах кордонів ЄС, а й з організаціями багатьох країн, де ця проблема постає найбільш гостро, сприяючи обміну технологіями, інституціональним реформам, удосконаленню засобів використання і методів заощадження вод. Щорічно європейське керівництво виділяє близько 1,4 млрд. євро на фінансування програм у галузі водопостачання.

Через програму Тасис ЄС підтримує програми поліпшення водопостачання й очищення води в Україні та інших країнах СНД. Проект ДАНУБС присвячено моніторингу стану вод Дунаю і західного узбережжя Чорного моря. На програму «Навколишнє середовище в чорноморському регіоні» Тасис виділила 10 млн. євро. У рамках цієї програми надається підтримання регіональним центрам моніторингу, скороченню забруднень довкілля і зберіганню природної розмаїтості в державах СНД.

Проте теперішні тенденції розвитку людства свідчать про те, що для розв'язання цієї найгострішої проблеми потребуються зусилля кожного мешканця Землі, оскільки кожний споживач води відповідає за її якість. Чистота досягається правильним використанням не тільки водних ре-

<sup>1</sup> Див.: ОJ L 242, 10. 09. 2002. – Р. 1.

<sup>2</sup> Див.: *Петров С.* Спаси и сохрани воду // Европа (електр. ж-л ЕС). – 2003. – № 30. – Июль-август.

сурсів, а й ґрунту. Крім того, вирішення цього питання в одній країні не завжди буде достатнім для досягнення означеної мети. Людство починає розуміти, що його життєдіяльність може завдавати такі збитки, що сама природа вже не спроможна їх відшкодувати. Вода — це тільки зрима ознака стану екологічної обстановки в тому чи іншому регіоні. Боротьба за її чистоту і раціональне використання почне вимагати величезних, а головне — узгоджених і всебічних зусиль протягом багатьох десятиліть, коли доведеться забути про міждержавні кордони і замінити їх межами водних басейнів. Залишається сподіватися, що усвідомлення необхідності зберігання цього життєво важливого ресурсу стане початком досягнення гармонійних взаємовідносин homo sapiens і природи.

Європейці раніш за інших зрозуміли, як небезпечно пиляти сук, на якому сидиш. Практично всі держави ЄС посилили свої природоохоронні законодавства, а за дотриманням загальних правил і норм захисту довкілля пильно стежить Європейська Комісія, експерти якої інспектують вже 25 країн ЄС. Після екологічної катастрофи 1998 р. в Іспанії було запропоновано створити в Європі цілу міжнародну мережу експертів з охорони довкілля на всіх рівнях. Ці фахівці могли б прогнозувати екологічні лиха і запобігати їм. В часи навальних техногенних революцій часом страждають усі три основні середовища мешкання — атмосфера, ґрунт і водні ресурси. ЄС по низці позицій є першопрохідником і визнаним лідером у справі охорони довкілля, тому дослідження історичних передумов успішної екологічної політики, актуальних проблем нормотворчості і перспективних програм у цій сфері розкриває перед українським дослідником невичерпні можливості для запозичення передового досвіду, врахування припущених помилок і творчого розвитку досягнутих результатів<sup>1</sup>.

*Надійшла до редколегії 18. 03. 06.*

---

<sup>1</sup> Див.: Какую природу Европа оставит потомкам? // Европа. — 2001. — Февраль.



# ПИТАННЯ

---

## АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА

---

*В. Цветков*, академік АПрН України,  
*В. Селіванов*, член-кореспондент АПрН  
України

### Людський вимір як методологічний підхід до аналізу і перетворення державного управління в Україні

Як вже наголошувалося авторами цієї роботи<sup>1</sup>, основні засади ефективного управлінського впливу Української держави на суспільство, сучасні потреби їх демократичної трансформації (кардинального перетворення) в нових історичних умовах, зокрема законодавчої бази державного управління, зумовлюють нагальність активізації юридичних наукових досліджень, у тому числі подальшого пізнання проблеми держави, права, державної політики і державного управління, їх філософії та теорії. Сьогодні ці дослідження мають бути спрямовані не тільки на узагальнення існуючих знань і досвіду, не тільки на фіксацію реального, державно-юридичного стану, а й на майбутнє, тим самим виконуючи функцію орієнтира для практики державотворення і правотворення в Україні<sup>2</sup>.

Вивчення і оцінка сучасного стану українського державно впорядкованого суспільства, в тому числі його політичної і правової систем, державного управління, передбачають усвідомлення того, що ми нині живемо в суспільстві, якого ще вчора не існувало і яке треба ще державно організувати за допомогою як політичних, так і неполітичних засобів й інститутів. Як видається, таке усвідомлення, з одного боку, може до-

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: *Цветков В., Селіванов В.* Проблеми методологічного забезпечення вітчизняного державного управління // Вісник Академії правових наук України – 2005. – № 3(42). – С. 101–112.

<sup>2</sup> Невипадково директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України Ю. Шемшученко наголошує: «Наука повинна працювати на випередження» (цит. за: *Віламова Н.* Держава, яка ігнорує науку, не має перспективи // *Голос України*. – 2005. – 14 груд. Див. також: *Юридична наука і практика – двосторонній процес* // Уряд. кур'єр. – 2005. – 17 груд.).

помогти окремим людям з розумінням ставитись до всіх вад сучасної Української держави, політичної і правової систем, а з другого — відчутти себе учасниками реального суспільствотворення, зокрема державотворення і юридичного нормотворення.

Насамперед це сучасність вимагає переосмислення старих і вироблення нових соціальних знань про право, владу, державу, управління тощо як багатомірні, але єдині за своєю природою соціальні феномени, котрі органічно пов'язані із соціальним буттям, є імперативними чинниками суспільного життя, специфічними соціальними регуляторами, що завжди пов'язані між собою, водночас впливають на людську поведінку і становлять об'єкт пізнання вітчизняної юридичної науки.

Радикальна зміна соціальної значущості вітчизняної юриспруденції актуалізує процеси наукового пізнання Української держави і права, розроблення не тільки спеціальних, формально-юридичних, а й загальносоціологічних і соціально-філософських проблем права, держави, державної політики управління тощо. Йдеться серед іншого про проблеми, що зумовлюються насамперед об'єктивними закономірностями руху українського суспільства як соціального цілого, котре за всіх обставин має бути впорядковане на основі соціальних, передусім юридичних, норм. По суті йдеться про регулюючий засіб правової держави, яка має не тільки ґрунтуватися на праві, а й діяти у межах права, правового закону, який відображає і закріплює справедливий стан суспільних відносин. Розкриваючи сутність правового закону, В. Тацій і Ю. Тодика слушно, як видається, зазначають, що його завдання полягає в об'єднанні, а не роз'єднанні суспільства з метою розв'язання актуальних спільних проблем<sup>1</sup>. Правовий закон як єдність сутності і форми права спрямований на створення умов соціальної взаємодії. Через цілевизначення в тому чи іншому управлінському рішенні, яке (цілевизначення) формується ще на етапі державної політики, теперішнє як реальний момент людської взаємодії пов'язується не тільки з її минулим, а й з майбутнім. Конкретизація в управлінському рішенні мети, напрямку руху відповідних суспільних відносин і засобів її досягнення та реалізації визначеного державою руху, які обов'язково мають бути справедливими, виконує в процесі державного управління певну регулюючу функцію. І чим складнішими стають ця врегульованість, законодавство, за допомогою якого

<sup>1</sup> Див.: Тацій В., Тодика Ю. Проблеми розвитку науки конституційного права України // Право України. – 1994. – №10. – С. 9–10. «Все значення правового закону. – писав видатний російський філософ В. Соловйов, – зводиться до визначення тих меж, які особа не повинна переступати, вільно використовуючи свої сили» (Соловьев В. С. Критика отвлеченных начал (1877–1880) // Собрание сочинений. – Т. 2. (1873–1877). Фототип. изд. – Брюссель. 1966. – С. 156).

вона (функція) здійснюється, тим обов'язковіше вони мають ґрунтуватися на наукових прогнозах.

Життєвий досвід доводить, що державне управління, яке не відображає ідеї справедливості<sup>1</sup>, не може бути ефективним. Справедливість надає державному управлінню людського виміру, об'єктивно орієнтуючись на певний реальний баланс людських потреб та інтересів. Тим самим воно позбавляється абстрактного характеру.

Забезпечуючи рівновагу між конфліктуючими інтересами, правами і свободами людини, державне управління створює умови дотримання своїх і чужих законних інтересів, прав і свобод.

Управлінські відносини в державно впорядкованому суспільстві, зокрема в Україні, детерміновані як об'єктивною потребою забезпечення публічних інтересів, вищого загального блага соціуму, передусім збереження його цілості, так і суб'єктивними цілями організації та реалізації державної влади. Щодо останніх цілей, то вони зумовлені наявністю в суспільстві різноманітних приватних інтересів окремих осіб — представників державно-владних структур, часом таких, що суперечить публічним інтересам соціального цілого.

Суспільний процес обов'язково пов'язаний з певними соціальними перетвореннями відповідно до реальних соціальних потреб та інтересів, рух котрих має діалектичну природу, сутність якої полягає у переході, зокрема, політичної якості суспільних явищ у свою протилежність. Проте прогрес або розвиток суспільства — це, безумовно якісні зміни, зокрема управлінських форм і процесів, що ґрунтуються, як узагалі всі соціальні форми й процеси, в тому числі юридичні, на об'єктивних закономірностях природи, що спрямовані по суті, як зазначав ще Дж. Локк, на «збереження людства»<sup>2</sup>. Звідси слушною є думка О. Костенко про те, що «правознавство стає справді наукою лише тоді, коли досліджує не тільки людське начало права, а й його природне начало, тобто тоді, коли, вирішуючи основне питання правознавства, визначає, що право є витвором не тільки людей, а й природи»<sup>3</sup>. Слід тільки наголосити на тому, що людина теж є певним продуктом природи.

<sup>1</sup> Ще давньоримський мислитель і державний діяч Марк Туллій Ціцерон наголошував: «Де нема щирої справедливості, не може бути і права. Бо те, що є правом, звичайно є і справедливістю... Де нема справедливості, нема держави» (Ціцерон М. Т. Про державу. Про закони. Про природу богів. — К., 1998. — С. 123).

<sup>2</sup> Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Сочинения: В 3 т. — М., 1988. — Т. 3. — С. 341.

<sup>3</sup> Костенко О. Людський фактор у праві (дослідження з позиції соціального натуралізму) // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 3. — С. 21. «Природу права, — говорив Ціцерон, —... слід шукати в природі людини» (Ціцерон М. Т. Вказ. праця. — С. 162).

Ідея суспільного, серед нього управлінського, прогресу<sup>1</sup> іноді некоректно, як видається, отожднюється з ідеєю руху як прирощування нових, зокрема управлінських, форм і методів, управлінських актів. Але це не так. По-перше, суспільний рух може мати як прогресивний, так і регресивний характер. По-друге, категорія «суспільний прогрес» не тотожна категорії «суспільний рух». По-третє, кількісна оцінка, якою вона не була б важливою і точною, не може замінити якісну. Просте кількісне накопичення, прирощування певних чинників не веде однозначно до якісної зміни сутності певного явища, що досліджується, наприклад, державного управління або законодавства, яке його забезпечує. Тому і сучасне державне управління в Україні має бути глибоко науково обґрунтованим і виваженим, повинні бути визначені не тільки його тактика, а й стратегія. Щодо останніх, і це стосується національного законодавства, яке має забезпечувати державне управління, то вони повинні бути визначені державою. Знання орієнтирів, які дозволяють визначити на тривалий строк модель суспільного розвитку, добре і погане, передусім в державній і суто політичній діяльності, мають нині обов'язково становити основу ухвалення необхідних управлінських рішень, в яких здоровий глузд окремих державників і політиків мусить поступитися новітнім знанням теорії управління як складової управлінської культури, що сприятиме (але тільки сприятиме) демократизації українського державно впорядкованого суспільства. Бо демократія, як видається, це передусім висока моральність членів певної форми соціальної взаємодії (тобто сукупність індивідуальних якостей, що відповідають усталеним формам суспільної поведінки), включаючи професіоналізм, компетентність у справі, яку виконує людина і за яку вона відповідає. Саме тому при загальній спрямованості навчально-виховного процесу в усіх навчальних закладах України на духовний розвиток особистості, де духовна складова порівняно з освітньою складовою, тобто з переданням молоді нових науково обґрунтованих знань, має бути пріоритетною, перспективним є також створення конкретних проектів, на яких мають знатися майбутні фахівці.

Втрата в незалежній Україні багатьох усталених, як здавалося за умови колишнього радянського політичного режиму, цінностей, мораль-

<sup>1</sup> «Прогрес... – писав російський публіцист М. Данілевський, – полягає не в тому, щоб йти постійно в одному напрямку (в цьому випадку він швидко б закінчився), а в тому, щоб переходити все поле, яке становить поприще історичної діяльності людства, в усіх напрямках. Тому жодна цивілізація не може пишатися тим, що вона є найвищою точкою розвитку стосовно всіх його сторін, порівняно з її попередницями або сучасницями» (*Данілевський Н. Я. Россия и Европа. – М., 1991. – С. 109*).

них і політико-правових орієнтирів вже призвела до глибоких кризових явищ у сфері як духовних, так і матеріальних суспільних відносин, у тому числі у сферах відносин власності і державного управління. Це зумовлює необхідність вироблення суспільного світогляду, зокрема управлінської свідомості, що відповідає сучасним історичним умовам і обставинам.

Якщо оцінювати ступінь прогресивності сучасної демократичної трансформації українського державного управління, його юридичних форм, то слід зазначити, що ця трансформація перш за все має бути спрямована на розвиток індивідуальності конкретної людини (рівень її свідомості, зокрема політичної й правової, особистої ініціативи, самостійності, підприємливості, свободи, творчості тощо) за умови задоволення загальних соціальних потреб та інтересів.

За часи радянського політичного режиму людина являла собою форму буття, в тому числі управлінського, яка (форма) часто визначалася тим чи іншим адміністративно-політичним актом, іноді законом, тобто людина по суті існувала для держави і закону, державного управління. Звідси, як слушно зазначає В. Авер'янов, була поширена характеристика державного управління як «виконавсько-розпорядчої» діяльності, котра не тільки не передбачала людину і по суті нині зберігається, поступово набуваючи сьогодні все більшого значення. «Натомість, — зауважує вчений, — державне управління у тому чи іншому обсязі має прояв у діяльності різних державних органів, котрі належать до різних гілок державної влади»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Авер'янов В.* Ще раз про зміст і співвідношення понять «державне управління» і «виконавча влада»: полемічні нотатки // *Право України.* – 2004. – № 5. – С. 114. Див. також: *Авер'янов В., Андрійко О., Полухович В., Хороша Н.* Академічні дослідження проблем державного управління та адміністративного права: результати і перспективи // *Юрид. журнал.* – 2004. – № 5. – С. 52.

По суті йдеться про так зване «широке» розуміння державного управління, що має ґрунтуватися, як видається, на спеціалізованій юридичній теорії державного управління, завданням якої має бути багатомірне вивчення саме державно-юридичного аспекту управління як об'єктивної функції державно впорядкованого суспільства, котра проявляється в реальній соціальній дійсності у вигляді певного різновиду державної діяльності.

Слід зазначити, що В. Авер'янов дотримувався якраз протилежної точки зору. «Значний час, — пише він, — був витрачений на даремні спроби виокремити спеціалізовану «юридичну» теорію державного управління, що, як виявилось, суперечить комплексній різноаспектній природі власне досліджуваного явища – державного управління» (Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К., 2002. – С. 8).

За умови української демократичної держави не людина має існувати для держави, закону і державного управління, а юридичний закон і державне управління мають функціонувати заради людини, її потреб та інтересів, які, безумовно, не повинні шкодити потребам та інтересам інших людей, суспільства в цілому, особливо коли йдеться про права і свободи журналістів<sup>1</sup>.

Як доводить світовий досвід суспільного розвитку та й наш власний досвід розбудови незалежної державності України, жодні соціальні перетворення, особливо системного характеру, до яких, безумовно, належить перетворення державного управління, неможливі без серйозного сучасного методологічного і теоретичного обґрунтування.

Крім того, як видається, без урахування сучасних вітчизняних і світових методологічних та теоретичних досягнень соціальної філософії й загальної теорії права і держави не можна створити національну доктрину державного управління. А без цього годі й сподіватися на підвищення ефективності державного управління в Україні, розроблення, прийняття і реалізацію якісних управлінських рішень на всіх рівнях державно впорядкованого суспільства, спрямованих на прогнозоване задоволення потреб та інтересів людей, українського суспільства в цілому.

Розв'язання актуальних теоретичних і практичних проблем демократичної трансформації українського суспільства, зокрема державотворення і юридичного нормотворення в Україні, передбачає передусім здійснення важкої, копіткої, але необхідної інтелектуальної роботи щодо виявлення і вирішення ключових для українських юридичної науки в цілому і науки державного управління зокрема методологічних проблем. О. Бризгалов слушно наголошує, що «саме через формування методології пізнання формується сама теорія, бо не існує теорії без методології, як і методології без теорії»<sup>2</sup>.

Як відомо, «успадкованими» Україною від колишнього СРСР були не тільки реальна адміністративно-командна система управління, а й наука управління, зокрема теорія державного управління та її методологія як органічна складова офіційної радянської, в тому числі юридичної, методології. Їй були притаманні такі риси, як заідеологізованість теоретичного підґрунтя права, державної діяльності, в тому числі державного управління, тобто не об'єктивні потреби та інтереси людини,

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: Журналіст: свобода і відповідальність // Уряд. кур'єр. – 2005. – 24 груд.

<sup>2</sup> Брызгалов А. И. О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе // Государство и право. – 2004. – № 4. – С. 19.

суспільства в цілому начебто зумовлювали, визначали, «задавали» цілі існуючих держави, чинного права, державного управління тощо, а навпаки, цілі держави, державного управління, які визначалися з огляду передусім на приватні потреби та інтереси владарюючих в той час певних соціальних сил, зумовлювали по суті критерії оцінки ефективності державної діяльності, серед неї управління, матеріалістичний монізм, вульгарно абсолютизоване протиставлення матеріального ідеальному, хоча всі управлінські рішення походили з певних ідей, еkleктику, нестійкість світоглядної бази тощо<sup>1</sup>. Як наголошує М. Марченко, аналізуючи роль методології для розвитку радянської юридичної науки, «через непорозуміння або невігластво всі методологічні проблеми юридичної науки були негласно, але огульно зведені до марксистських світоглядних проблем. Для деяких, серед них поважних, але непомірно владослухняних, а тому занадто «задемократизованих» під сучасні мірки авторів, це відіграло роль відповідного гасла, і даний напрямок досліджень перетворився на своєрідне табу. Як наслідок маємо те, що маємо (а точніше, не маємо добротних методологічних праць)»<sup>2</sup>. Тому і «науковим» результатом було і, на жаль, залишається нині багаторічне повторення одного й того ж самого — фактична відсутність якісного, нового наукового юридичного й управлінського знання, панування в системі, зокрема юридичної науки, суто позитивістського підходу до права і держави, спроби пристосування реальної правової і державної діяльності до бажань владарюючих соціальних сил.

Як видається, сучасний, абсолютно необхідний, критичний аналіз історії руху радянського правознавства, безумовно, слід здійснювати з урахуванням стану конкретно-історичних матеріальних і духовних умов встановлення та функціонування радянської юридичної науки. « Ви вважаєте, — писав на початку 30-х років ХХ ст. відомий радянський юрист П. Стучка, — що ми відразу прийшли до марксистсько-ленінської теорії права, знайшли вже готову конструкцію права, новий світогляд? Але так ніколи не буває»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Матеріали міжнародної науково-теоретичної конференції «Проблеми методології сучасного правознавства». 9–10 жовтня 1966 року. – К., 1996. – С. 19; Рекомендації міжнародної наукової конференції «Методологічні проблеми правової науки». 13–14 грудня 2002 р. – Х., 2002. – С. 3–4; *Мартышин О. В.* Нравственные основы теории государства и права // Государство и право. – 2005. – № 7. – С. 5.

<sup>2</sup> *Марченко М. М.* Юридическое образование в современной России: состояние и перспективы развития // Правоведение. – 1999. – № 3. – С. 227.

<sup>3</sup> *Стучка П. И.* За единый фронт // Сов. государство и революция права. – 1931. – № 1. – С. 42.

Наголошуючи тут і далі за текстом на тих чи інших положеннях, які висловлювалися й обґрунтовувалися у свій час деякими радянськими вченими-управлінцями, ми далекі від того, щоб дорікати їм в чомусь. Критикувати з позиції сучасності те, що відбувалося за зовсім інших історичних умов, більш того, за умови тоталітарної ідеології та політичної практики, відступ від яких іноді карався позбавленням життя, — завдання і непродуктивне, і невдячне. Треба віддати шану науковому минулому і спробувати знайти істину щодо управлінської дійсності сьогодення. Тим більше, людське життя доводить, що не можна звертати увагу лише на слабкі сторони того чи іншого міркування, особливо яке втратило своє значення за нових історичних умов.

У чому ж конкретно таку значну роль відіграє методологія в процесі пізнання і практичного перетворення в Україні реальних державно-управлінських явищ і процесів?

Відомо, що, визначаючи шлях мислення до істини і забезпечуючи цей рух відповідними засобами, методологія як певний результат наукового пошуку є не менш важливим і цінним результатом наукових досліджень, ніж вже здобуті за її допомогою інші онтологічні знання. Вона має розглядатися також як певна передумова подальшого пізнання досліджуваного явища, в нашому прикладі — вітчизняного державного управління. По суті методологія як певна форма світоглядного підходу до дослідження конкретного об'єкта (предмета) реальної дійсності (його функцій, структури тощо), котрим можуть бути і сама наука, зокрема наука державного управління (її місце і роль в загальній системі знань), і власне її метод, є одним із засобів переходу від конкретно-історичної інтелектуальної епохи до іншої. Методологія державного управління, ґрунтуючись на результатах попередніх теоретичних досліджень, дає нам новий погляд на розуміння управлінських явищ, що досліджуються, їхньої реальної сутності, їхнього колишнього, сущого і прийдешнього. Тим самим методологія сприяє розвитку теорії державного управління, його практики, в тому числі трансформації й удосконалення.

Будь-які системи ідей, наукових знань державного управління, що виконують в житті людей функцію певних теоретичних моделей управлінської дійсності, в яких тим або іншим чином відображається істинність останньої, будуються на основі певних вихідних понять, категорій, котрі відіграють у суспільній предметно-практичній діяльності, зокрема науці, роль засобу осягнення значення того чи іншого об'єкта (предмета) пізнання і перетворення. Невипадково питання про походження наукових понять і категорій у свій час розглядалося навіть як основне питання



філософії<sup>1</sup>. На основі існуючих наукових понять і категорій, в яких фіксується реальний суспільний стан, оформлюються певні знання, розроблюються програмні концепції, юридичні норми, політико-юридичні інституції, спрямовані на розв'язання актуальних, з точки зору передусім суб'єкта влади і державної ідеології, соціальних проблем,

Щодо управлінських ідей і понять, то вони, як і будь-які інші соціальні ідеї і поняття, не конструюють реальну управлінську дійсність, але й не пасивно відображають її. Вони виконують, зокрема, роль певних значень цієї дійсності, в яких відображається міра її істинності, на основі якої (дійсності) мають формулюватися проекти певних юридичних актів, спрямованих на регламентацію управлінських відносин. Різноманітні управлінські ідеї, поняття і категорії становлять зміст управлінських знань, метою яких є, зокрема, розкриття сутності і змісту реальних управлінських відносин, і в цілому, як видається, їх певна, соціальна цінність. «Той, — слушно зазначав М. Бердяєв, — хто пізнає, не є пасивним відображувачем буття і не є активним його творцем, він живий діяч у бутті, той, хто розвиває буття, підвищує творчу енергію буття, творить цінності буття»<sup>2</sup>.

Управлінські поняття і категорії, що є складовими методології науки державного управління і продуктом свідомості людини, так чи інакше відображають реальні явища державного управління в процесі руху як цих явищ, так і становлення самої науки, виявляючись у різних визначеннях. Ще давньоримські мислителі відмічали, що порядок і зв'язки між ідеями є такими ж самими, як порядок і зв'язки між речами (лат. — *Ordo est connection idearum idem est, as ordo et connection rerum*). Наприклад, державне управління може визначатися або як певний соціальний регулятор поведінки людей, форма виявлення справедливості, свободи, соціальна цінність, або як процес реалізації нормативно закріпленого балансу соціальних інтересів, певний політичний інструмент реалізації державної влади тощо. Державне управління має бути, на нашу думку, визначеним як явище, що виконує в суспільстві певну соціальну функцію, зокрема політичну, зумовлену потребами забезпечення соціальної взаємодії, і реалізується в реальній державно-правовій і суспільній дійсності через певну діяльність — конкретно-історичної держави, її службовців, зокрема посадовців, які розробляють і приймають певні управлінські рішення.

<sup>1</sup> Див.: *Мюллер М.* Наука о мысли. — Х., 1981. — С. 13–14.

<sup>2</sup> *Бердяев Н. А.* Философия свободы // Философия свободы. Смысл творчества. — М., 1989. — С. 79–80.

Наука державного управління дійсно має виокремлювати управлінську діяльність із цілісної системи соціальних явищ, проте досліджувати лише внутрішні закономірності управлінської діяльності. Безумовно, ці закономірності повинні розглядатися у зв'язку з економікою, державою, політикою, національними відносинами, мораллю та іншими соціальними явищами, але лише у площині співвідношення державного управління з ними. Тобто, зовнішні зв'язки управління з іншими соціальними явищами входять в поняття їх внутрішніх закономірностей. Економічні та інші суспільні відносини, які не становлять об'єкт науки державного управління, мають вивчатися нею тією мірою, в якій це необхідно для вивчення соціальної природи, призначення і функціонування держави, її функцій, зокрема державного управління. Тобто, вони мають вивчатися не самі по собі (врешті-решт), а обов'язково у взаємозв'язку як між собою, так і з іншими соціальними явищами і під кутом зору потреб та інтересів людини.

Тим самим методологія науки державного управління набуває нині (як, до речі, і завжди) за часи існування державного управління значну культурну цінність і має для сучасного суспільного руху більше значення, ніж навіть відкриття природничонаукового характеру, бо істина в державному управлінні, якої ця методологія стосується, сприяє її розкриттю, безпосередньо зачіпає потреби та інтереси людей, на які управлінські рішення спрямовані. Зазначені потреби та інтереси мають бути своєчасно відображені у вироблюваних державних рішеннях з активним (власноруч інформаційно-обчислювальним забезпеченням державними службовцями своєї повсякденної професійної діяльності) залученням комп'ютерної техніки<sup>1</sup>.

Методологічна позиція може бути адекватно оцінена лише за умови, якщо певні методологічні посилки перетворюються на реальні і зрозумілі практичні суспільні результати. Тому й нині є актуальною теза, згідно з якою вчення про державне управління суспільством оспорується як в теорії, так і в практиці організації сучасного суспільного життя. Саме тому сьогодні, як видається, має йтися не просто про проблему значення методологічної функції тієї чи іншої науки, в тому числі юридичної науки і науки державного управління, а про обов'язкове зростання якості як зазначеної функції, так і зазначених наук у цілому. Вітчизняні юридична наука і наука державного управління мають поглиблювати знання ідей діалектики взаємозв'язку об'єктивного й суб'єктивного в праві і

<sup>1</sup> Див.: Мороз В. На часі – аналітика // Уряд. кур'єр. – 2005. – 4 лист.; його ж. Як змінити методологію прийняття рішень // Там само. – 28 січ.

державному управлінні, праві і законі, гуманізації національного права і управління, посиленні їх морального підґрунтя тощо і вже на цій основі сприяти процесам впровадження цих та інших ідей в життя, вдосконаленню нормативної характеристики чинного вітчизняного права.

Щодо демократичної трансформації сучасної української державності, в тому числі державного управління, яка (державність) має слугувати потребам та інтересам всього українського народу, а не тільки владарюючих сил, то слушною є думка президента Академії правових наук України, академіка НАН України В. Тація, яку він висловив на загальних зборах Академії. Визначаючи зміст роботи Академії, він наголосив, зокрема, на тому, що основним змістом роботи, наприклад, у галузі загальної теорії держави і права «є створення методологічної та теоретичної бази державотворення і формування системи національного права... Поступово долаються такі властиві минулому вади, як вульгарний економізм, намагання одержавлення всього суспільного життя, погляд на людину як на гвинтик державної машини, безпелаяційне проголошення пріоритету суспільних інтересів над особистими, підхід до всіх проблем виключно з класових позицій... Головними методологічними орієнтирами сучасних теоретичних досліджень стають загальнолюдські принципи: пріоритет прав особи, свободи, рівності, гуманізму, справедливості»<sup>1</sup>. І, безперечно, принцип верховенства права<sup>2</sup>.

Отже, і те, що було створено радянськими, серед них українськими, вченими, що відповідає основам реального соціального розвитку українського суспільства, не втратило свого значення в сучасний період, має бути критично вивчене, переосмислене і враховане у вітчизняних як теорії, так і практиці демократичного суспільствотворення, паралельно із розробленням нової методології і теорії управління. Методологія і теорія управління такі ж історичні явища, як по суті й само управління, багатомірне, але єдине за своєю природою явище. В цьому розумінні вони мають свої, зокрема часову, межі. Коли йдеться про джерело прогресу науки державного управління, то його необхідно шукати не стільки в поняттях і категоріях теорії управління, не в її індуктивних висновках, скільки в тому конкретно-історичному духовному й матеріальному стані суспільства, в якому живе та працює науковець, пізнає реальні на певний час закономірності державного управління. І дослідник, і об'єкт

<sup>1</sup> Тацій В. Правова наука в Україні: стан та перспективи розвитку // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2–№ 3. – С. 7.

<sup>2</sup> Див.: Тацій В. Шлях «спроб та помилок» надто дорого обходиться суспільству // Віче. – 2005. – № 9. – С. 56.

його наукового дослідження завжди, незважаючи на активний характер їх природи, є продуктами свого часу. Тому методологія і теорія державного управління без знань історії соціального управління є такими ж пустими й схоластичними, як наука історії державного управління — сліпою без методології та теорії соціального управління. І хоча наука державного управління, як і будь-яка інша суспільна наука, покликана фактично передусім забезпечувати інтереси пануючих у суспільстві соціальних сил, без знання сучасних методології і теорії управління немислимий цивілізований службовець державного апарату третього тисячоріччя. Це знання є складовою управлінської культури, що нароблювалася в суспільстві протягом значного часу і нині стає своєрідними національним ресурсом України, духовною основою фахової підготовки майбутніх державних службовців<sup>1</sup>, розроблення стратегії розвитку України, її державного управління зокрема, ухвалення і реалізації конкретних державно-управлінських рішень.

Сучасна українська реальність довела, що недостатньо зводити наукові методологічні підходи пізнання закономірностей права, держави, державного управління виключно до механічного оперування окремими поняттями або категоріями та вимогами матеріалістичної діалектики і формулювання на цій основі наукових рекомендацій вдосконалення функцій і структури вітчизняного державного управління України. Без людського виміру державного управління в Україні неможливі як його демократична трансформація, так і подальша модернізація у гуманітарному напрямі. М. Орзіх слушно зазначає, «що будь-які реформи мають відбуватися не як косметичні акції тільки для зміцнення управління державними справами, а й мати передусім людський вимір та суспільний орієнтир»<sup>2</sup>.

Нині для більшості вітчизняних науковців-юристів не є секретом той факт, що велика кількість досліджень з проблем юриспруденції, державного управління радянської доби фактично виключала людину з її реальними потребами та інтересами з кола питань, які вивчалися. В найкращому випадку людина, особливо пересічна, розглядалася як пасивний об'єкт юридичного регулювання або об'єкт управління з боку

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: Стандарти демократії розпочинаються з фахової підготовки // Уряд. кур'єр. – 2005. – 26 трав.

<sup>2</sup> Орзіх М. Територіальна організація і територіальні дії держави // Там само. – 30 вер. Див. також його ж: Человеческое измерение права: доктринальная ретроспектива и современная постановка проблемы // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – К., 2005. – С. 85–99; Личность и право. – Одесса, 2005.

носіїв державно-владних повноважень. В умовах тоталітарного політичного режиму єдиною державною ідеологією була ідеологія «панування держави» над людиною, де людині відводилося місце лише керованого об'єкта, дії якого в будь-яку мить могли бути зупинені владно-юридичними приписами типу «не робити цього»<sup>1</sup>, схожими на слова М. Салтикова-Щедріна «не твоя справа». Саме тому тривалий час в нашій країні, яка становила органічну частину колишнього СРСР, законодавство було нічим іншим, як владними приписами наказів держави, що, з одного боку, ухвалювалися на основі здорового глузду владарюючих сил або політичної доцільності, а з другого — виконувалися головним чином під страхом покарання.

Відомо, що радянське державне будівництво в цілому і творення системи державного управління зокрема ґрунтувалися на розумінні сутності права як зведеної в юридичний закон волі пануючого класу, зміст котрої визначається лише матеріальними умовами життя даного класу<sup>2</sup>, на підміні права як об'єктивного багатоаспектного соціального явища, що крім конкретно-історичної функціональної спрямованості завжди має загальносоціальне значення, наказною нормотворчістю, утилітарно-прагматичним засобом політико-владної регуляції суспільних відносин. Звідси і головною метою радянського державного управління фактично було не стільки встановлення об'єктивної істини, скільки підведення конкретного юридичного факту під чинний юридичний закон і визначення мети, яка відповідає інтересам передусім владної еліти.

Людиноцентристський підхід до управлінської реальності в Україні певним чином вже відобразився в її Основному Законі, де, до речі, закріплено високі стандарти прав людини, які були сформульовані ще в Загальній декларації прав людини 1948 р. Цей підхід становить ту предметну сферу сучасного розуміння державного управління — від ідеї і поняття соціального управління як однієї з об'єктивних функцій організації певної соціальної взаємодії, що реалізується в реальній соціальній дійсності через управлінську діяльність, до державного управління як однієї з об'єктивних функцій державно впорядкованого суспільства,

<sup>1</sup> Див., зокрема: *Авер'янов В., Андрійко О., Полюхович В.* Вказ. праця. – С. 52.

<sup>2</sup> І хоча Маркс і Енгельс застосовували дане визначення у «Маніфесті Комуністичної партії» для характеристики буржуазного права, воно було оцінене не як основне марксистсько-ленінське положення і слугувало багато десятиріч методологічним підґрунтям радянської юридичної науки (див.: *Вышинский А. Я.* О некоторых вопросах теории государства и права // Вопросы теории государства и права. – М., 1949. – С. 416).

зумовленої потребами даного суспільства та її держави, яка (функція) реалізується в реальній державно-правовій і суспільній дійсності через управлінську діяльність державних службовців (зокрема посадовців), що входять до складу певних державних органів, розробляють і приймають певні управлінські рішення, яка (діяльність) може бути адекватно осмислена і змістовно розгорнута у вигляді послідовного системного наукового вчення.

Гуманітарний, людиноцентристський підхід до дослідження закономірностей управлінських відносин, як і будь-яких інших соціальних явищ, засновується, як видається, на розумінні того, що соціальний прогрес в цілому, серед нього і прогрес в управлінському розвитку, зокрема українського суспільства, є можливим лише за умови активного використання у процесі суспільного розвитку і владного потенціалу держави як управлінської діяльності всієї системи органів держави, і обов'язково відродженої духовно-інтелектуальної, вольової енергії окремої вільної, творчо налаштованої і свідомо законслухняної людини. Людина є головною складовою громадянського суспільства, якому має відповідати конституційне визначення України як демократичної, правової, соціальної держави. По суті йдеться про поступове, але послідовне звільнення від тоталітарного колективізму творчого потенціалу кожної людини, визнання її унікальності, відродження її індивідуалізму, проте обмеженого або навіть позбавленого егоїзму.

Відомо, що право на вільну творчу поведінку людини, в тому числі в процесі реалізації управлінських рішень, має урівноважуватися в суспільстві певними заборонами її протиправних діянь<sup>1</sup>. Будучи носієм чуттєвого і свідомого, людина водночас завжди характеризується рухливою, двоїстою, суперечливою природою. З одного боку, вона відстоює, зокрема, ідею впорядкованості суспільного буття, об'єктивно зумовлену соціальною потребою виживання, а з другого — схильна діяти супроти вимог певного порядку, свавільно<sup>2</sup>. Якщо будь-який індивід бажає користатися можливістю реалізації свого природного права вчинювати вільно певні діяння, реалізувати свої приватні потреби і інтереси, то він має визнати основні вимоги, зумовлені загальним суспільним інтересом, загальним благом, якими у кінцевому результаті є духовний і матеріальний розвиток окремої людини, але через забезпечення свободи і ціліс-

<sup>1</sup> Докладніше про це див.: *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. – 2-е изд., перераб. доп. – М., 2004.

<sup>2</sup> Див.: *Бачинин В. А.* Природа правовой реальности // *Право и политика.* – 2004. – № 2. – С. 5.

ності суспільства. Останнє, як видається, є головною передумовою здійснення в процесі державного управління окремою людиною своїх прав і свобод, забезпечення державою вільного розвитку людини в суспільстві.

Закріплення законодавцем, передусім в Конституції України, цілої низки демократичних прав і свобод людини породжує необхідність не тільки розширення правового поля суспільних відносин, створення не просто «кількісно нового» законодавства, особливо у сфері економіки, а формування нової вітчизняної системи права, створення «якісно нового» демократичного за змістом і сутністю законодавства як основи і засобу державного управління. Якісно нова вітчизняна система права повинна відповідати об'єктивним потребам українського народу в демократичному політико-економічному розвитку суспільства, враховувати об'єктивне існування в суспільстві не тільки публічних потреб і інтересів, а й інтересів приватних, необхідність їх упорядкування і гармонізації. Тобто, ця система повинна включати до своєї структури діалектично взаємодіючі підсистеми публічного і приватного права з їх галузями, інститутами і нормами законодавства, що мають реалізуватися в процесі державного управління.

Прагнення України до розвитку і зміцнення демократичної, правової, соціальної держави, яка має спиратися на принципи громадянського суспільства, котрому притаманні розмаїття форм власності, методів господарювання і управління, визнання і захист передусім невід'ємних прав і свобод людини і громадянина, зумовило необхідність оновлення, зокрема, юридичної складової суспільних відносин з приводу реалізації державної влади у сфері права, в тому числі функціонування вітчизняної правової системи, серед неї системи права і законодавства, заснованих на конституційному принципі верховенства права.

Слід зазначити, що хоча в Україні безпрецедентні за глибиною і характером суспільні зміни відбулися мирно, безкровно, без гострих громадських конфліктів, все ж таки на практиці спостерігалось формування кланово-олігархічної моделі не тільки в економіці, а й в системі державної влади. Тому при сучасному визначенні демократичності національного державного управління треба виходити з того, що його органічні елементи повинні бути здатними, з одного боку, захищати і відстоювати природні невід'ємні права і свободи людини, а з другого — протистояти можливому свавіллю як державної влади, так і приватної особи. Державно-правове забезпечення прав і свобод людини і громадянина в Україні, заради якого по суті і приймався Основний Закон

України 1996 р., має становити юридичну основу плідної співпраці не тільки всіх гілок державної влади, її структур, а держави і суспільства, бо саме взаємодія останніх є осердям цілісності державного управління справами суспільства, засадчим принципом якого є верховенство права. Воно спрямоване врешті-решт на забезпечення духовного розвитку та матеріального доброту людини.

Свобода, гуманність і справедливість — ключові елементи конституційного принципу верховенства права — являють собою головні критерії оцінки демократичності сучасного державного управління, до якого прагне Україна. Соціогуманний зміст вітчизняного державного управління і людський вимір правового статусу особи, визнання в управлінській парадигмі та практиці пріоритету загальнолюдських цінностей відносно цінностей класових, національних тощо мають становити передумову методології формування і реалізації державної політики захисту прав і основних свобод людини в Україні. Виступаючи на пленарному засіданні ПАРЕ, Президент України В. Ющенко зазначив, зокрема, «що наша сила полягає у відданості правам людини і демократії не як абстрактним цінностям чи порожнім словам, які часто використовуються і мало що означають, а в відповідальності, що ґрунтується на юридичних обов'язкових правилах і виявляється на практиці»<sup>1</sup>.

Для України як держави, що послідовно звільняється від традицій і принципів тоталітаризму і авторитаризму, намагається сформувати правове громадянське суспільство, де б людина реально відчувала себе найвищою соціальною цінністю, шукає своє гідне місце у світовому, зокрема європейському, співтоваристві тощо, безумовно важливим є створення демократичного державного управління, яке б мало людський вимір та суспільний орієнтир. Створення такого державного управління має ґрунтуватися на сучасній вітчизняній доктрині державного управління, котра може бути визначена як певна сукупність науково обґрунтованих політико-управлінських ідей і поглядів, понять і категорій, що здобули поширеність і загальне визначення в суспільстві. Тільки як такі вони мають використовуватися при визначенні засад як внутрішньої, так і зовнішньої державної політики у сферах організації й управління українським суспільством. Відтак, вітчизняна доктрина державного управління, яка має критично сповідувати принцип плюралізму, прямо пов'язана з наукою і практикою державного управління. Саме на підставі цієї доктрини з обов'язковим урахуванням філософсько-управлінського розуміння закономірностей поведінки учасників управлінських відносин

<sup>1</sup> Відданість демократії і правам людини // Уряд. кур'єр. – 2005. – 27 січ.



мають в подальшому створюватися теоретичні засади впровадження принципів державного управління в соціальну дійсність, структуруватися певні управлінські теорії, здійснюються конституційно-правове моделювання і прогнозування державного управління в Україні.

*Надійшла до редколегії 20. 01. 06.*

**В. Щербина**, член-кореспондент АПрН  
України

## **Адміністративно-господарські санкції майнового характеру: проблеми застосування**

Одним із правових засобів господарсько-правової відповідальності (формою реалізації відповідальності і одночасно мірою відповідальності) є адміністративно-господарські санкції (далі — АГС), що застосовуються до суб'єктів господарювання за порушення ними правил здійснення господарської діяльності і є за своїм характером публічно-правовими санкціями. На відміну від них традиційні для цивільно-правової і господарсько-правової відповідальності штрафні санкції, відшкодування збитків та оперативно-господарські санкції застосовуються до учасників господарських відносин за невиконання або неналежне виконання майново-господарських та організаційно-господарських зобов'язань.

Зважаючи на досить широкий перелік видів АГС та особливості порядку застосування окремих видів цих санкцій і виходячи з обсягу цієї статті, головну увагу в ній буде приділено порівняльно-правовому дослідженню АГС *майнового характеру*: їх поняттю, видам та порядку застосування, з тим щоб виявити недоліки в правовому регулюванні (розбіжності і прогалини в законодавстві) застосування АГС і запропонувати шляхи їх подолання.

АГС у вигляді санкцій майнового характеру — це встановлені законом заходи майнового впливу на суб'єкта господарювання, який порушив передбачені законодавчими актами правила здійснення господарської діяльності, що застосовуються з ініціативи уповноважених державних органів у випадках і порядку, встановлених законодавством. До АГС майнового характеру належать такі санкції: вилучення прибутку (доходу), адміністративно-господарський штраф, стягнення зборів (обов'язкових платежів), вилучення майна тощо.

*Вилучення прибутку (доходу)* як вид АГС було встановлено ще Законом України від 3 грудня 1990 р. «Про ціни і ціноутворення», ст. 14 якого передбачала цю санкцію у вигляді вилучення всієї необґрунтовано одержаної підприємством, організацією суми виручки в результаті порушення державної дисципліни цін. Сьогодні чимало актів чинного законодавства містять подібну санкцію, що відповідає положенням ч. 2 ст. 240 ГК України про те, що перелік порушень, за які до суб'єкта господарювання застосовуються санкції, передбачені цією статтею, а також порядок їх застосування визначаються законами.

Частина 1 ст. 240 ГК України передбачає безоплатне вилучення прибутку (доходу) щонайменше за три види порушень:

а) *за порушення встановлених законодавством правил здійснення господарської діяльності*. Зокрема, ст. 253 ГК України передбачає, що прибуток (доход), незаконно одержаний суб'єктами підприємницької діяльності<sup>1</sup> в результаті порушення ст. ст. 29, 30 і 32 цього Кодексу, стягується за рішенням суду до Державного бюджету України.

Крім Закону України «Про ціни і ціноутворення», санкція у вигляді вилучення прибутку (доходу) за порушення правил здійснення господарської діяльності встановлена, зокрема: ст. 18 Закону України від 28 листопада 2002 р. «Про запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом», в якій вона іменується конфіскацією в дохід держави; ст. 75 Закону України від 18 листопада 2003 р. «Про телекомунікації»; ст. 19 Закону України від 20 квітня 2004 р. «Про природні монополії»; ст. 8 Закону України від 17 січня 2002 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування, матриць» та іншими законами. При цьому прибуток, одержаний внаслідок порушення норм зазначених законів, вилучається в дохід Державного бюджету в судовому порядку. На цьому тлі дисонансом виглядає положення ч. 5 ст. 15 Закону України від 16 червня 2005 р. «Про виноград та виноградне вино», згідно з яким прибуток, одержаний від продажу фальсифікованих вин, вилучається до державного бюджету в безспірному порядку органами державної податкової служби за поданням Держвинінспекції (Закон України від 4 грудня 1990 р. «Про державну податкову службу в Україні» не надає податковим органам такого права).

Видається за доцільне чітко визначити в законодавстві, в яких випадках вилучається прибуток, а в яких — дохід, оскільки жодна із статей

<sup>1</sup> На нашу думку, тут доцільно вжити більш широкий термін – «суб'єктами господарювання», оскільки саме щодо останніх можуть застосовуватися адміністративно-господарські санкції.

ГК України (ст. ст. 239, ст. 240, ст. 253) прямої і чіткої відповіді на це запитання не містить. Оскільки в поняття «прибуток» і «дохід» законодавець вкладає різний зміст<sup>1</sup>, об'єкт стягнення (прибутку або доходу) має визначатися в конкретних законах, що встановлюють цю санкцію;

б) за приховування (заниження) прибутку (доходу). Цей вид порушень характерний для сфери оподаткування, тому відповідальність за ці дії встановлюється податковим законодавством.

Як зазначено у ст. 2 Закону України від 25 червня 1991 р. «Про систему оподаткування», під податком і збором (обов'язковим платежем) до бюджетів та до державних цільових фондів слід розуміти обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками у порядку і на умовах, що визначаються законами України про оподаткування.

Невиконання суб'єктом господарювання обов'язку щодо сплати податку тягне за собою певні правові наслідки, встановлені законами.

Так, відповідно до п. 11 ст. 11 Закону України «Про державну податкову службу в Україні» органи державної податкової служби у випадках, в межах компетенції та у порядку, встановлених законами України, мають, зокрема, право застосовувати до платників податків фінансові (штрафні) санкції, *стягувати до бюджетів та державних цільових фондів суми недоїмки* (курсив наш. — В. Щ.), пені у випадках, порядку та розмірах, встановлених законами України.

Згідно з п. 1.3 ст. 1 Закону України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податку перед бюджетами та державними цільовими фондами» податковий борг (недоїмка) — це податкове зобов'язання (з урахуванням штрафних санкцій за їх наявності), самостійно узгоджене платником податків або узгоджене в адміністративному чи судовому порядку, але не сплачене у встановлений строк, а також пеня, нарахована на суму такого податкового зобов'язання.

З наведених норм можна зробити висновок про те, що податкове законодавство, встановлюючи порядок узгодження і стягнення недоїмки, застосування адміністративно-господарських штрафів, у той самий час не передбачає вилучення прибутку (доходу) як санкції за порушення податкового законодавства;

в) за несплату податку за прихований об'єкт оподаткування. Все, що стосувалося попереднього виду порушення і його правових наслідків, повною мірою стосується і несплати податку за прихований об'єкт опо-

<sup>1</sup> Див.: Статті 3, 4 Закону України від 28 грудня 1994 р. (в редакції Закону України від 22 травня 1997 р.) «Про оподаткування прибутку підприємств».

даткування. Тому можна констатувати, що податкове законодавство, на відміну від положень ч. 1 ст. 240 ГК України, містить більш ліберальні норми щодо застосування АГС до платників податку.

Найпоширенішим видом АГС, що застосовуються в господарських відносинах, є *адміністративно-господарський штраф* (далі — АГС), який визначається ч. 1 ст. 241 ГК України як грошова сума, що сплачується суб'єктом господарювання до відповідного бюджету у разі порушення ним встановлених правил здійснення господарської діяльності.

В низці чинних законів, що встановлюють підстави, розміри і порядок застосування АГС, зазначений вид санкцій іменується по-різному: *штрафами* (ст. 11 Закону України від 30 жовтня 1996 р. «Про державне регулювання ринку цінних паперів»), *штрафними санкціями (штрафами)* (ст. 41 Закону України від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»), *фінансовими санкціями у вигляді штрафів* (ст. 8 Закону України від 17 січня 2002 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування матриць»), *фінансовими (штрафними) санкціями* (п. 11 ст. 11 Закону України «Про державну податкову службу в Україні»<sup>1</sup>), *фінансовими санкціями* (ст. 17 Закону України від 6 липня 1995 р. «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг») тощо.

Натомість з аналізу змісту ч. 17 ст. 14 Закону України від 24 січня 1997 р. «Про державний матеріальний резерв» випливає, що в цьому Законі фінансовими санкціями іменуються традиційні штрафні санкції — неустойка (штраф, пеня), що стягуються у безспірному порядку за порушення умов договору. З такою кваліфікацією, що призводить до спотворення розуміння і відмінностей штрафних і адміністративно-господарських санкцій, безумовно, погодитися не можна, а тому норми зазначеного Закону щодо застосування штрафних санкцій слід привести у відповідність до положень ЦК України та ГК України.

В прийнятих 10 жовтня 2005 р. змінах до Закону України від 21 березня 1991 р. «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», зокрема, встановлено, що підприємства, установи, організації, у тому числі підприємства, організації громадських організацій інвалідів, фізичні особи,

<sup>1</sup> Варто сказати, що до ст. 17 Закону були внесені зміни згідно з Законом від 25 березня 2005 р., проте навіть при цьому не було враховано, що зазначені санкції в ГК України іменуються адміністративно-господарськими санкціями.

які використовують найману працю, де середньооблікова чисельність працюючих інвалідів менша, ніж встановлено нормативом, передбаченим законом, щороку *сплачують* відповідним відділенням Фонду соціального захисту інвалідів *адміністративно-господарські санкції* (курсив наш. — В. Ш.), сума яких визначається в розмірі середньої річної заробітної плати на відповідному підприємстві, установі, організації, у тому числі підприємстві, організації громадських організацій інвалідів, фізичної особи, яка використовує найману працю, за кожне робоче місце, призначене для працевлаштування інваліда і не зайняте інвалідом (ст. 20 Закону).

Зрозуміло, що сплачуватися можуть лише адміністративно-господарські штрафи (саме про них і йдеться у коментованій статті), а не інші АГС, встановлені ст. 239 ГК України, тому термінологію ст. 20 Закону слід привести у відповідність до ст. 241 ГК України.

У процедурі застосування АГС необхідно розмежовувати такі процедурні дії, як *накладення штрафу* уповноваженим органом державної влади (його посадовою особою) або органом місцевого самоврядування і *стягнення штрафу*, що, за загальним правилом, здійснюється в судовому порядку. Проте не всі закони однаково регулюють ці процедури. Одні з них визначають строк добровільної сплати АГС, інші відразу встановлюють судовий порядок його стягнення; в одних законах встановлено право суб'єкта господарювання на оскарження рішення про накладення АГС, інші такого права не передбачають; не у всіх законах зазначено, до якого саме бюджету (Державного або місцевого) стягується АГС. Ці недоліки і суперечності законодавства також підлягають виправленню і усуненню.

Частина 3 ст. 241 ГК України встановлює, що АГС може застосовуватися у визначених законом випадках одночасно з іншими адміністративно-господарськими санкціями, передбаченими ст. 239 ГК України. Що ж стосується поєднання застосування інших (крім АГС) видів санкцій, то така можливість ГК України не передбачена. З іншого боку, норма ч. 3 ст. 241 ГК України дозволяє, на нашу думку, застосовувати АГС у поєднанні лише з одним із видів АГС (оскільки ГК України не дозволяє одночасне застосування інших, крім АГС, видів АГС).

У зв'язку з цим постає питання щодо правомірності застосування АГС у поєднанні з штрафними санкціями (раніше ми зазначали, що законодавець в ГК України помилково встановив застосування штрафних санкцій за порушення правил здійснення господарської діяльності<sup>1</sup>). На

<sup>1</sup> Див.: Шербина В. С. Господарське право: Підручник. – 2-е вид., перероб. і доп. – К., 2005. – С. 290.

наш погляд, теоретично необґрунтованим і практично невиправданим є встановлення в деяких законах України санкцій за несплату суб'єктами господарювання АГШ. Прикладом таких санкцій можуть слугувати: пеня, встановлена ч. 5 ст. 56 Закону України від 11 січня 2001 р. «Про захист економічної конкуренції» за несплату штрафу, накладеного за рішенням органу Антимонопольного комітету України; пеня, встановлена п. 1.3 ст. 1 Закону України від 21 грудня 2000 р. «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», що нараховується на суму податкового зобов'язання (з урахуванням штрафних санкцій за їх наявності); пеня на суму податкового боргу (включаючи суму штрафних санкцій за їх наявності), встановлена ч. 1 ст. 8 Закону України від 23 березня 1996 р. «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності»; пеня, встановлена ч. 3 ст. 17 Закону України «Про природні монополії», тощо.

Звертає на себе увагу те, що при цьому у деяких актах законодавства встановлюються різні розміри пені (1%, 1,5%, 2% суми штрафу за кожен день прострочення сплати штрафу і навіть 120% річних облікової ставки Національного банку України<sup>1</sup>), а також можуть передбачатися строки, починаючи з яких та протягом яких вона стягується.

Відрізняючись за підставами, розмірами та порядком нарахування і стягнення, зазначена пеня загалом покликана забезпечити в тому числі сплату в добровільному порядку адміністративно-господарських штрафів, накладених на суб'єктів господарювання, що суперечить самій правовій природі пені як виду (способу) забезпечення виконання договірної зобов'язання, а у разі його порушення — як санкції за порушення договірної зобов'язання. Тому від такої «пені», що є додатковою мірою покарання, слід відмовитися і виключити відповідні положення з тих законів, якими вона встановлена.

Слушне зауваження щодо сумнівності забезпечення сплати штрафної санкції шляхом встановлення ще однієї штрафної санкції (у цьому разі йдеться про неустойку за несплату неустойки) висловлене і в російській літературі. На думку Д. Гришина, сама можливість встановлення «відповідальності за відповідальність» є сумнівною і суперечить здоровому глузду<sup>2</sup>.

З урахуванням викладеного видається за доцільне закріпити в ГК України уніфікований порядок (механізм) застосування АГШ незалежно

<sup>1</sup> Див.: Стаття 20 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів України».

<sup>2</sup> Див.: *Гришин Д. А. Неустойка: теория, практика, законодательство.* – М., 2005. – С. 83–84.

від сфери господарювання, в якій вчинено правопорушення, а також від розміру штрафу. Для цього пропонуємо викласти ст. 241 ГК України в такій редакції.

#### **«Стаття 241. Адміністративно-господарський штраф»**

1. Адміністративно-господарський штраф — це грошова сума, що сплачується суб'єктом господарювання до відповідного бюджету у разі порушення ним встановлених правил здійснення господарської діяльності.

2. Перелік порушень, за які з суб'єкта господарювання стягується адміністративно-господарський штраф, та розмір адміністративно-господарського штрафу визначаються законами, що регулюють відповідні відносини у сфері господарювання, в яких допущено правопорушення.

3. Уповноважений орган державної влади або орган місцевого самоврядування відповідно до визначених законом повноважень накладає на суб'єкта господарювання адміністративно-господарський штраф і надсилає суб'єкту господарювання рішення про накладення штрафу протягом трьох робочих днів.

Суб'єкт господарювання сплачує в добровільному порядку накладений на нього адміністративно-господарський штраф не пізніше 30 днів з моменту одержання відповідного рішення.

Суб'єкт господарювання має право у цей же строк оскаржити до суду рішення органу державної влади або органу місцевого самоврядування щодо накладення на нього адміністративно-господарського штрафу.

У разі несплати адміністративно-господарського штрафу в добровільному порядку зазначений штраф стягується в судовому порядку за заявою відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування, який прийняв рішення щодо накладення штрафу.

4. Адміністративно-господарський штраф може застосовуватися у визначених законом випадках одночасно з іншими адміністративно-господарськими санкціями, передбаченими статтею 239 цього Кодексу».

Запропонована редакція ст. 241 ГК України, на нашу думку, забезпечить єдиний механізм застосування АГШ, у відповідність до якого слід привести встановлені різними законами процедури застосування АГШ і який необхідно враховувати при прийнятті нових законів, що передбачатимуть стягнення АГШ. Узагальнено механізм застосування АГШ, який доцільно встановити в актах чинного законодавства (законах), може виглядати таким чином:

— фактична підстава застосування АГШ (правопорушення, вчинене суб'єктом господарювання у вигляді порушення встановлених конкрет-

ним законом правил здійснення господарської діяльності у тій або іншій сфері господарювання);

- розмір АГШ;
- ініціатор накладення АГШ;
- юридична підстава застосування АГШ (конкретна норма закону та виданий відповідно до неї акт про застосування АГШ);
- право на оскарження акта про накладення АГШ в судовому порядку та порядок його реалізації;
- судовий порядок стягнення АГШ;
- зазначення на напрямок спрямування суми стягненого АГШ (Державний або місцевий бюджет, державний цільовий фонд).

У межах цього механізму законодавцем врегульовуються й інші, супутні процедури: виявлення і оформлення правопорушення; прийняття рішення про застосування АГС; добровільне виконання рішення про накладення АГС; строк звернення до суду та сплата судового збору; виконання судових рішень тощо.

*Стягнення зборів (обов'язкових платежів)* як адміністративно-господарська санкція регулюється, зокрема, ст. 242 ГК України. Ця санкція є заходом майнового характеру, спрямованим на припинення правопорушення суб'єкта господарювання, яким є несплата чи неповна сплата збору (обов'язкового платежу), та на ліквідацію його наслідків. Як уже зазначалося, право стягувати до бюджетів та державних цільових фондів суми недоїмки у випадках, порядку та розмірах, установлених законами України, надане органам державної податкової служби.

Водночас, оскільки не всі державні цільові фонди (тобто фонди, які створені відповідно до законів України і формуються за рахунок визначених законами України податків і зборів (обов'язкових платежів) юридичних осіб) включаються до Державного бюджету України (наприклад, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб та Пенсійний фонд України), ст. 242 ГК України після слів «відповідного бюджету» слід доповнити словами «або державного цільового фонду».

*Вилучення майна* безпосередньо не назване у переліку адміністративно-господарських санкцій, встановлених ч. 1 ст. 239 ГК України. Проте застосування цієї санкції можливе внаслідок того, що в названій статті йдеться і про «інші адміністративно-господарські санкції, встановлені цим Кодексом та іншими законами».

В чинних законах вилучення майна як адміністративно-господарська санкція застосовується, як правило, щодо продукції (товарів), що неправомірно виготовлені або неправомірно використовуються. Так, відповід-



но до ч. 1 ст. 254 ГК та ст. 25 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у разі встановлення факту неправомірного використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки або факту копіювання виробів заінтересовані особи можуть звернутися до Антимонопольного комітету України, його територіальних відділень із заявою про вилучення в судовому порядку товарів з неправомірно використаним позначенням або копій виробів іншого суб'єкта господарювання як у виробника, так і у продавця.

Іншим прикладом є Закон України від 24 лютого 1994 р. «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», який передбачає вилучення з реалізації (конфіскацію) небезпечних для здоров'я хімічних та радіоактивних речовин, біологічних матеріалів у порядку, що встановлюється законодавством; вилучення з обігу харчових продуктів, харчових добавок, ароматизаторів, дієтичних добавок, допоміжних матеріалів для переробки харчових продуктів, а також допоміжних засобів та матеріалів для виробництва та обігу харчових продуктів.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 9 Закону України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування, матриць» з метою припинення порушень вимог цього Закону щодо виробництва дисків для лазерних систем зчитування, матриць центральним органом виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності додатково може застосовуватися такий спеціальний захід, як вилучення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, вироблених з порушенням вимог цього Закону, а також обладнання та сировини для їх виробництва, що не відповідають вимогам цього Закону.

Звертає на себе увагу неузгодженість норм Закону України «Про захист прав споживачів» (в редакції Закону України від 1 грудня 2005 р.), що потребує усунення.

Так, п. 8 ч. 1 ст. 25 зазначеного Закону об'єднанням споживачів надано, зокрема, право вносити органам виконавчої влади пропозиції про вилучення з реалізації продукції, що становить небезпеку для життя, здоров'я та майна громадян або завдає шкоди навколишньому природному середовищу, фальсифікованій та дефектній продукції. Разом з тим спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері захисту прав споживачів та його територіальні органи в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі мають право лише забороняти суб'єктам господарювання реалізацію споживачам продукції (п. 7 ч. 1 ст. 26 Закону), проте право вилучати зазначену продукцію Законом не передбачено.

Отже, проведений порівняльно-правовий аналіз норм актів поточного законодавства щодо застосування адміністративно-господарських санкцій свідчить про серйозні розходження між зазначеними нормативно-правовими актами, зумовлені відсутністю єдиного методологічного підходу у визначенні основних принципів, підстав і процедури застосування однорідних санкцій, а також понять і термінів, що вживаються при цьому. Проте найбільшим недоліком проаналізованих нормативно-правових актів є невідповідність їх норм основним положенням застосування адміністративно-господарських санкцій, встановленим ГК України. Тому вже найближчим часом до законів, що передбачають відповідальність у вигляді адміністративно-господарських санкцій слід внести відповідні зміни, щодо яких йшлося у цій статті.

Не підлягає сумніву потреба у подальших наукових дослідженнях доцільності встановлення тих або інших видів адміністративно-господарських санкцій за певні види порушення правил здійснення господарської діяльності, визначення ефективності їх застосування.

*Надійшла до редакції 12. 02. 06*

*А. Ковальчук*, кандидат юридичних наук,  
заступник головного вченого секретаря  
АПН України

## **Законодавче забезпечення фінансових запозичень у місцеві бюджети**

Забезпечення ринку місцевих фінансових запозичень регулюється Бюджетним кодексом України 2001 р., ст. 15 якого допускає внутрішні та зовнішні запозичення органів місцевого самоврядування із дотриманням умов, визначених цим Кодексом.

За п'ятнадцять років незалежності України зміна концептуальної парадигми всього суспільного життя з тоталітарно-державного до ринково-демократичного укладу остаточно так і не завершилася. Держава наділила органи місцевого самоврядування нечуваними раніше повноваженнями, але села, міста та регіони так само, як і за радянської влади, майже повністю залежать від фінансової підтримки загальнодержавного центру.

У певному аспекті справи з фінансуванням регіональних потреб стали гіршими, ніж в часи директивного адміністрування. Так званий

«досвід» примусових позик сталінського зразка в ринково-демократичних умовах не спрацює, як і поширені в радянські роки методи залучення коштів населення через різного роду облигаційні проекти — вони були досить ефективними з урахуванням тотального товарного дефіциту, однак в умовах насиченого споживчого ринку недієздатні.

Докази і приклади, наведені в даній статті, можуть зіграти позитивну роль у зрушенні з місця цієї нагальної справи. Так, уже при затвердженні державного бюджету на поточний рік Верховна Рада України може оптимізувати обсяги перерозподілу коштів між загальнодержавним і місцевими бюджетами залежно від того, як ті чи інші регіони використовують можливості залучення муніципальних позик.

Реальне забезпечення фінансових потреб місцевої влади не відповідає сучасним стандартам, воно є значно нижчим, ніж це можна пояснити станом економіки. Україна на конституційному рівні зберегла більшість соціальних зобов'язань, закладених у радянські часи, але втратила відчутну частку джерел наповнення бюджету і водночас не має достатньої міцності, аби домогтися належного внесення податків з боку корпоративного та приватного секторів.

У ринкових умовах податки — не єдине джерело покриття фінансових потреб як держави в цілому, так і місцевої влади. Зокрема, відкриваються широкі можливості запозичення грошових коштів на фінансовому ринку. Однак на відміну від певного досвіду формування доходної частини фінансових планів за рахунок податків та інших платежів у нашій державі до цього часу фактично відсутні навички здійснення цивілізованих запозичень місцевими органами влади.

Спроби держави вдатися до використання внутрішніх і зовнішніх запозичень для подолання гіперінфляції без належної теоретико-методологічної підготовки і законодавчого забезпечення протягом 1995–1998 рр., як відомо, закінчилися фінансовою кризою. В сучасних умовах обсяги державних запозичень в Україні утримуються в певних межах, але це має наслідком незадовільне фінансування інвестиційних потреб на загальнодержавному і місцевому рівнях. Водночас в країні, а тим більше на світовому фінансовому ринку, наявні практично необмежені фінансові ресурси — треба лише зуміти їх залучити на взаємовигідних засадах.

Треба розвіяти побутуючу в суспільстві думку, нібито боргові запозичення з боку держави чи місцевої влади можуть мати місце лише у надзвичайних умовах — дійсно, у нас і досі вираз «дефіцит бюджету» сприймається як визнання його недосконалості, як величезний недолік, з яким слід боротися навіть на шкоду іншим інтересам.

Як уже згадувалося, саме під гаслом «подолання бюджетного дефіциту» в Україні протягом 1995–1998 рр. була задіяна політика монетарної стабілізації, яка закономірно привела до загальнодержавної фінансової кризи. Однак не слід впадати і в іншу крайність — покладати на боргові інструменти функції «постійного інвестиційного джерела».

Річ в тім, що в такому разі необхідно закладати в доходну частину бюджетів таку ж саму постійну складову на обслуговування боргу, тобто збільшити податкове навантаження на ринковий сектор рівно на таку суму, яка дорівнює погашенню щорічної частки цього «постійного боргу» з надбавкою на вартість його обслуговування — відсотки, комісійні витрати тощо. Тобто, можна і треба говорити про боргові запозичення для інвестиційних потреб як про «нормальне» джерело, але не слід посилювати цю «нормальність» додатковим визначенням «постійне».

В останні роки в Україні відбувся справжній «бум» корпоративних запозичень, але регіональні владні органи до цього процесу фактично не залучилися. Якщо Київ як столиця, куди і без того стікаються фінансові потоки з усієї держави, іноді виходить на європейський фінансовий ринок, то інші міста України повністю покладаються на дотації і субвенції з централізованих ресурсів держави.

Але навіть Київ несе збитки від недостатніх масштабів використання залучених інвестиційних ресурсів. Як приклад таких втрат достатньо вказати на такий факт: підземні торговельні площі під майданом Незалежності і Бессарабським кварталом вартістю в десятки мільйонів доларів у Києві викуплені приватними особами за рахунок емісії облігацій товариствами з обмеженою відповідальністю, котрі мали статутний капітал обсягом близько 11 тис. грн. кожне. А влада Києва не змогла здійснити аналогічну операцію і залишити ці високоприбуткові об'єкти в своїх руках, хоч вони могли б назавжди залишитися джерелом місцевого бюджету і забезпечувати фінансування соціальних та інвестиційних програм.

Існує нагальна потреба не у фрагментарних удосконаленнях окремих складових бюджетного процесу на регіональному рівні, а у створенні його нової узагальненої концепції на принципово нових засадах, з урахуванням максимального застосування такого інструменту, як місцеві запозичення. З метою впорядкування цього процесу Міністерство фінансів України підготувало законопроект «Про місцеві запозичення і місцеві гарантії», який вперше у вітчизняній юридичній практиці передбачає пряме обмеження суми регіональних запозичень — 60% від надходжень казни міста, області чи Автономної Республіки Крим.

До цього часу законодавче та нормативно-правове регулювання цієї проблеми, особливо зовнішніх запозичень, є украй обмеженим. Стаття 16 Бюджетного кодексу України чітко встановлює, що зовнішні запозичення можуть здійснювати лише міські ради міст з чисельністю населення понад вісімсот тисяч мешканців за офіційними даними державної статистики на час ухвалення рішення про здійснення запозичень. Одразу ж виникає питання щодо логіки зазначених обмежень; чим, скажімо, можна пояснити фактичну заборону здійснювати зовнішні фінансові запозичення обласними радами?

Місцеві влади відповідно до запропонованого Мінфіном законопроектую мають дотримуватися двох принципових вимог: узгоджувати (з Мінфіном) суму та умови позики; контролюючий орган має домагатися, аби суми, які щорічно виділяються на обслуговування боргу, не перевищували 10% витрат загального бюджету міста-позичальника (чи АР Крим). Фахівці передбачають, що за цих умов, максимальну суму місцеві органи можуть одержати в середньому за «ціною» позики близько 17% річних. Стримуючим чинником для багатьох міст-позичальників фінансових ресурсів стане необхідність здійснювати детальні обчислення майбутніх запозичень у вигляді кваліфікованого фінансового плану.

Внутрішні запозичення регулюються декількома підзаконними актами, які є колізійними по суті і не відкривають реальних можливостей для реального поповнення місцевих бюджетів<sup>1</sup>. Тим не менше фінансові запозичення до місцевих бюджетів стали досить популярними. Останнім часом активним учасником на ринку зовнішніх позичок присвоюються відповідні рейтинги за міжнародною шкалою. На сьогодні емісію облігацій як боргових інструментів здійснили практично всі великі міста (за винятком Дніпропетровська). Всього запозичення здійснили 22 суб'єкти місцевої влади. Найбільша сума зовнішніх запозичень (понад 600 млн. дол.) припадає на Київ.

Зростаючі апетити місцевих влад щодо фінансових позик у рахунок боргів, з якими розраховуватимуться наступні представники влади, на мою думку, необхідно впорядковувати, запроваджуючи чіткі правові рамки та механізми. Зокрема, вельми важливо невідкладно прийняти Закон «Про місцеві запозичення та гарантії», розробити та ухвалити нормативно-методичні акти, які регламентуватимуть порядок управління та обслуговування боргу місцевих органів самоврядування, законодавче визнання об'єктів застави за фінансовими запозиченнями до

<sup>1</sup> Див.: Порядок здійснення запозичень в місцеві бюджети. Постанова Кабінету Міністрів України за № 207.

місцевих бюджетів. І навряд чи можна погодитися з пропозиціями деяких фахівців, які пропонують вважати «традиційними формами забезпечення комунальних позик» не тільки муніципальну власність, а й «землю, природні ресурси»<sup>1</sup>.

Не може сприйматися теза, яку відстоюють деякі фахівці, що переважання єврооблігаційних зовнішніх запозичень порівняно з внутрішніми виступає як нібито закономірна «тенденція»<sup>2</sup>.

Скоріш за все це зумовлюється невмінням місцевої влади здійснювати запозичення взагалі разом з недосконалістю нормативно-правової бази у сфері муніципальних фінансів та слабкістю національних фінансових інструментів. Саме тому влада в Україні при виникненні потреби в залученні кредитів йде легким шляхом — виходить на зовнішні фінансові ринки, користуючись при цьому послугами надмірно дорогих, хоча й висококваліфікованих, зарубіжних консультантів і посередників.

Як наслідок, запозичення виявляються дорожчими, причому за рахунок коштів місцевої громади одержують прибутки зарубіжні інвестори та фінансові інституції. Якби запозичення здійснювалися переважно на внутрішньому ринку, то навіть при тій самій вартості кредитування прибуток залишався б у межах громади чи принаймні власної держави. Що стосується нібито відсутності достатніх обсягів коштів у вітчизняних інвесторів, то це виправдання не витримує ніякої критики — щорічний видтік капіталів за межі України в декілька разів перевищує сукупний обсяг надходження капіталів з-за кордону. Фактично абсолютна більшість так званих «іноземних інвестицій» в Україну — це лише невелика частка раніше вивезених через офшорні зони українських грошових нагромаджень. Причому далеко не в усіх випадках це вивезення пов'язане з кримінальними діяннями — просто усередині країні надто ризиковано тримати навіть чесно зароблені кошти. Якби в Україні існували надійні інструменти збереження заощаджень на зразок, наприклад, облігацій Казначейства США, то велика частка грошових нагромаджень українських громадян залишилася б всередині країни замість того, щоб наповнювати як джерело світову фінансову систему.

Важливо в законодавчому порядку зафіксувати напрямки використання залучених місцевою владою коштів, необхідність проведення величезної кількості розрахунків у кожному окремому випадку здійснення місцевої позики, виділити окремі групи проектів, для фінансуван-

<sup>1</sup> *Падалка В. М.* Становлення та розвиток ринку місцевих запозичень в Україні: Автореф. дис.... канд. екон. наук. — К., 2006. — С. 13.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 7.

ня яких можуть задіюватися муніципальні запозичення. Зокрема, йдеться про три групи проектів: прибуткові, неприбуткові, однак самоокупні; неприбуткові і не самоокупні, але такі, які слугують суспільній меті. Подібне групування принципово важливе не лише з погляду наукової систематизації, але як база, на якій надалі розвивається сама практика здійснення запозичень — від вибору фінансового інструмента до джерела погашення основної суми боргу і виплати доходу інвесторам.

Якби подібна типізація була обов'язковою для всіх випадків здійснення державних запозичень, то, можливо, Україні вдалося б уникнути руйнівної фінансової кризи 1998 р. — адже декілька років підряд Україна безвідповідально набирала позики і кредити, причому в жодному разі без наперед вказаного призначення і розмежування джерел їх погашення. Криза, як відомо, закінчилася, але далеко не всі в Україні пам'ятають, що погашення нагромадженого в ті часи боргу відбуватиметься ще два десятки років, тобто за тодішні помилки розпачуватиметься ще й наступне трудове покоління.

Наукове і практичне значення має ідея щодо заборони витратити запозичені кошти на потреби поточного споживання та їх виключного спрямування на потреби капітального будівництва та з метою інноваційного розвитку. На жаль, серед представників державної і місцевої влади по всій Україні немає розуміння навіть таких основоположних засад фінансово-правової науки. Досить нагадати такий факт, як спроба всенародного обговорення питання щодо використання коштів, одержаних від повторного продажу «Криворіжсталі» — багато пропозицій зводилося мало не до прямого перерозподілу цих коштів між громадянами. В цілому ж практика «проїдання» виручки від грошової приватизації нагромаджених попередніми поколіннями активів (простіше кажучи, від продажу державного майна) в усі роки незалежності була звичною — нікому не спадало на думку, що це майно належить наступним поколінням на таких же самих підставах, як і нинішньому, котре бездумно розтринькало свою матеріальну спадщину.

Відповідно до запропонованої типізації напрямків використання залучених коштів важливо вивчити можливості застосування різних фінансових інструментів для цього залучення. Слід відзначити, що сам по собі цей порядок має наукову новизну: в нашій практиці прийнято спочатку застосувати той чи інший інструмент, нагромадити кошти, а вже потім — відшукувати, куди ці кошти спрямувати. Не варто зайвий раз нагадувати, як значна частина коштів саме завдяки цьому безладу використовувалась неефективно чи просто розкрадалася. Якщо ж задія-

ти запропонований порядок використання коштів, коли з самого початку кожен залучений долар чи гривня матимуть наперед визначене призначення — можливості неефективного, а то й кримінального використання запозичень будуть суттєво обмежені.

Досить цікавим є історичний огляд муніципальних позик ще з часів царської Росії. Так, новинкою для багатьох фахівців стане повідомлення про те, що Київ на початку ХХ ст. випускав облігації зі строком обігу 75 років. І це при тому, що обсяги муніципальних запозичень в царській Росії в розрахунку на одного мешканця були в кілька разів менше, ніж в бідній на той час Італії, не говорячи вже про США чи Велику Британію.

В сучасних умовах в Україні важко знайти бажаючих придбати навіть п'ятирічні облігації, не говорячи вже про 10–15 років (незважаючи на те, що це мінімально необхідний, нормальний строк окупності довгострокових проектів).

Про неузгодженість законодавчого і нормативного забезпечення зазначених процесів свідчить такий факт. Випуск місцевих облігацій дозволявся вже Законом України «Про бюджетну систему України», прийнятим 1990 р., а відповідна інструкція з'явилася лише в 1997 р.

Тут маємо бачити шлях розв'язання взагалі актуальної проблеми — величезного «розриву», який виник на межі різних наук. Як правило, питання законотворчості прийнято відносити до компетенції юридичної науки, але ж спробуйте здійснити наукове дослідження на таку дрібну для теоретичної юриспруденції тему, як «законодавче забезпечення випуску місцевих облігацій». Юридична наука зосередилася на розв'язанні фундаментальних проблем: кодифікації законодавства, виявленні тонких відмінностей між цивільними та господарськими правовідносинами, пошуку шляхів досягнення відповідності права України європейським та загальносвітовим принципам правотворчості, а на практиці закони готуються чиновниками середнього і дрібного рівня та затверджуються депутатами, кожен з яких є фахівцем у своїй конкретній галузі, хоч і має досвід роботи у великій політиці.

Це має суттєве значення передусім для практики безпосереднього виконання своїх повноважень органами місцевого самоврядування в Україні. Вельми необхідні науково обґрунтовані прямі рекомендації щодо того, як можна в реальних умовах нинішньої української дійсності знаходити фінансові джерела для забезпечення нагальних потреб місцевих громад. В абсолютній більшості керівництво українських міст і регіонів просто вимагає дотацій і субвенцій від Державного бюджету, в той час



як має певні можливості для вирішення питання власними силами — через залучення коштів на фінансовому ринку.

На наш погляд, саме в фахових дослідженнях з конкретних питань фінансово-правової науки мають міститися пропозиції щодо вдосконалення законодавства в бюджетній сфері, які надалі послужать для юридичної практики і в свою чергу стануть основою для подальшого доведення цих пропозицій до належного рівня законодавчої технології.

*Надійшла до редколегії 05. 05. 06*

# ПИТАННЯ

---

# МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

---

**В. Денисов**, член-кореспондент АПрН  
України,

**С. Мельник**, аспірантка Інституту  
держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України

## Становлення інституту односторонніх актів держав у міжнародному праві

У сучасному міжнародному праві односторонні акти держав стають дедалі поширеним способом взяття ними на себе міжнародних зобов'язань. Широко визнаним є той факт, що такі акти, подібно конвенційним актам, здатні породжувати правові зобов'язання для держави і утворювати права для третіх держав. При цьому на відміну від договорів вони не потребують згоди чи будь-якої реакції інших держав. Традиційними видами таких актів є обіцянка, визнання, протест, відмова.

Протягом тривалого часу односторонні акти не виділялися в окрему міжнародно-правову категорію, оскільки за ними або взагалі не визнавалася юридична сила, або вони розглядалися у контексті договірного права. На думку хорватського вченого В. Дегана, це пояснюється традиціями римського права, які визнавали існування юридичних зобов'язань лише на підставі договорів (*pacta*)<sup>1</sup>. Одним з перших, хто поставив під сумнів таке тлумачення односторонніх актів держав, був Гуго Гроцій. У своєму трактаті «*De jure belli ac pacis libri tres*» (Про право війни та миру, 1625) він особливу увагу приділив найпоширенішому виду односторонніх актів — обіцянці (*cogitationes*). Виходячи з принципу природного права, Гроцій намагався спростувати поширений в той час постулат, що правові акти, які «не мають двостороннього характеру, не накладають зобов'язань на державу»<sup>2</sup>. На його погляд, певні категорії обіця-

<sup>1</sup> Див.: *Degan V. D. Unilateral Act as a Source of Particular International Law // The Finish Yearbook of International Law. – V. 5. – 1994. – С. 149–151.*

<sup>2</sup> *Гроцій Гуго. О праве войны и мира. – Кн. 2. Гл. XI «Про обіцянки». – М., 1994. – С. 328–339.*

нок здатні викликати юридичні наслідки, оскільки правила людського співіснування передбачають дотримання принципу «*promissorum implendorum obligatio*» (зобов'язання виконувати обіцянки)<sup>1</sup>. Однак вплив природно-правових вчень Гроція в той період не набув широкого поширення в доктрині міжнародного права порівняно зі зростаючим впливом позитивізму<sup>2</sup>. З огляду на цю обставину природне право (*ius naturale*), яке допускало зобов'язуюче значення обіцянок, не отримало достатнього розвитку в міжнародно-правовій науці протягом XVII–XIX ст. У цілому, за словами французького вченого Ж.-П. Жаке, взагалі «важко навести приклади самостійних односторонніх заяв, зроблених до створення Ліги Націй, оскільки вони розглядались як договірні акти»<sup>3</sup>.

Такий підхід до односторонніх актів держав підтверджувався й практикою міжнародних юрисдикційних органів. Зокрема, в арбітражному рішенні щодо спору між Німеччиною і Великою Британією «*Про острів Ламу*» (1889) хоча і визнавалася наявність обіцянки, даної султанами Занзібару, утім, вона не вважалася зобов'язуючою. Аргументуючи це рішення, арбітр Ламбертон виходив з того, що для трансформації обіцянки в рівноцінне договору зобов'язання необхідна взаємна згода сторін, тобто взяття зобов'язання однією стороною та підтвердження його іншою<sup>4</sup>.

В цілому односторонні акти держав мали вельми широке тлумачення у доктрині і спочатку вони визначалися лише формально як будь-які

<sup>1</sup> Див.: *Гроцій Гуго*. О праве войны и мира. – Пролегомени VIII. – С. 46. Обгрутовуючи зобов'язуючу силу обіцянок як односторонніх актів, Гуго Гроцій вдається до Біблії, цитуючи, зокрема, послання Святого Апостола Павла до євреїв (VI, 18, X, 23): «Сам Бог, який не може бути обмежений жодним встановленим законом, поведився би супроти своєї природи, якщо б не виконував своїх обіцянок». Крім того, він посилається на авторитетних дослідників грецької та римської історії. Серед іншого він наводить також слова Соломона: «Син мій, якщо ти обіцяєш що-небудь іншому, ти зв'язав свої руки на користь іншого» (Притчі V, I).

<sup>2</sup> Див.: *Денисов В. Н.* Гуго Гроцій о мировом порядке и современность // Идея мира и сотрудничества в современном международном праве: Сборник трудов, посвященных 100-летию со дня рождения В. М. Корецкого / Под ред. В. Н. Денисова. – К., 1990. – С. 23–60, 43.

<sup>3</sup> *Jacque J.-P.* A propos de la promesse unilaterale // *Melanges offerts a Paul Reuter, le droit international: unite et diversite.* – Paris, 1981. – P. 327.

<sup>4</sup> Див.: *Арбітражне рішення Барона Ламбертона* від 17 серпня 1889 р. у справі «Про острів Ламу». Даний приклад наводять чимало авторів, зокрема: *Suy E.* Les actes juridiques unilateraux en droit international public. – Paris, 1962. – P. 128; *Kussira-Kuster V., Eismann R.* Repertoire de la jurisprudence arbitrale internationale. – V. 1, 1794–1918. – Dordrecht, Boston, 1989. – P. 47 та ін.

дії чи акти, що виходять від одного суб'єкта міжнародного права<sup>1</sup>. До односторонніх актів держав відносили не лише акти, що регулювалися договірним правом (застереження, приєднання, анулювання), а також й інші односторонні суверенні дії держав (окупація). Вважалося, що до них належать і міжнародні делікти. Наприклад, Постійна палата міжнародного правосуддя у справі «*Вімблдон*» (1923) односторонніми актами називала всі односторонні дії держав, які суперечать нормам міжнародного права<sup>2</sup>.

Перш ніж з такого широкого масиву односторонніх за формою дій держав почала виділятися окрема категорія самостійних односторонніх актів, міжнародне право у цій сфері зазнало низку суттєвих трансформацій. Значну роль в цьому процесі відіграла практика держав та юрисдикційних органів. Так, чимало авторів вважають справу Постійної палати міжнародного правосуддя «*Про правовий статус Східної Гренландії*» (1933) відмітною подією у визнанні в міжнародному праві односторонніх актів як самостійної категорії міжнародних зобов'язань держави<sup>3</sup>. Суть справи складала такі події. На вимогу Данії Міністр закордонних справ Норвегії М. Іхлен у 1919 р. зробив усну заяву, в якій визнавалось, що «Уряд Королівства Норвегії поважатиме суверенітет Данії над Гренландією і з боку Норвегії не буде чинитися жодних перешкод»<sup>4</sup>. Однак у 1931 р. Норвегія публічно заявила про намір окупувати частину території Східної Гренландії (*Eirik Raudes Land*), внаслідок чого Данія звернулася до Постійної палати, яка винесла рішення на її користь, зазначивши: «Усна заява Норвегії зроблена Міністром закордонних справ стосовно питання, яке належить до його компетенції, має зобов'язуючий характер для держави, представником якої є Міністр»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Cahier S. Le comportement des Etats comme source de droits et de obligations.* – 1968, P. 367.

<sup>2</sup> Див.: *Wimbledon Fall case* // PCIJ, Series A (1). – 1923. – P. 25–28.

<sup>3</sup> Див.: *Vischer P. Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux.* In: J. Makarczyk (ed). *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs.* – The Hague, 1984. – P. 459–465; *Jacque J.-P. Elements pour une theorie de l'acte juridique en droit international public.* – Paris, 1972; *Leutert K. Einseitige Erklärungen im Völkerrecht.* – Berlin, 1974.

<sup>4</sup> *Legal Status of Eastern Greenland* // Judgement, PCIJ, Series A/B, № 53 (1933). – P. 22–147; *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland* // PCIJ, Series C, N 69; Orders, PCIJ, Series A/B, N 48, (1932). – P. 268–289; Order, PCIJ, Series A/B, N 5 (1933). – P. 157–159; *Hambro E. The Ihlen Declaration Revisited* // *Grundprobleme des internationalen Rechts, Festschrift für Jean Spiropoulos* (1957). – P. 227–236.

<sup>5</sup> *Legal Status of Eastern Greenland* // Judgement, PCIJ, Series A/B, № 53 (1933). – P. 71.

Таким чином, у міжнародній судовій практиці було підтверджено, що зобов'язання для держав можуть впливати не лише з двосторонніх договорів, а й також з односторонніх заяв. Разом з тим, як зазначають А. Фердросс та Б. Зімма, Суд хоча і визнав зобов'язальну силу заяви М. Іхлена, проте не повністю розкрив її правові підстави, зокрема, не з'ясував, чи такі зобов'язання є частиною права міжнародних договорів, чи вони складають окрему категорію правових актів, які можуть викликати правові наслідки, незалежно від договірних норм<sup>1</sup>.

У зв'язку з цим у літературі виникли різні підходи до розуміння правової природи односторонніх актів держав. Так, прихильники консенсуального підходу розглядали заяву М. Іхлена як односторонню дію держави, що становить договір<sup>2</sup>. Під час розгляду зазначеної справи суддя Д. Анцілотті у своїй особливій думці наголосив на тому, що «це була лише угода, яку уклали шляхом усної заяви Міністр Данії і Міністр закордонних справ Норвегії»<sup>3</sup>. Характеризуючи при цьому відмінності між односторонніми правочинами та двосторонніми чи багатосторонніми договорами, він зазначив, що «при односторонньому прояві волі держави воля та дії інших держав задіяні меншою мірою, ніж у договорах»<sup>4</sup>.

Серед вчених, які, подібно Д. Анцілотті, виходили з договірного характеру односторонніх заяв, були й ті, що взагалі не визнавали зобов'язуючу силу односторонніх актів. Так, американський дослідник Д. Гарнер піддав критиці рішення Постійної палати «Про Східну Гренландію» на тій підставі, що договірний характер односторонніх актів був, на його думку, сумнівним. Він стверджував, що сам по собі односторонній акт не може породжувати правових наслідків, оскільки не є договірним, а тому має політичний характер<sup>5</sup>.

Разом з цим інші вчені почали відокремлювати певну категорію односторонніх актів від їх договірного характеру. Зокрема, швейцарський дослідник Ф. Пфлюгер у праці «Односторонні акти держав у міжна-

<sup>1</sup> Див.: *Verdross A., Simma B. Universales Völkerrecht.* § 669 – Berlin, 1976. – P. 340–345.

<sup>2</sup> Див.: *Müller J. P. Vertrauensschutz im Völkerrecht.* – 1971. – S. 14–21; *Guggenheim P. Traite de Droit International Public, Avec mention de la pratique internationale et suisse.* – 1967. – Vol. I. – P. 138; *Anzilotti D. Lehrbuch des Völkerrechts.* – Berlin, 1929. – P. 91.

<sup>3</sup> *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland // Orders.* – PCIJ, Series A/B, № 48, (1932). – P. 268.

<sup>4</sup> *Anzilotti D. Op. cit.* – P. 262.

<sup>5</sup> Див.: *Garner J. W. The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations // American Journal of International Law (AJIL).* – Vol. 27 (1933). – P. 493–497.

родному праві» (1933) дійшов висновку про те, що односторонні акти здатні викликати міжнародно-правові наслідки, незалежно від того, мають вони чи ні договірну природу. За своєю внутрішньою залежністю односторонній акт, зазначав він, слід відрізняти від інших юридичних явищ. Їх можна поділити на самостійні і залежні правові акти. Перші можуть здійснюватися незалежно від інших юридичних фактів, а другі можуть бути пов'язані з різними правовими явищами<sup>1</sup>. Таким чином, було запропоновано ідею поділу односторонніх актів на «незалежні» (*unabhängige*), або самостійні (*selbständige*), і залежні (*abhängige*), або несамостійні (*unselbständige*), односторонні акти.

Цю концепцію поділяв австрійський вчений А. Фердросс, який характеризував односторонні заяви як акти, що мають самостійний характер або залежать від інших юридичних актів. Відмінність самостійних односторонніх актів від актів конвенційного характеру полягає у тому, що односторонні акти, хоча й мають бути доведеними до адресата, але не повинні обов'язково бути прийнятими останніми, оскільки правові наслідки наступають у той момент, коли ця заява стала відома адресату<sup>2</sup>. Отже, обґрунтовувалася думка про те, що доведення одностороннього акта до відома адресатів є достатнім для набрання ним чинності.

До 70-х років ХХ ст. в доктрині не було великого інтересу до висвітлення проблеми односторонніх актів держав. При цьому в доктрині міжнародного права помітно відсутня і однастайність щодо їх правової природи. З одного боку, цю тему вчені майже ігнорували, а з другого — звертаючи увагу на цей феномен у міжнародному праві, займали різні позиції щодо їх правового змісту: одні з них доводили автономний характер односторонніх актів держав, інші ж розглядали їх у світлі договірної природи односторонніх актів криється у відмінностях національних правових систем<sup>3</sup>. Першими, хто визнав обов'язковий характер односторонніх актів, були німецькі, швейцарські та італійські вчені. Так, у цивільному праві Німеччини, Австрії та німецькомовних кантонах Швейцарії було відоме поняття «односторонній правочин» (*einseitiges Rechtsgeschäft*)<sup>4</sup>. У Цивільному кодексі Італії 1938 р. застосовувалося поняття «одностороння

<sup>1</sup> Див.: *Pfluger F.* Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht. – Zürich, 1936. – P. 65–66.

<sup>2</sup> Див.: *Verdross A.* Völkerrecht. – Berlin, 1937. – S. 79–80.

<sup>3</sup> Див.: *Venturini G.* La portee et les effets juridiques des attitudes et des actes unilateraux des Etats. – Recueil des Cours (RdC). – V. 112. Т. II. – 1964. – P. 367–400; *Suy E.* Op. cit. – P. 8–20.

<sup>4</sup> Див.: *Schwarz A.* Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts. – Berlin, 1922. – S. 22–30.

обіцянка» (*promesse unilaterali*) (ст. ст. 1987–1991). Таким чином, тут була використана аналогія з внутрішнім правом, що призвела до визнання зобов'язуючого характеру в міжнародному праві односторонніх актів.

На початку ХХ ст. багато вчених з цих країн звернули увагу на односторонні правочини, які здатні викликати міжнародно-правові наслідки (Д. Анцілотті (Італія), Е. Вальдкірх (Німеччина), Х. Кельзен (Австрія), Ф. Ліст (Берлін) та ін.)<sup>1</sup>. Більшість з них вбачали в таких актах конвенційну основу, проте не ігнорували цю тему, як вчені інших країн. Представники цих шкіл також одні з перших включили односторонні акти держав як самостійну категорію правових актів у навчальні курси з міжнародного права, а саме Р. Блюндорн (Німеччина)<sup>2</sup>, А. Фердросс (Австрія)<sup>3</sup>. Крім цього, перші праці, присвячені аналізу односторонніх актів, також були опубліковані науковцями цих країн, зокрема Ф. Пфлюгером (Швейцарія), Ж. Вентуріні (Італія), Ж. Біскотіні (Італія)<sup>4</sup>. У подальшому концепцію самостійного характеру односторонніх актів та їх зобов'язальної сили відстоювали у своїх працях й австрійські вчені К. Цеманек<sup>5</sup>, І. Зайдль-Гоефельдерн<sup>6</sup>, в німецькій літературі Ф. Бербер<sup>7</sup>, В. Венглер<sup>8</sup>, Г. Даам<sup>9</sup>, Й. Льюйтерг<sup>10</sup>, В. Фідлер<sup>11</sup>, у швейцарській — Ф. Гох<sup>12</sup>, в італійській — Г. Балладоро-Пальєрі<sup>13</sup>, С. Карбоне<sup>14</sup>, Р. Монако<sup>15</sup> та ін.

<sup>1</sup> Див.: *Anzilotti D.* Op. cit. – P. 91–92; *Waldkirch E.* Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellt. – Bale, 1926; *Kelsen H.* Theorie generale du droit international public. Problemes choisis // Recueil des Cours. – V. IV. 1932. – P. 121–351; *Liszt F.* Völkerrecht. – 12-ed. – Berlin, 1925.

<sup>2</sup> Див.: *Blühndorn R.* Einführung in das angewandte Völkerrecht. – Wien, 1934.

<sup>3</sup> Див.: *Verdross A.* Op. cit. – S. 80.

<sup>4</sup> Див.: *Biscottini G.* Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale. – Milano, 1951.

<sup>5</sup> Див.: *Zemanek K.* Unilateral Legal Acts Revisited. Ed. Wellens K. In: International Law: Theory and Practice. – Netherlands, 1998. – P. 209–221.

<sup>6</sup> Див.: *Seidl-Hohenveldern I.* Völkerrecht. – Köln, Berlin, 1997. – S. 44–46.

<sup>7</sup> Див.: *Berber F.* Lehrbuch des Völkerrechts. T. 1. – Berlin, 1960.

<sup>8</sup> Див.: *Wengler W.* Völkerrecht. – Berlin, 1964.

<sup>9</sup> Див.: *Dahm G.* Völkerrecht. Band III. – Stuttgart, 1961. – P. 164–169.

<sup>10</sup> Див.: *Leutert K.* Op. cit. – P. 27–30.

<sup>11</sup> Див.: *Fiedler W.* Zur Verbindlichkeit einseitiger Versprechen im Völkerrecht // GYIL. – 1976. – № 19. – P. 35–40.

<sup>12</sup> Див.: *Hoch F.* Die volkerrechtliche Verpflichtung der Staaten durch Regierungsacte. – Zürich, 1947. – S. 109–117.

<sup>13</sup> Див.: *Balladore-Pallieri G.* Diritto internazionale pubblico. 6-th ed. – Milan, 1952.

<sup>14</sup> Див.: *Carbone S.* Promise in International Law: a Confirmation of its Binding Force // Italian Yearbook of International Law. – Napoli, 1975. – Vol. I. – P. 166–172.

<sup>15</sup> Див.: *Monaco R. H.* Manuale di diritto internazionale pubblico e privato. – Turin, 1949.

Однак франкомовні автори аж до середини ХХ ст. фактично ігнорували проблематику односторонніх актів держав. На думку бельгійського вченого Е. Суя, причина цього криється в особливостях приватного права Франції. Так, Цивільний кодекс Наполеона 1803 р. не містив категорії односторонніх актів, трансакцій або автономних правових актів, а згадував лише квазі-контракти, такі як *negotiorum gestio*, юридична сила котрих базується на мовчазній згоді (ст. ст. 1371–1381). З огляду на це більшість вчених французької школи міжнародного права або практично не торкалися питання односторонніх актів в міжнародному праві, або ж були прихильниками консенсуальної концепції. Зокрема, французький професор П. Ройтер у курсі лекцій в Гаазькій академії міжнародного права висловив сумніви щодо визнання зобов'язального характеру обіцянки за умови відсутності згоди на те адресата або поза контекстом договірних відносин<sup>1</sup>. На думку іншого французького вченого П. Вейля, «односторонні зобов'язання до 60-х років переважно розглядалися лише як певна пропозиція, що набула нормативної цінності, коли була прийнята державою-адресатом, або ж як контрпропозиція з боку іншої держави»<sup>2</sup>. Лише усередині 60-х років ХХ ст. деякі представники французької доктрини міжнародного права почали досліджувати дану проблематику (Ж. Деюсі, Ж.-П. Жаке, Ш. Кісс, Ш. Руссо та ін.)<sup>3</sup>.

На окрему згадку заслуговує англо-американська школа права. На думку Дж. Франка, юристи англійського загального права (*common law*), які створили культуру «обговорення», або «зустрічного задоволення» (*consideration*), дуже важко сприймають концепцію зобов'язуючих односторонніх актів, що не базуються на взаємності<sup>4</sup>. Тому більшість представників англійської школи права неохоче погоджувалися із зобов'язальною силою односторонніх актів<sup>5</sup>. Зокрема, Х. Лаутерпахт<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> Див.: *Reuter P. Principes de droit international public // Recueil des Cours. – 1961. – Vol. 103. – P. 532; Quadri R. Cours general de droit international public // Recueil des Cours. – 1964. – Vol. 113. – P. 363–364.*

<sup>2</sup> *Weil P. Le droit international en quete de son identite // Cours general de droit international public – 1992. – № 237. Vol. VI. – P. 156.*

<sup>3</sup> Див.: *Dehaussy J. Les actes juridiques unilateraux en droit international public: a propos d'une theorie restrictive // Journal de droit international. – 1965. – № 2. – P. 43–46; Kiss Ch. A. Les actes unilateraux dans la pratique francaise de droit international // Revue generale de droit international public. – 1961. – P. 317–331; Rousseau Ch. Droit international public. – Paris, 1970. – Vol. 1. – P. 422–426, 428–430.*

<sup>4</sup> Див.: *Franck J. World Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases // American Journal of International Law. – 1975. – № 69 – P. 612, 617.*

<sup>5</sup> Див.: *McNair A. The Law of Treaties. – Oxford, 1961. – P. 11.*

<sup>6</sup> Див.: *Lauterpacht H. The Development of International Law by The International Court. – London, 1958. – P. 344.*



порушуючи питання про тлумачення односторонніх декларацій в юрисдикції Міжнародного Суду, виходив з їх договірної характеру. На думку Д. О'Коннелла, «односторонні заяви, які викликають правові наслідки, є категорією договорів, а ті з них, що не здатні породжувати правових наслідків, є політичними заявами»<sup>1</sup>. Серед представників англійської школи права, хто наголошував на важливій ролі односторонніх актів у міжнародному праві, можна назвати Г. Шварценбергера. Ще у 1957 р. він зазначав, що односторонні акти відповідно наміру держави можуть викликати правові наслідки. При цьому він підкреслював, що вони базуються на фундаментальному постулаті міжнародного права — принципі добросовісності (*good faith*)<sup>2</sup>. Не виключено, що така позиція зумовлена тим, що Г. Шварценбергер здобув юридичну освіту в Німеччині. Лише після рішення Міжнародного Суду в справі «Про ядерні випробування» (1974), про яке докладніше йтиметься далі, в англійській доктрині міжнародного права утвердилась думка про зобов'язальну силу односторонніх актів держав (Я. Броунлі, Х. Серлудей, Р. Дженнінгс, А. Уоттс та ін.)<sup>3</sup>.

Американські вчені, включаючи згаданого вище Дж. Гарнера, так само вельми скептично ставилися до розуміння односторонніх актів як зобов'язуючих. Більшість сучасних американських дослідників намагаються оминати цю проблематику (В. Бішоп, Р. Пух, Х. Сміт, Л. Хенкін, О. Шахтер та ін.), хоча їх праці мають фундаментальний характер. При цьому поняття одностороннього акта вони нерідко вживають у широкому розумінні. Це зумовлено тим, що в англо-американській доктрині кожний юридично значущий акт є свого роду одностороннім. У цивільному праві США договір розглядається як сукупність односторонніх обіцянок сторін<sup>4</sup>. На думку А. Рубіна, всі багатосторонні і двосторонні акти складаються з окремих односторонніх актів-обіцянок. Деталізуючи це положення, він говорить про те, що оферта, пропозиція або прийняття договору в англо-американській системі права має назву одностороннього акта<sup>5</sup>. За такого розуміння американським вченим важко вдається

<sup>1</sup> O'Connell D. *International Law*. – London, 1965. – Vol. 1. – P. 214–222.

<sup>2</sup> Див.: Schwarzenberger G. *International Law*. – London, 1949. – P. 436.

<sup>3</sup> Див.: Brownlie J. *Public International Law*. – Oxford, 1990. – P. 636–644; *Thirway Hugh*. *Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning / RdC*. – 2003. – Vol. 294. – P. 334–335; *Jennings R., Watts A.* *Oppenheim's International Law*. – London, 1996. – P. 1187–1196.

<sup>4</sup> Див.: *Мережко О. О.* *Право міжнародних договорів*. – К., 2003. – С. 210–211.

<sup>5</sup> Див.: *Rubin A.* *The Legal Effects of Unilateral Declarations // The American Journal of International Law*. – 1977. – Vol. 71. – P. 1–30, 39.

класифікувати різні за суттю односторонні акти. Таким чином, очевидний значний вплив особливостей національних правових систем на розуміння односторонніх актів у міжнародному праві.

Окремо треба згадати радянську доктрину міжнародного права, в якій спостерігалася інша тенденція щодо ігнорування проблеми односторонніх актів держав. М. Ушаков констатував, що «в радянській правовій науці тема односторонніх актів фактично не досліджувалася»<sup>1</sup>. Більш того, аналіз радянської школи права дає підстави говорити про те, що питання про включення односторонніх актів держав у систему міжнародного права практично не ставилося.

Очевидно, причиною цього була абсолютизація в радянській доктрині міжнародного права позитивістської методології, де панувала концепція «узгодження воль держав»<sup>2</sup>, в яку жодним чином не вписувалася концепція «одностороннього волевиявлення держави»<sup>3</sup>. Звичайно, за таких обставин вчені схильні були скоріше вбачати в таких актах політичний характер, ніж правову основу. Так, Г. Тункін відзначав, що відмінність між політичними і міжнародно-правовими нормами ще слабко досліджено у світовій літературі. У двох випадках виникають міжнародні зобов'язання держав, хоча, на його думку, характер таких зобов'язань є різним. Міжнародно-правові норми засновуються на принципі добросовісного виконання державами міжнародно-правових зобов'язань, у той час як політичні норми — лише на моральному принципі добросовісності (*good faith, bona fide*)<sup>4</sup>.

У даному твердженні простежується обмежене розуміння міжнародного права позитивістським підходом, який намагається відмежувати норми моралі від правових норм. Разом з тим сучасна тенденція до широкого розуміння права передбачає включення в міжнародне право і природно-правових норм<sup>5</sup>. Це дає підстави стверджувати, що йдеться

<sup>1</sup> Ушаков Н. А. Международное право. – М., 2003. – С. 26.

<sup>2</sup> Див.: Тункін Г. И. Теория международного права. – М., 1970. – С. 236–261.

<sup>3</sup> Див.: Денисов В. Н. Філософсько-правові засади конституційної юрисдикції: порівняльний аналіз теорії і практики // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 1 (32). – С. 220.

<sup>4</sup> Див.: Тункін Г. И. Международное право и политические нормы // Международное право. / Под ред. Талалаева А. Н., Тункина Г. И, Шестакова Л. Н. – М, 1999. – С. 81–85.

<sup>5</sup> Тенденція до широкого розуміння права перш за все стосується конституційного і міжнародного права. Включення до міжнародного права принципів природного права покликано гармонізувати позитивне право, зробити його розумним з погляду адресата правових приписів. (див.: Денисов В. Н. Філософсько-правові засади... – С. 220–221; Шевчук К. Основи конституційної юриспруденції. – К., 2001. – С. 53.

про один й той самий принцип добросовісності, який набув правових ознак і є основою багатьох міжнародно-правових принципів та норм. Про це, зокрема, свідчить і практика міжнародних юрисдикційних органів. Так, Міжнародний Суд ООН у справі «Про ядерні випробування» (1974) зазначив, що «так само, як правило *pacta sunt servanda* у договірному праві засновується на принципі добросовісності, так і міжнародне зобов'язання, утворене за допомогою односторонньої декларації, ґрунтується на цьому ж принципі»<sup>1</sup>.

Отже, тривале ігнорування теми односторонніх актів держав у доктрині міжнародного права можна пояснити низкою причин. По-перше, вплив римського права позначився на тому, що тривалий час за односторонніми актами держав взагалі не визнавалась можливість породження правових наслідків і вони ототожнювалися з конвенційними нормами. По-друге, деякі постулати національного приватного права відповідних країн протягом ХХ ст. гальмували розвиток інституту односторонніх актів держав у міжнародному праві. По-третє, розуміння в радянській доктрині процесу міжнародного нормотворення як результату лише «узгодження воль держав» не давало можливості для включення односторонніх актів держав у систему міжнародного права.

Переломним моментом на шляху визнання інституту односторонніх актів держав у міжнародному праві можна вважати рішення Міжнародного Суду ООН у справі «Про ядерні випробування» (1974). Як зазначають А. Фердросс і Б. Зімма, «до цього рішення у доктрині міжнародного права не було повної одностайності щодо існування односторонніх актів, які здатні *ipso facto* викликати правові наслідки»<sup>2</sup>. Цю тезу підтверджує й англійський вчений Г. Серлуей, наголошуючи на тому, що «про справжній інтерес науковців до односторонніх зобов'язань держав можна говорити лише після ухвалення цього рішення»<sup>3</sup>.

Так, у 1973 р. Австралія і Нова Зеландія ініціювали окремі провадження проти Франції в Міжнародному Суді. Предметом цих спорів були атмосферні ядерні випробування, які Франція проводила у південній частині Тихого океану протягом 1966–1972 рр. Австралія і Нова Зеландія регулярно протестували проти таких випробувань. Попри ці протести, а також тривалі переговори з урядами обох країн Франція відмовилася змінити свою програму ядерних випробувань. У цьому зв'язку Президент, Міністр оборони та інші офіційні особи Франції зробили

<sup>1</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)* // Judgment, I. C. J. Reports, 1974. – P. 267.

<sup>2</sup> *Verdross A., Simma B.* Op. cit. – P. 669.

<sup>3</sup> *Thirlway H.* Op. cit.

низку заяв, у яких наголошувалося на тому, що такі випробовування є необхідними для досягнення такого рівня, який би дозволив Франції відмовитися від атмосферних випробовувань та обмежитися виключно підземними випробовуваннями<sup>1</sup>. Напередодні нової серії ядерних випробовувань 1973 р. Австралія і Нова Зеландія звернулися до Міжнародного Суду з вимогою заборонити їх проведення, оскільки такі дії Франції порушують основні принципи і норми міжнародного права. У двох окремих рішеннях від 20 грудня 1974 р. Суд дійшов висновку про те, що предметом оскарження держав-заявників була не декларація про незаконність ядерних випробовувань згідно з міжнародним правом, а припинення Францією атмосферних ядерних випробовувань у південній частині Тихого океану. В цьому відношенні Суд зазначив, що певні заяви, зроблені Президентом Франції, Міністром закордонних справ Франції та Міністром оборони Франції, які обіцяли припинити такі випробовування, становлять односторонні зобов'язання. Отже, у такій спосіб Суд підтвердив звичаєву норму міжнародного права про те, що будь-яке міжнародне зобов'язання має виконуватися незалежно від джерела походження.

Крім цього, Суд також підтвердив низку інших суттєвих положень, які внесли ясність у розуміння правового змісту односторонніх юридичних актів держав. Так, Судом було сказано, що «загальновизнаним є те, що заяви, які робляться шляхом односторонніх актів і стосуються правових або фактичних ситуацій, можуть мати наслідки у вигляді утворення правових зобов'язань. Якщо держава, яка робить заяву, має намір зв'язати себе її положеннями, то цей намір надає заяві характеру правового зобов'язання, і держава з цього часу в правовому відношенні повинна слідувати такій поведінці, яка відповідає зробленій заяві. Зобов'язання такого характеру, яке виражено публічно і з наміром взяти його на себе, навіть поза рамками міжнародних переговорів, має зобов'язуючу силу. За таких обставин для того, аби така заява була юридично чинною, не потребуються жодних дій *quid pro quo*, ні її наступне прийняття, ні навіть будь-якої відповіді чи реакції інших держав, оскільки така вимога була б несумісною з суто одностороннім характером юридичного акта, за допомогою якого держава формулює свою заяву»<sup>2</sup>.

Таким чином, Суд, нарешті, підтвердив юридичне значення суто односторонніх актів держав, заперечивши їх консенсуальний характер. Було наголошено на тому, що дійсність таких актів не залежить від будь-

<sup>1</sup> Див.: *French Note dated 7 February 1973* // ICJ Pleadings, Nuclear Tests. – P. 28–31. Див. також: *Kohl B. On the French Policy on Nuclear Testing in the Fifties and Sixties* // *French Nuclear Diplomacy*. – Princeton, 1971. – P. 164–168, 245–251.

<sup>2</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)* // Judgment, I. C. J. Reports, 1974. – P. 253 (para 43).

якої форми акцептування іншими державами, а вимагається лише їх публічне висловлювання. Суд також зазначив, що одностороння заява може формулюватися *erga omnes*, тобто бути спрямована на все міжнародне співтовариство у цілому, а не лише на конкретну державу чи низку держав<sup>1</sup>. Суд особливо підкреслив, що завдяки наявності чіткого наміру держави встановлюється зобов'язуюча сила такої заяви.

З цього часу переважна більшість вчених підтримують тезу про те, що визнання односторонніх актів джерелом міжнародних зобов'язань є загально визнаним у міжнародній практиці і підтверджено юрисдикційними органами<sup>2</sup>, і в літературі існує досить поширена точка зору, відповідно до якої односторонні акти хоча і не містяться у ст. 38 Статуту ООН, але вони визначаються у міжнародному праві і застосовуються в рішеннях міжнародних судів<sup>3</sup>.

Про визнання у західній доктрині самостійних односторонніх актів держав свідчить факт включення даної правової категорії до авторитетної енциклопедії з міжнародного права за редакцією професора Р. Бернгардта. У ній було приділено окрему увагу темі суто односторонніх актів держав. Так, В. Фідлер помістив в неї окрему статтю «Односторонні акти держав», у якій наголошується на тому, що односторонні акти все більше набувають значення джерела міжнародного права<sup>4</sup>. Більш того, у статті Р. Дженнінгса «Міжнародне право», написаній у контексті питання про зміст (систему) міжнародного права, міститься розділ «Односторонні акти держав», розміщений після розділу «Права договорів»<sup>5</sup>. Як наслідок цього односторонні акти держав стали поступово включатися до підручників і курсів з міжнародного права. Як правило, вони розглядаються в розділах, що мають такі назви: «Інші можливі джерела міжнародного права»<sup>6</sup>, «Наступні джерела міжнародного пра-

<sup>1</sup> Див.: *Ibid.* – P. 269 (para 50).

<sup>2</sup> Див.: *Brownlie J.* Op. cit. – P. 637–640; *Carbone S.* Op. cit. – P. 166–172; *Jennings R.*, *Watts A.* Op. cit. – P. 1187–1196; *Cassese A.* International Law. – Oxford, 2001. – P. 150; *Shaw M.* International Law. – Cambridge, 1994. – P. 98, 563; *Skubiszewski K.* Unilateral Acts of State. // International Law: Achievements and Prospects / Ed. Bedjaoui M. – Paris, London, 1991. – P. 221–240 та ін.

<sup>3</sup> Див.: *Нуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А.* Международное публичное право: В 2 т. – Т. 1: Кн. 1. Формирование международного права. – К., 2000. – С. 218.

<sup>4</sup> Див.: *Fiedler W.* Unilateral Acts in International Law. In: Bernhardt R (ed.). Encyclopedia of Public International Law (EPIL). – North-Holland, 1995. – Vol. IV. – P. 1019.

<sup>5</sup> Див.: *Jennings Y. R.* International Law. // Encyclopedia of Public International Law (EPIL). Ed. Bernhardt R – North-Holland, 1995. – Vol. II. – P. 1172.

<sup>6</sup> Див.: *Shaw M.* Op. cit. – P. 98.

ва»<sup>1</sup>, «Правотворчий процес, не згаданий у статті 38 Статуту Міжнародного Суду ООН»<sup>2</sup>, «Довільні засоби формування права»<sup>3</sup> тощо.

Разом з тим, не можна не зазначити, що після згаданого рішення Міжнародного Суду відбулись також певні позитивні зрушення й у радянській науці міжнародного права. Деякі вчені стали звертати увагу на цей феномен у міжнародному праві. Так, В. Шуршалов спробував проаналізувати певну групу односторонніх дій, за допомогою яких держави самостійно можуть встановити конкретні правові норми своєї поведінки. Він називав такі акти «односторонніми актами, які сумісні з діяльністю держав загального характеру», виділивши при цьому лише один з критеріїв таких актів, а саме — здатність породжувати зобов'язання в одній стороні і права в іншій<sup>4</sup>.

Більш наблизитися до сучасного розуміння односторонніх актів спробував М. Ушаков, який писав, що «найбільше значення джерела міжнародних зобов'язань держав, крім безпосередньо міжнародно-правової норми, в нинішніх умовах набуває односторонній юридичний акт держави»<sup>5</sup>. Він звернув увагу на їх особливу рису, а саме — утворення нових міжнародних зобов'язань, які ніколи не покладалися на державу-автора одностороннього акта<sup>6</sup>.

Початком розроблення даної проблематики в радянській доктрині міжнародного права вважається монографічне дослідження Р. Каламкаряна «*Міжнародно-правове значення односторонніх юридичних актів держав*»<sup>7</sup> (1984), яке до теперішнього часу залишається єдиною на пострадянському просторі монографією у цій сфері. У ній було докладно проаналізовано чотири види односторонніх актів держав, а саме: протест, обіцянка, відмова та визнання. Були також висвітлені й такі теоретичні питання, як класифікація односторонніх актів, їх визначення, роль в утворенні звичаєвих норм міжнародного права тощо. Р. Каламкарян зробив висновок про те, що відбувається еволюція доктрини міжнародного права, в якій «конвенційний засіб стає не єдиним засобом утворен-

<sup>1</sup> Див.: *Ipsen K. Völkerrecht. – München, 1999. – P. 201–208.*

<sup>2</sup> Див.: *Zemanek K. Op. cit. – P. 209–221.*

<sup>3</sup> Див.: *Нгуен Куок Динь, Дайє П., Пелле А. Вказ. праця. – С. 217–223.*

<sup>4</sup> Див.: *Шуршалов В. М. Международные правоотношения. – М., 1971. – С. 167.*

<sup>5</sup> *Ушаков Н. А. Проблемы теории международного права. – М., 1988. – С. 26–29.*

<sup>6</sup> Див.: Там само. – С. 26.

<sup>7</sup> Див.: *Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств. – М., 1984.*

ня міжнародних зобов'язань, а також визнається можливість прийняття таких зобов'язань шляхом одностороннього юридичного акта»<sup>1</sup>. Дослідник піддав критиці тенденцію радянських вчених до розширеного розуміння односторонніх актів держав, що дозволяє ототожнювати суто односторонні акти з актами конвенційного характеру. На його думку, таке розширення є неприпустимим, оскільки суперечить визначенню односторонніх юридичних актів і веде до порушення цілісності інституту договірної права. Позитивно оцінюючи внесок Р. Каламкаряна в теорію односторонніх актів держав, не можна не зазначити, що з часу оприлюднення цієї роботи тема односторонніх актів значно розширилася і тому, як зазначає М. Ушаков, вона потребує нової оцінки з урахуванням сучасних тенденцій в розвитку теорії та практики<sup>2</sup>.

З огляду на викладене можна констатувати, що обмеженість радянських досліджень стосовно міжнародно-правового значення односторонніх актів вплинула і на пострадянські школи міжнародного права. Більшість сучасних російських вчених майже не торкаються питання односторонніх актів у своїх дослідженнях. За незначними винятками (І. Лукашук<sup>3</sup>, М. Ушаков<sup>4</sup>) тему односторонніх актів також не зачіпають авторитетні вчені навіть у більшості сучасних російських підручниках з міжнародного права<sup>5</sup>. Проте навіть якщо дана тема і піднімається у правовій літературі, то розглядається переважно під впливом позицій Р. Каламкаряна<sup>6</sup>. Не існує також узгодженої позиції і в сучасній російській школі міжнародного права щодо статусу односторонніх актів у системі міжнародного права. Тут можна зустріти доволі протилежні позиції з цього приводу. Наприклад, М. Ушаков і В. Волосов вважають, що такі акти є нормативним джерелом міжнародного права<sup>7</sup>. Натомість В. Додонов, В. Панов, І. В. Рачков тлумачать односторонній акт як од-

<sup>1</sup> Каламкарян Р. А. Вказ. праця. – С. 132.

<sup>2</sup> Див.: Ушаков Н. А. Международное право. – С. 26.

<sup>3</sup> Див.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. – М., 1996. – С. 87–93.

<sup>4</sup> Ушаков Н. А. Международное право. – С. 24–27.

<sup>5</sup> *Международное публичное право: Учебник* / Отв. ред. К. Бекяшев. – М., 2003; Бирюков П. Н. *Международное право: Учебник*. – М., 2001; *Международное право: Учебник*: Отв. ред. Ю. Колосов, Э. Кривчикова. – М., 2001. – 720 с.; *Международное право. Учебник* / Отв. ред. В. И. Кузнецов. – М., 2001; *Международное право: Учебник* / Под ред. А. Талалаева, Г. Тункина., Л. Шестакова – М., 1999.

<sup>6</sup> Див.: Рачков И. В. *Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы* // Государство и право. – 2001. – № 8. – С. 75–88.

<sup>7</sup> Див.: Волосов М. Е. *Односторонний акт* // Российская юридическая энциклопедия. / Под ред. А. Я. Сухарева. – М., 1999. – С. 693.

носторонню дію суб'єкта міжнародного права, з яким міжнародне право лише пов'язує правові наслідки, зауважуючи, що вони не набувають значення джерела міжнародного права<sup>1</sup>.

Ще більш невизначеною з цього питання є сучасна вітчизняна доктрина міжнародного права. В ній, за винятком згадок у навчальній літературі (В. Буткевич<sup>2</sup>, М. Буроменський<sup>3</sup>, О. Мережко<sup>4</sup>) і визначення в юридичній енциклопедії (Л. Тимченко<sup>5</sup>), відсутні публікації з цієї тематики. При цьому доводиться констатувати, що навіть у цих побічних згадуваннях існують розбіжності у поглядах на це явище. Наприклад, В. Буткевич додержується позиції, згідно з якою більшість таких зобов'язань мають морально-політичний характер і вони не є джерелом міжнародного права<sup>6</sup>. О. Мережко, не кажучи про нормативний характер цих актів, зосереджує увагу на розгляді відмінності таких актів від міжнародних договорів. Сам по собі такий підхід дає підстави для твердження, що автор виокремлює односторонні акти від договірною процесу, підкреслюючи тим самим їх самостійний характер<sup>7</sup>. Проте Л. Тимченко не розділяє автономні і конвенційні односторонні акти, а лише представляє їх в загальній сукупності<sup>8</sup>. Утім, В. Буроменський, відображаючи сучасні тенденції розвитку міжнародного права, стверджує, що такі акти є джерелом міжнародного права, оскільки вони утворюють правові зобов'язання<sup>9</sup>.

Отже, огляд доктрин міжнародного права свідчить про різний рівень готовності надати одностороннім актам правового значення в міжнародному праві. Позиції вчених щодо ролі і місця односторонніх актів у системі міжнародного права різняться також і усередині самих шкіл. Єдине, що об'єднує їх, так це майже загальне визнання за односторонніми актами юридичної сили та певним чином їх самостійної ролі, що

<sup>1</sup> Див.: Додонов В. Н., Панов В. П., Румянцев О. Г. Односторонний акт. // *Міжнародне право. Словарь-справочник.* / Под общ. ред. В. Н. Трофимова. – М., 1998. – С. 197; Рачков И. В. Вказ. праця. – С. 75–88.

<sup>2</sup> Див.: Буткевич В. Г. Мицик В. В., Задорожний О. В. *Міжнародне право. Основи теорії.* – К., 2002. – С. 418–422.

<sup>3</sup> Див.: Буроменський М. В. *Міжнародне право.* – К., 2005. – С. 52–55

<sup>4</sup> Див.: Мережко О. О. Вказ. праця. – С. 209–212.

<sup>5</sup> Див.: Тимченко Л. *Односторонній акт держави.* // *Юридична енциклопедія.* / Під ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2002. – Т. 4. – С. 247–248.

<sup>6</sup> Див.: Буткевич В. Г. Мицик В. В., Задорожний О. В. Вказ. праця. – С. 418–420.

<sup>7</sup> Див.: Мережко О. О. Вказ. праця. – С. 209–212.

<sup>8</sup> Див.: Тимченко Л. Вказ. праця – С. 247–248.

<sup>9</sup> Див.: Буроменський М. В. Вказ. праця. – С. 52.



сталося після рішення Міжнародного Суду ООН «Про ядерні випробування». У той же час невизначеною для них залишається проблема її недостатньої правової регламентації. До цього можна додати і питання про відсутність більш чіткого окреслення сфери цієї теми, а також ролі односторонніх актів у нормотворчому процесі.

Тому не випадковим є те, що наступним важливим етапом у розвитку односторонніх актів став процес кодифікації цієї теми. Член Комісії міжнародного права ООН Г. Гафнер вказував на те, що «забезпечення стабільності і передбачуваності у міжнародних відносинах є завданням міжнародного права, і тому є необхідним розроблення будь-якого режиму для недопущення того, аби односторонні акти стали джерелом спорів і навіть конфліктів...»<sup>1</sup> З огляду на це Комісія на 48-й сесії (1996 р.) прийняла рішення про підготовку проекту статей по цій темі.

*Надійшла до редколегії 23. 01. 06*

*Ю. Щокін, доцент НЮА України*

## **Недержавні учасники процесу утворення міжнародно-правових звичаїв<sup>2</sup>**

У вітчизняній науці міжнародного права суверенні держави традиційно наділяються винятковою роллю у формуванні міжнародно-правових звичаїв. У радянські часи Г. Даниленко, наприклад, зазначав, що «практика, яка веде до утворення міжнародного звичаєвого права, є практика міждержавного спілкування»<sup>3</sup>. Основна проблема, що виникає в цьому зв'язку, — це «проблема визначення органів, акти яких сприяють виникненню міждержавної практики, що конститує звичай»<sup>4</sup>.

Цієї ж позиції дотримуються сучасні українські вчені. Так, М. Баймуратов хоча й указує на те, що міжнародні звичаї «утворюються в результаті взаємних дій держав та інших суб'єктів міжнародного права»<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Официальные документы Комиссии международного права // A/CN. 4/SR. 2595. – С. 9.

<sup>2</sup> Тобто суб'єктів без участі держав, національно-визвольних рухів, державо-подібних утворень та міжнародних міждержавних організацій.

<sup>3</sup> Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. – М., 1988. – С. 68.

<sup>4</sup> Там само. – С. 69.

<sup>5</sup> Баймуратов М. А. Международное публичное право: Учебник. – К., 2004. – С. 37.

до цих «інших суб'єктів» не відносить неурядові організації й фізичних осіб<sup>1</sup>. Щодо останніх його позиція категорична: «...*фізичні особи (індивіди) не є суб'єктами міжнародного публічного права* (виділено самим М. Баймуратовим. — Ю. Щ.). Вони знаходяться під виключною юрисдикцією держав, внутрішнім законодавством яких визначається їх правовий статус»<sup>2</sup>. В. Буткевич підкреслює, що «для створення міжнародно-правового звичаю важливою є практика тільки суб'єктів міжнародного права»<sup>3</sup>. При цьому він вказує на практику держав в особі уповноважених органів зовнішніх зносин і практику міжнародних міжурядових організацій<sup>4</sup>.

Безглуздо заперечувати значення суверенних держав і створених ними міжнародних організацій у сучасній міжнародній політиці й міжнародній правотворчості. Питання в іншому. Чи є вони єдиними творцями міжнародного звичаєвого права? Чи можуть міжнародно-правові звичаї походити від недержавних учасників міжнародних відносин?

Метою цієї статті є з'ясування ролі недержавних утворень (організацій) і фізичних осіб у формуванні міжнародно-правових звичаїв.

Для наочної демонстрації достоїнств і недоліків суто міждержавного підходу до формування міжнародно-правових звичаїв почнемо аналіз проблеми з «розумового експерименту» («*thought experiment*»), запропонованого А. Д'Амато<sup>5</sup>. Цим «експериментом» учений спробував довести, що міжнародно-правові звичаї у сфері захисту прав людини з'явилися саме з міждержавної практики.

Отже, припустимо, що якийсь п. Р, що проживає в державі С, подождує по державі D. Під час однієї з прогулянок його раптово заарештовують, забирають у поліцію, там б'ють і поміщають у в'язницю. При цьому обвинувачень у порушенні будь-яких законів держави D п. Р не пред'являється. Родичі й друзі п. Р у державі С домагаються офіційного втручання влади в цю ситуацію. Припустимо, пише А. Д'Амато, дипломатичний протест держави С був першим з будь-коли, який вона заявляла у зв'язку з поганим поведженням з її громадянами за кордоном.

<sup>1</sup> Баймуратов М. А. Вказ. праця. — С. 64.

<sup>2</sup> Там само. — С. 74.

<sup>3</sup> Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. — К., 2002. — С. 122.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 122.

<sup>5</sup> Див.: D'Amato A. Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms // 25 Georgia Journal of International and Comparative Law (1994). — Code A 963. — P. 82.

При першому розгляді ситуації право повинно бути на боці держави D, оскільки п. Р знаходиться під її повною юрисдикцією, як і будь-який інший мешканець цієї держави. Все це відбувається в ті часи, коли захист прав людини взагалі відсутній. Проте держава С заявляє протест на захист п. Р. Вона вважає, що держава D все-таки має деякі зобов'язання стосовно п. Р. Обсяг цих зобов'язань може бути визначений десь у проміжку між зобов'язаннями держави D стосовно власних громадян (тобто повна відсутність будь-яких зобов'язань) і зобов'язаннями стосовно послів держави С, які перебувають на території держави D. Міжнародне право, стверджує держава С, вимагає, щоб держава D дотримувалась якихось мінімальних стандартів правосуддя стосовно п. Р просто тому, що він не є громадянином цієї держави.

А. Д'Амато робить важливе застереження: незважаючи на захист держави С на дипломатичному рівні, якби справа п. Р була представлена в якомусь міжнародному суді, цей суд ухвалив би рішення на користь держави D. Не існувало і будь-якої міждержавної практики, на яку держава С могла б послатися для обґрунтування прав на користь п. Р, що перебуває на території держави D. У той же час існує велика міждержавна практика, на яку може послатися держава D, а саме — практика повної й безмежної влади над всіма особами (включаючи іноземців), що перебувають у межах її території. Але в цьому випадку держава С саме й намагається змінити цю практику.

Дипломатичні переговори зрештою заходять у глухий кут, і державі С не залишається нічого іншого, як погрожувати вчиненням відповідних дій силового характеру. Вона заявляє про свій намір захопити корабель держави D, який перебуває в порту держави С, на що держава D негайно відповідає, що вона розцінить такий хід як невиправдану й провокаційну воєнну дію. Результат такого протистояння, вважає А. Д'Амато, передбачуваний: держава D все-таки поступиться. Така поступка змінить усталену міждержавну практику й приведе до формування нової міжнародно-правової звичаєвої норми, що забороняє відмовляти в правосудді іноземцям. Отже, силове протистояння — це і є міждержавна практика, яка формує норми міжнародного звичаєвого права, в тому числі у сфері захисту прав людини<sup>1</sup>.

На нашу думку, приклад, запропонований А. Д'Амато, вказує саме на недоліки, а не на переваги суто міждержавного підходу до процесу формування міжнародно-правових звичаїв, особливо в сфері захисту прав людини. Свої висновки вчений робить на основі дипломатичного

<sup>1</sup> Див.: *D'Amato A. Op. cit.* – P. 82–88.

протистояння двох країн і не звертає увагу на глибинні причини конфліктної ситуації, які, уявляється, полягають у такому.

Держава (у цьому випадку держава С) з самого початку намагається вирішити питання, для якого ні вона, ні її опонент (держава D) ще ментально не дозріли. Якщо події, про які пише А. Д'Амато, відбуваються в ті часи, коли сама проблема захисту прав людини ще й близько не піднімалася, дике ставлення до своїх та іноземців не могло засуджуватися в принципі. І разове врятування будь-кого кардинально не змінило б існуючу практику й тим більше не стало б першим етапом формування нового міжнародно-правового звичаю. Це було б винятком, який тільки підтверджував правило.

Для того щоб стати прецедентом для формування міжнародно-правової звичаєвої норми, факт повернення п. Р у державу С із держави D повинен був одержати правову оцінку (визнання) з боку обох держав. А зробити це вони могли б тільки тоді, коли кожна з них мала б досить зрілі уявлення про необхідність захисту прав людини. Вони сприяли б ясному розумінню суті проблеми, оскільки сторони «говорили б однією мовою». Силовий же тиск може зіграти вирішальну роль для разової видачі іноземного громадянина, але навряд чи він сприяв би закріпленню практики, визнанню її юридично обов'язковою, принаймні, з боку держави, змушеної поступитися.

На відміну від норм міжнародних договорів, у створенні яких позиція й конкретні дії державного апарату відіграють безпосередню й вирішальну роль, процес формування міжнародно-правових звичаїв піддається впливу численних недержавних чинників, серед яких важливе місце посідають ідеальні уявлення про право, що існують у тому чи іншому суспільстві. Йдеться насамперед про наявність у різних народів найбільш загальних уявлень про добро й зло, справедливість й несправедливість, правду й неправду, які формуються головним чином у недержавному середовищі у вигляді певних моральних імперативів. На процес їх створення завжди впливали й окремі особистості (наприклад, видатні філософи, юристи, письменники, політичні діячі) і всілякі організації (церква, професійні асоціації, політичні партії), що об'єднують людей залежно від їх життєвих інтересів і потреб.

Роль держави у формуванні моральних норм є досить складною. З одного боку, вона у своїх інтересах завжди й скрізь у будь-які способи намагалася й намагається впливати на зміст цих норм. Але, з другого боку, ситуативність, притаманна політичній природі державної влади, у принципі не дозволяє виробити стійкі моделі соціальної поведінки,

якими є норми моралі. Тому в більшості випадків роль держави зводиться до явного або мовчазного визнання й використання цих норм.

Сучасне міжнародне право з нормами моралі має найтісніший зв'язок. Випробування, що випали на долю людства в першій половині ХХ ст., змусили говорити про життєво важливу необхідність формування такого міжнародного права, яке матиме у своїй основі загальнолюдські моральні цінності<sup>1</sup>. Для доктрини це означало нове, більш глибоке проникнення в ідеї природного права. В основу нової шкали міжнародно-правових цінностей були узяті права людини, покликані забезпечувати кожному мешканцю Землі необхідні умови для його фізичного існування й самореалізації. Але, що найголовніше, правам людини вперше було відведено роль *критеріїв легітимації*<sup>2</sup>.

Питання про захист прав людини на міжнародному рівні викликало у доктрині дискусію про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб (індивідів), а також міжнародних неурядових організацій і транснаціональних корпорацій. Результати дискусії мають до досліджуваної теми пряме відношення. Залежно від визнання або, навпаки, невизнання за фізичними особами й зазначеними недержавними організаціями якості міжнародної правосуб'єктності, може бути вирішене питання про визнання або невизнання характеру міжнародно-правових за відносинами, що формуються за їх участю.

У вітчизняній доктрині міжнародного права питання про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб ще вимагає всебічного розгляду. Не заглиблюючись в аналіз проблеми, зазначимо, що ті деякі позитивні зміни, які вже наявні, поки що не мають міцної світоглядної основи. Міжнародна правосуб'єктність фізичних осіб постає як щось, із чим у сучасних умовах уже важко сперечатися (тобто як якийсь очевидний факт, що характерно для позитивного мислення). Найпоширенішу в цей час аргументацію про міжнародну правосуб'єктність фізичних осіб можна виразити словами українського вченого О. Тарасова: «Міжнародна практика все частіше доводить, що індивід має міжнародні права та обов'язки. Фізична особа має право звертатися в позасудові (Комітет з прав людини, Комісія з прав людини та ін.) та судові (Європейський суд

<sup>1</sup> Дослідження другої половини ХХ ст., дозволили багатьом вченим зробити висновки про існування універсальних моральних норм, притаманних усім сучасним людським цивілізаціям (див.: *Wilson J. Q. The Moral Sense.* – N. Y., USA: The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., 1993. – P. 1–26; *Буроменский М. В. Политические режимы государств в международном праве.* – X., 1997. – С. 30).

<sup>2</sup> Див.: *Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления.* – X., 2002. – С. 219.

з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини) міжнародні органи за захистом своїх прав. Фізична особа може нести міжнародну кримінальну відповідальність за вчинення міжнародних злочинів»<sup>1</sup>.

На наш погляд, наявність міжнародних прав і обов'язків сама по собі є не умовою визнання фізичних осіб суб'єктами міжнародного права, а навпаки — наслідком такого визнання.

Формування правовідносин починається із найбільш елементарного рівня — рівня міжособистісного спілкування. Одна людина, визнаючи іншу, тим самим показує, що вона сприймає її як таку ж саму живу істоту, що володіє аналогічними життєвими потребами, а відтак, і правами на їх задоволення. Тому визнання (акт визнання), по суті, створює право, робить право можливим. Визнання є первинним стосовно виникнення прав і обов'язків, а не навпаки. Той, хто визнає, ототожнює себе з тим, кого визнають. Він як би порівнює себе з ним. Таке порівняння й стає основним елементом, що формує правове мислення й абсолютизує вимогу справедливості як рівне ставлення до себе подібного<sup>2</sup>. Таким чином, визнанням правосуб'єктності індивіда забезпечується існування й захист не тільки його прав, а й самого права. Визнання має правоохоронне значення.

Життєва потреба людини у володінні правами, які закономірно відносять до невід'ємних, має яскраво виражений публічний характер. Усі люди повинні мати ці права, причому не тільки в рамках будь-якої окремо взятої держави або суспільства, а в масштабах усього світу. Отже, визнання правосуб'єктності індивіда в міжнародному праві є таким же первинним та необхідним елементом, що зумовлює наділення людини міжнародними правами й обов'язками та передбачує у деяких випадках настання міжнародно-правової відповідальності (міжнародна кримінальна відповідальність індивідів за міжнародні злочини). Зрештою, визнання міжнародної правосуб'єктності фізичних осіб є необхідною умовою існування самого міжнародного права. Преамбула Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. починається із вказівки на те, що «визнання гідності, властивої всім членам людської родини, та рівних і невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості й загального миру».

Питання не в тому, хто є носієм міжнародних прав і обов'язків (держави, міжнародні організації чи фізичні особи), а в тому, який їх характер: публічно-правовий або приватноправовий.

<sup>1</sup> *Тарасов О. В.* Суб'єкти міжнародного права // Міжнародне право: Навч. посіб. / За ред. М. В. Буроменського. – К., 2005. – С. 42.

<sup>2</sup> Див.: *Максимов С. И.* Вказ. праця. – С. 239, 240.

Як у вітчизняній, так і в іноземній доктрині міжнародного права ці поняття тлумачаться переважно в одному ключі: «публічний» — як синонім слова «державний», «приватний» — як синонім слова «особистий». Відповідно міжнародне публічне право регулює відносини між державами<sup>1</sup>, а міжнародне приватне право — між фізичними й юридичними особами, ускладнені іноземним елементом<sup>2</sup>, або, як уточнюють деякі вчені, відносини, пов'язані із двома або більше правопорядками<sup>3</sup>. Такий поділ значною мірою є наслідком впливу аналогічного поділу права на публічне й приватне, який прийнятий у внутрішньодержавних правових дисциплінах і насамперед у загальній теорії держави і права<sup>4</sup>.

Враховуючи обмежені рамки цієї статті, зупинимося лише на декількох моментах.

По-перше, поділ права на публічне й приватне є досить умовним, що широко визнане серед фахівців<sup>5</sup>. Виникнувши більше двох тисячоріч тому у давньому римському праві, воно було покликано слугувати одним із способів вивчення права і не свідчило про його суворий поділ на дві самостійні галузі<sup>6</sup>.

По-друге, навряд чи до міжнародного права підійдуть всі критерії розмежування на публічне й приватне, які висуваються у внутрішньодержавному праві. Так, М. Сібільов зазначає: «Не є випадковим той факт, що право об'єктивно поділяється на дві сфери і існують саме два методи правового регулювання суспільних відносин: метод субординації, при якому регулювання здійснюється на владно-імперативних засадах, та метод координації, при якому правове регулювання здійснюється на

<sup>1</sup> Наприклад, В. Буткевич зазначає, що «під предметом міжнародного права розуміють особливий вид соціальних відносин – міжнародні відносини, що мають міждержавний характер» (*Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В.* Вказ. праця. – С. 25).

<sup>2</sup> Див., напр.: *Луц Л. А.* Курс международного частного права: В 3 т. – М., 2002. – Т. 1. – С. 26–28; *Международное частное право: современные проблемы.* – М., 1994. – С. 83; *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: Учеб.-практ. пособ. – Х., 2003. – С. 10.

<sup>3</sup> Див.: *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. – М., 2002. – С. 43; *Степанюк А.* Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання. – Х., 2005. – С. 70–72.

<sup>4</sup> Див., напр.: *Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина.* – Х., 2002. – С. 262–264.

<sup>5</sup> Див.: Там само. – С. 264.

<sup>6</sup> Див.: *Сібільов М.* Загальна характеристика сфери приватного права // *Вісник Академії правових наук України.* – 2001. – № 2. – С. 123.

диспозитивних засадах. Метод субординації характерний для сфери публічного права, тоді як метод координації — для сфери приватного права»<sup>1</sup>. Застосування даних методів, на думку вченого, зумовлено відмінностями в характері регулювання відносин: «Якщо сфера приватного права характеризується децентралізованим регулюванням, то сфера публічного права — централізованим регулюванням відносин»<sup>2</sup>. На наш погляд, не вимагає особливих доказів твердження про те, що даний критерій поділу права на публічне й приватне, запропонований М. Сібільовим як основний, не може бути застосований до міжнародних правовідносин, які за своєю природою є децентралізованими.

По-третє, поняття «публічне» має досить широке тлумачення, особливо якщо підходити до нього із природно-правових позицій. В українській загальнотеоретичній науці вперше таку спробу здійснив П. Рабінович. За основу поділу права на публічне й приватне він взяв потребовий підхід, що «полягає у виявленні соціальної сутності (природи) будь-яких соціальних феноменів через з'ясування їх ролі, їх значення у задоволенні різноманітних реальних потреб тих або інших суб'єктів соціально неоднорідного суспільства»<sup>3</sup>.

Один з основних підсумків роботи П. Рабіновича полягає в тому, що «будь-яке публічне право не можна ототожнювати із правом державно-юридичним (внутрішнім чи міжнародним): існує природно-публічне право й існує державно-публічне право»<sup>4</sup>. Сфера дії публічного права визначається публічними інтересами, які вчений визначає як «усвідомлені інтереси усього суспільства (що адекватно відображають його загальні потреби) як системної єдності, цілісності»<sup>5</sup>. Причому задоволення публічних інтересів означає одночасно й задоволення «однакових або схожих, індивідуальних інтересів членів суспільства»<sup>6</sup>. З огляду на це, власне до приватних П. Рабінович відносить інтереси, задоволення яких не зачіпає безпосередньо інших суб'єктів. У першу чергу це інтереси, що задовольняються власними інтелектуальними діями і не проявляються ззовні (наприклад, «виключно внутрішнє, духовне, необ'єктивоване сповідання певної віри»<sup>7</sup>), а в другу — це інтереси, які хоча й задоволь-

<sup>1</sup> Сібільов М. Вказ. праця. — С. 131.

<sup>2</sup> Там само. — С. 132.

<sup>3</sup> Рабінович П. Приватне й публічне у природному праві та законодавстві // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 3. — С. 5.

<sup>4</sup> Там само. — С. 9.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Там само. — С. 10.

<sup>7</sup> Там само. — С. 8–9.



няються фізичними діями, але теж не мають публічного характеру (наприклад, написання художнього твору для задоволення власних потреб)<sup>1</sup>.

Звичайно, концепція П. Рабіновича ще потребує переконливих доказів. І він сам погоджується із цим. Разом з тим, на нашу думку, вона набагато точніше відповідає очевидним змінам, що відбуваються в міжнародно-правовому регулюванні міжнародних відносин, які вже давно вийшли за рамки суто міждержавних. Адже є очевидним, що інтереси народу, який мешкає в рамках тієї або іншої держави, можуть поширюватися далеко за її кордони. Публічні потреби (інтереси) можуть бути найрізноманітнішими.

Насамперед слід вказати на інтереси, які мають загальний характер. У першу чергу до них належить захист фундаментальних прав і свобод людини. Після Другої світової війни людство усвідомило їх першорядну значущість для встановлення й підтримання міжнародного миру й безпеки. Прикладом цьому може слугувати діяльність Ради Безпеки ООН, яка з моменту утворення в переважній більшості випадків констатувала наявність погрози *міжнародному* миру й безпеці у зв'язку із внутрішньодержавними ситуаціями, в яких масово порушувалися фундаментальні права й свободи місцевого населення<sup>2</sup>. Експерти Міжнародної комісії з питань втручання і державного суверенітету, створеної в рамках ООН, у своїй доповіді 2001 р. відзначали, що «переважна більшість сьогоднішніх збройних конфліктів є внутрішніми, а не міждержавними»<sup>3</sup>.

Зміна акцентів у питаннях міжнародної безпеки надала нове бачення концепції державного суверенітету. Сучасні держави стали набагато більш відкритими для критики за свою як зовнішньополітичну, так і внутрішньополітичну діяльність. Це означає, що предметом оцінки стала діяльність не тільки державних органів зовнішніх зносин, а й будь-яких органів державного управління та національної судової системи, оскільки «ключем до реального додержання прав людини залишаються національне законодавство і практика»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Рабінович П. Вказ. праця. – С. 9.

<sup>2</sup> Див., напр.: Довгань Е. Обязательность резолюций Совета Безопасности ООН в контексте принципа невмешательства во внутренние дела государств // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2004. – № 1. – С. 3–10.

<sup>3</sup> Ответственность по защите: Доклад Международной комиссии по вопросам вмешательства и государственного суверенитета (декабрь 2001 г.). – ООН, 2001. – С. 13.

<sup>4</sup> Там само. – С. 15.

Крім державних органів, у центр уваги попадає діяльність інститутів громадянського суспільства, насамперед неурядових організацій. Традиційно вони виконують роль виразників інтересів широких верств населення й тому мають авторитет у внутрішніх відносинах демократичних країн.

Наслідки змін у поглядах на сутність державного суверенітету мають пряме відношення до процесу формування міжнародно-правових звичаїв. Внутрішньодержавні відносини, що попадають у сферу інтересів міжнародного співтовариства, незалежно від того, хто є їх суб'єктами, повинні братися до уваги для підтвердження існуючих і встановлення звичаєвих норм міжнародного права, що створюються. Дана позиція вже має прихильників в іноземній доктрині. Так, А. Робертс переконана, що «у зв'язку зі змінами сутності міжнародного права міждержавна практика повинна скоріше включати внутрішньодержавну («intrastate») практику, ніж просто міждержавну («interstate») взаємодію»<sup>1</sup>. Дж. Мертус вважає, що в умовах міжнародного громадянського суспільства, що формується, вже не є сучасним твердження про створення міжнародно-правових звичаїв тільки на основі практики держав. Зміцнення і розвиток неформальних зв'язків між громадянами й організаціями різних країн завдяки новітнім засобам зв'язку веде до посилення впливу неурядових організацій на міжнародну звичаєву практику<sup>2</sup>. Разом з тим Дж. Мертус визнає, що вплив неурядових організацій на формування міжнародного звичаєвого права ще значно слабкіший, ніж вплив держав. Але це не заважає їм брати активну участь у визначенні соціального змісту цих норм<sup>3</sup>.

Слід погодитися з тим, що роль неурядових організацій, як і комерційних компаній, у становленні міжнародно-правових звичаїв у сфері міжнародної безпеки, у тому числі у новому — «гуманітарному» — вимірі, порівняно із державами ще не велика. Хоча деякі зміни, що підсилюють їх вплив, уже спостерігаються. Як приклад можна послатися на деякі рішення Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії. У п. 108 рішення в *справі Тадіча* від 2 жовтня 1995 р. трибунал вказав на дії Міжнародного Комітету Червоного Хреста (МККК) як один з чинників, що веде до формування міжнародно-правових звичаїв, а в п. 109 обґрунтував свою позицію. Її суть зводиться до визнання надзвичайно активної ролі цієї міжнародної неурядової організації в «сприянні розвитку, імпле-

<sup>1</sup> Roberts A. E. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation // American Journal of International Law. – October 2001. – Vol. 95. – No. 4. – P. 777.

<sup>2</sup> Див.: Mertus J. Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application // New York University Journal of International Law & Politics. – 2000. – Vol. 32. – No. 2. – P. 562.

<sup>3</sup> Див.: Op. cit. – P. 560–562.

ментації й поширенню міжнародного гуманітарного права»<sup>1</sup>. У п. п. 45–80 рішення по справі *Шиміча* від 27 липня 1999 р. трибунал установив норму міжнародного звичаєвого права, що дозволяє МККК зберігати в таємниці джерела конфіденційної інформації, отриманої його співробітниками під час виконання своїх службових обов'язків<sup>2</sup>.

Разом з тим, якщо на міжнародні відносини дивитися ширше, роль неурядових організацій і бізнесу, особливо великого, виявиться не такою ж і незначною. Добре відомо впливове становище, яке займають неурядові організації із приводу питань, що на сьогоднішній день традиційно належать до предмета регулювання міжнародного публічного права — захист національних, етнічних, мовних та релігійних меншин, біженців. Але не тільки щодо них. Позиції не тільки міжнародних, а й національних неурядових організацій, сформованих за професійними ознаками, можуть впливати на застосування норм міжнародних договорів. Прикладом цього може слугувати рішення Європейського Суду з прав людини по справі *Гудвін проти Сполученого Королівства* від 30 вересня 1995 р., який обґрунтував існування норми, що дозволяє журналістам тримати в таємниці джерела своєї інформації, посилаючись серед іншого на кодекси професійної (журналістської) поведінки, що існують в державах-членах Ради Європи (п. 39 цього рішення<sup>3</sup>). На нашу думку, ця норма є міжнародно-правовим звичаєм, що доповнює договірну норму, яка закріплена в ст. 10 Європейської конвенції з прав людини 1950 р. (свобода вираження поглядів).

Загальновідома провідна роль транснаціональних корпорацій у формуванні норм міжнародного ділового співтовариства — *lex mercatoria*<sup>4</sup>. Серцевину *lex mercatoria* становлять правові звичаї міжнародної торгівлі, питання про правову природу яких ще є спірним. У зарубіжній юридичній літературі існують думки на користь ототожнення правових звичаїв міжнародної торгівлі з міжнародно-правовими звичаями. Так, деякі авторитетні західні науковці вказують на випадки, коли арбітражні суди при встановленні міжнародних звичаєвих норм,

<sup>1</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a «Dule»*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, No. IT-94-1-AR72 (2 October 1995) // <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>.

<sup>2</sup> Див.: *Prosecutor v. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic and Simo Zaric*, Decision on the Prosecutor Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness, No. IT-95-9-PT (27 July 1999) // <http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/90727EV59549.htm>.

<sup>3</sup> Текст рішення по справі *Goodwin v. The United Kingdom (30 September 1995)* див. на вебсайті ЄСПЛ: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>4</sup> Див.: *Мережко А. А. Lex mercatoria: теорія і принципи транснаціонального торгового права.* – К., 1999. – С. 64–68.

що регулюють відносини в галузі нафтового бізнесу, враховували поведінку приватних нафтових компаній<sup>1</sup>. В українській доктрині тільки останнім часом з'явилися спеціальні дослідження на цю тему<sup>2</sup>.

В цілому ж, на нашу думку, як публічні у принципі повинні розглядатися правовідносини, що зачіпають будь-які більш-менш стабільні інтереси різних груп населення. Це можуть бути інтереси підприємців і трудящих, спортсменів і захисників довкілля, вчених і діячів культури. Можна повністю погодитися з Ж. Тускозом, який стверджує, що «держава не є ні єдиним, ні, можливо, найкращим суб'єктом розподілу повноважень у міжнародному суспільстві. Насправді міжнародна спільнота — це не «похмура міжнародна рівнина», «горизонталь», в якій держави протистоять одна одній або намагаються встановити більш-менш стійку рівновагу. Міжнародне суспільство являє собою ... багатомірну площину: вона складається з безлічі різноманітних членів, які вступають у дуже різноманітні взаємовідносини, і ці відносини регулює міжнародне право»<sup>3</sup>.

На підставі викладеного можна зробити висновок про те, що суверенні держави є не єдиними суб'єктами — учасниками процесів формування міжнародно-правових звичаїв. Поряд з ними в міжнародному звичаєвому нормоутворенні беруть участь фізичні особи, міжнародні й національні (локальні) неурядові організації, підприємницькі компанії, тобто всі ті, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання. Науковою підставою для розширення кола учасників процесів формування міжнародно-правових звичаїв є застосування природно-правової теорії до розуміння природи міжнародного права у цілому і до тлумачення поняття «публічний» у міжнародному праві зокрема. Ця тема потребує подальших більш глибоких досліджень для розкриття можливостей і форм впливу кожних із перелічених суб'єктів на процеси формування звичаїв міжнародного права.

*Надійшла до редколегії 13. 03. 06*

<sup>1</sup> Див.: *Нуен Куок Динь, Дайе П., Пеле А.* Международное публичное право: В 2 т. — Т. 1: Кн. 1.: Формирование международного права; Кн. 2.: Международное сообщество / Пер. с франц. — К., 2000. — С. 196.

<sup>2</sup> Див.: *Щокіна О. О.* Історія виникнення та розвитку звичаїв міжнародної торгівлі // Український часопис міжнародного права. — 2004. — С. 98–105; *Щекина Е. А.* Регулятивная функция обычаев международной торговли // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2004. — Вип. 66. — С. 194–198; *Щекина Е. А.* Обычай и обыкновение в международной торговле: соотношение понятий // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 12. — С. 84–86.

<sup>3</sup> *Тускоз Ж.* Міжнародне право: Підручник. / Пер. з франц. — К., 1998. — С. 6–7.

# ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

---

*І. Спасибо-Фатсєва*, член-кореспондент  
АПрН України

## **Венчурний капітал і венчурні компанії як основа перетворень інноваційного середовища в Україні**

При аналізі проблем «інноваційної дірки» в економіці України, їх численних економічних, психологічних, соціальних, правових та інших аспектів виявляється багато причин об'єктивного та суб'єктивного порядку, що привели до такого разюче жакливого стану інноваційної діяльності. «Глухий кут», в якому опинилася Україна, напевно, потребує масштабних зусиль, щоб із нього вийти. Про всі ці зусилля можна багато говорити, навіть виходячи з тих намагань, які містяться в програмах вищих органів нашої державної влади, але практично не змінили ситуацію, аби хоча б помітити позитивні тенденції в цьому питанні. Для цього також є вельми значні причини, які так само підлягають виявленню та врахуванню і стосовно яких можна написати не один трактат. Утім, з огляду на обмежений обсяг статті, зазначу лише деякі з них.

По-перше, відсутність програмного підходу й настрою соціальних і державних верств на тотальну зміну ситуації в інноваційному бізнесі. По-друге, що впливає з першого і є його характерним наслідком, — постійні коливання держави від одного заходу до іншого, від підтримання до скасування (наприклад, пільг для технопарків), що демонструє відсутність постійної державної платформи в цих питаннях. По-третє, що тісно пов'язане з першими двома як причинно-наслідкове середовище, — це законодавча недосконалість регулювання інноваційної діяльності, про що нема чого навіть дискутувати. Це глобальні аспекти.

Конкретніше ж причини проблем в інноваційній сфері пов'язані з відсутністю джерел фінансування і непродуманістю структури, яка б забезпечувала приток капіталу для цього. Гадаю, що всі інші негаразди гніздяться навколо цього. Це і «відплив мозків» за кордон, і застарілість

основних фондів, і невикористання високого потенціалу академічної науки та дослідників інших закладів.

Отже, якщо задатися метою відповісти на питання про те, де взяти кошти для підтримання українських інновацій, враховуючи дефіцит державного бюджету, то іншої відповіді, ніж «залучення приватного капіталу», бути не може. Тобто, існують лише два антиподи: державний та приватний капітали. Якщо першого бракує, то допоможе другий. Це не важко зрозуміти.

Проблема фінансування супроводжує абсолютно всі розпочинання, вона виявляється у всіх діях, що існують у майнових відносинах. І це природно, бо за відсутності коштів неможливо нічого придбати, щось зробити, щось вдосконалити. Потреба в коштах для будь-якої діяльності задовольняється за рахунок або позикового капіталу (банківського, дружнього, вексельного тощо), або інвестиційно-пайового<sup>1</sup>. З огляду на те, що інноваційну діяльність умовно можна звести до девізу «пан або пропав», не багато знайдеться бажаючих взяти участь у «розкручуванні» бізнесу, особливо враховуючи, що він базується на ідеях, які не всі можуть сприйняти та які зазвичай виходять від творців — людей своєрідних внаслідок захоплення своїми ідеями і таких, що не завжди усвідомлюють їх реальність. Тому банківська підтримка наближається до нульової відмітки.

Великий корпоративний капітал частіше фінансує наукові розробки та їх впровадження, але, як правило, для свого інтересу (іноді навіть для того, аби викупити результати нових наукових досліджень, щоб їх не запроваджувати у виробництво для запобігання більшим втратам), хоча вагомою причиною зацікавленості у венчурній програмі є й диверсифікація бізнесу як захист від можливого зниження доходів від основної діяльності компанії.

Трапляються й бажаючі ризикувати в такий спосіб серед приватних осіб, які вкладають таким чином свої кошти, очікуючи прибутків. Ця діяльність навіть набула поширення (як за радянські часи існували «чорні маклери», які займалися обміном житла), а ті, хто працює в цій сфері, стали з подачі англійців та американців іменуватися «бізнес-яголи» (business angels). Але про них слід вести окрему розмову. На

<sup>1</sup> Термін, правда, не дуже вдалий, однак його застосування викликане надто широким розумінням інвестування, під яке можна підвести і позичальні відносини. Тобто, аби розмежувати останні від інвестування на підставах спільної участі у ризиках, або у виробництві, або ще іншим шляхом, і пропонується розуміння інвестиційно-пайового капіталу. До того ж, це ув'язується з поняттям акції як пайового цінного паперу (ст. 195 ЦК України).

сьогодні вже усталеними на Заході стали джерела формування інвестиційних коштів також від інвестиційних інститутів (corporate investors), пенсійних фондів (звичайно, недержавних), страхових компаній, а також різних урядових агенцій та міжнародних організацій.

А тепер слід відповісти на інші питання: як зацікавити приватного інвестора до вкладення коштів в інновації, які шляхи залучення його капіталу? Знов-таки починаючи від простого міркування, слід виходити насамперед з інтересу. Який інтерес допоможе спромогтися приватній особі (як юридичній, так і фізичній) віддати гроші? Безумовно, матеріальний і до того ж такий, який би спонукав до цього більше, ніж до інших способів вкладання своїх коштів. Це може бути лише підвищений прибуток від вкладень, причому настільки підвищений, що породжував би нестерпне бажання його одержати (десь на порівняння з лотереєю або казино). Мабуть, тому це і зветься «венчурний» бізнес (від англ. *venture* — «ризиковане підприємство або починання». Іноді його йменують навіть «авантюрний»).

Зрозуміло, що обіцянка сплатити високий доход на вкладення має супроводжуватися певними застереженнями, адже для його сплати цей доход має бути одержаний і причому в такому обсязі, щоб вистачило на всі витрати, майбутній розвиток та виплати інвесторам. Це може бути лише за умов, якщо на ринок виводиться така продукція, яка користуватиметься підвищеним попитом, налагодиться її оборотоздатність, завдяки чому швидко окупляться вкладення і буде одержаний доход. В основі випуску такої продукції, безумовно, лежать нові технічні рішення (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, *no-u-xau*). Ці нововведення мають бути промислово придатними, тобто, крім такої їх властивості, має бути наявним той об'єкт, який стане місцем докладення зусиль щодо втілення нового технічного рішення у виробництво. Нарешті, оскільки все це базується на інтелектуальному продукті, то його введення до промислової сфери доведе, чи вірним уявлялося все винахіднику, чи він помилявся. В останньому разі очікувати доходів не доводиться, і навіть вкладення не будуть повернуті. Та й при позитивному результаті впровадження інтелектуального продукту, його виведення на ринок супроводжують численні труднощі, пов'язані з ринковими структурами, розподілом ринку, конкуренцією тощо. Тобто, існують чимало чинників, які заважають доведенню інтелектуальних наробок до їх логічного завершення — налагодження масового випуску продукції. Все це і становить ризик, який надзвичайно високий у сфері інновацій. Вкладаючи кошти в неї, інвестори ризикують їх не повернути, але у разі

позитивного шляху інвестування очікувані результати переходять всі межі розумного і можуть сягати й 2000% прибутку на вкладені кошти.

Ризик великий, але привабливість віддачі і є тим важелем, який допомагає прийняти рішення про венчурне фінансування. Приклади успішного вкладення коштів в абсолютно нові виробництва під абсолютно нові ідеї вражають. Це і Fairchild Semiconductors — пращур усіх напівпровідникових компаній Силіконової долини, після якої в її основоположника Артура Рока були ще всесвітньо відомі Intel та Apple Computer. Це і втілення працівником компанії «Hewlett-Packard» лазеру з газовою накачкою. Приклади можна продовжувати, але яскравою демонстрацією дієвості венчурних вкладень є показники фонду, створеного тим же Артуром Роком, який продовжував широко втілювати інновації. Результати діяльності цього фонду були приголомшуючими: використання 3 млн. доларів через деякий час повернулося з таким прибутком, який становив 90 млн. доларів, які і були повернуті інвесторам.

Отже, спостерігається такий ланцюг: (а) творець (винахідник тощо); (б) промислове підприємство, на якому можливо втілення нових інтелектуальних об'єктів; (в) інвестори, готові віддати кошти для цього. При цьому слід враховувати рух коштів, рух товарів і рух інтелектуальних продуктів, які слід зафіксувати у певній правовій формі для належного рівня охорони прав учасників відповідних відносин і створення механізмів запобігання ризикам. Тоді вже можна говорити про структуру, яка б опосередковувала ці зв'язки.

Які на сьогодні чинне українське законодавство надає можливості для опрацювання такої структури? Практично мінімальні. Це передусім класичний шлях внесення прав на результати інтелектуальної власності до статутних капіталів господарських товариств. Ця схема більш-менш опрацьована на рівні наукових статей і навіть монографій<sup>1</sup>. Втім, вона не розв'язує проблему інновацій, оскільки фактично все нормативно-правове регулювання, наукові наробки та дійсність доводять, що участь інтелектуальним продуктом у господарських товариствах переслідує мету формування статутного капіталу, а не впровадження об'єкта права інтелектуальної власності у виробництво. Інакше кажучи, такий вклад вноситься учасником поряд із майновими та грошовими вкладками для розпочинання товариством діяльності, але не такої, яка б саме і поляга-

<sup>1</sup> Див.: Атаманова Ю. Участие в хозяйственных обществах правами промышленной собственности: правовые проблемы передачи инновационного продукта. – Х., 2004; Погуляев С. Ю. Передача технологий как вклад в простое товариство: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Х., 2002.



ла у промисловому застосуванні інтелектуального вкладу, для чого, власне, і мало б створюватися таке товариство. Тобто, діяльність створюваного товариства, як правило, не стосується інноваційної сфери. В кращому разі, при її здійсненні можуть втілюватися у технологію або виготовлення продукту інтелектуальні права, передані учасником, але це все, на що здатні звичайні господарські товариства, які й не ставлять перед собою іншої мети.

Між тим питання полягає в такому: як створити структуру, призначену і придатну саме для фінансування інноваційної діяльності? Розробок цих проблем в Україні практично не існує. Цікаво, що в свій час я присвятила цій тематиці свою кандидатську дисертацію, в котрій намагалася винайти ті форми, які б допомогли вирішити це завдання. Тоді, коли я її починала писати (кінець 80-х років) ХХ ст. іншої форми, ніж кооператив, не було, тому я запропонувала використати форму науково-виробничих кооперативів як організаційно-правову форму залучення венчурного капіталу<sup>1</sup>. Зрозуміло, що пропозиції того часу нині видаються найвнішими, оскільки в кооперативній формі залучити необхідний капітал для інвестування в інноваційний розвиток неможливо. Тому дивує те, що через дванадцять років знов висувається така сама пропозиція<sup>2</sup>, адже немає ніякого сумніву в тому, що такий шлях є неприйнятним, що і довів час, за який така форма венчурного бізнесу не застосовувалася на практиці. Щодо інших бачень «організаційно-правових форм такого роду діяльності»<sup>3</sup>, якими пропонується вважати акціонерні товариства (АТ) та товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ), то фактично дисертація з актуальнішого питання, присвяченого тематиці венчурного бізнесу, зводиться до звичайного аналізу зазначених видів господарських товариств. Головне ж питання, як саме побудувати венчурний бізнес, використовуючи форму господарських товариств (бо іншого не дано), залишилося відкритим.

Аби надати прийнятну відповідь на це питання, слід постійно тримати на увазі те, що є основоположним для венчурного бізнесу, — залучення капіталу. Враховуючи наведене вище про ризиковий характер вкладень, треба також пам'ятати, що фінансування нововведень не ґрунтується на гарантіях, не забезпечується заставою.

Звичайно, цьому відповідає форма насамперед АТ, а також, можливо, ТОВ. Саме вони є об'єднаннями капіталу (а АТ — передусім залу-

<sup>1</sup> Див.: *Спасибо И. В.* Право граждан на объединение в научно-производственные кооперативы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1991.

<sup>2</sup> Див.: *Жорнокуй Ю. М.* Правове регулювання венчурного підприємництва (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – С. 4, 9.

<sup>3</sup> Там само.

ченням значного капіталу), учасники яких несуть ризик збиткової діяльності товариства. Проте організаційна форма, в якій здійснюється інноваційна діяльність, не обов'язково має бути у зазначених формах. Абсолютно не виключається й форма командитних товариств, у яких вкладники не беруть участі в управлінні, а лише фінансують їх діяльність. Часто говорять про інноваційні фонди, але в деяких країнах під терміном «фонд» (fund) розуміють частіше за все асоціацію партнерів, яка навіть не є юридичною особою.

Однак передача коштів для інноваційної діяльності шляхом створення АТ або ТОВ не виключає ще одного звичайного способу залучення капіталу — інвестиційного кредиту (як правило, середньостроково — 3–7 років) з невисокою відсотковою ставкою.

Існує також комбінована форма венчурного інвестування, при якій одна частина коштів вноситься в акціонерний капітал, а друга — надається в формі інвестиційного кредиту. Можливо також надання позики, що через певний час може конвертуватися в акції.

Отже, як бачимо, визначення організаційної форми венчурного бізнесу ще не розкриває засад для нової фінансової індустрії — венчурного капіталу. Слід вказати на специфіку цих способів інвестування порівняно зі звичайними вкладками до господарських товариств.

По-перше, венчурний інвестор, як правило, не прагне встановити контроль над управлінням компанії, придбати її контрольний пакет акцій, що зазвичай спостерігається при купівлі акцій або прийнятті особою рішення про участь в ТОВ. На сьогодні за відсутності ринкових механізмів регулювання корпоративного управління тільки тримання контрольних пакетів акцій (вкладів) надає інвесторам якусь впевненість у стабільності свого становища як акціонерів. Тобто, при інвестуванні в інноваційну діяльність метою не буде доступ до управління, який, до того ж, можливий за умов внесення великих вкладень. Інвестор піклується за прибуткове вкладення коштів із прибутковою їх віддачею. Втім, це, безумовно, має супроводжуватися якимось засобами, що б забезпечували контроль з його боку.

По-друге, внаслідок зазначеного інвестор не бере на себе жодного ризику, крім фінансового. Останнього і так досить для занепокоєння, бо він має вищий ступінь, ніж звичайний ризик учасників (акціонерів) господарських товариств. Інші ризики (технічні, ринкові, управлінські, цінові тощо) несуть менеджери компанії<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Безумовно, тут слід урахувати, що це ідеальна схема, яка має бути запроваджена в Україні. Поки ж у нас взагалі ніхто не готовий нести наслідки ризиків діяльності господарських товариств, крім учасників, які вклали туди свої кошти.

По-третє, знов-таки, враховуючи наведене, для привабливості інвестування в такий спосіб, для заспокоєння інвестора і доведення серйозних намірів, бажано, щоб контрольний пакет акцій перебував у менеджерів компанії. Внаслідок цього управлінці, які вклали свій капітал під власні ідеї та знають, як його запровадити у виробництві, налагоджуючи його належний рівень, зберігають всі стимули для розвитку венчурного бізнесу.

По-четверте, засоби контролю, які мають бути доступні інвестору, що не входить до складу органів підприємця, куди були зроблені вкладення, наступні. Такі інвестори йменуються «hands-on management», або «hands-on support» («допомагати управляти, тримаючи руку на пульсі»), входять до складу Ради директорів компанії<sup>1</sup> як невиконавчий директор, що надає змогу бути присутніми на регулярних засіданнях Ради та брати участь в розробленні стратегічних рішень. Вони заслуховують доповіді виконавчих директорів компанії, які звітують перед Радою, як того вимагає статут, що означає їх доступ до інформації про рух грошових коштів компанії.

По-п'яте, венчурні інвестори не зацікавлені в дивідендах, оскільки бажано одержати більше після того, як інвестиція окупиться та стане стрімко прибутковою. (Тут доречно згадати Остапа Бендера, який, хоча й не був венчурним інвестором, зазначав, що міг би взяти частками, але йому потрібно все і одразу). Тобто, для інвесторів бажано весь прибуток товариства реінвестувати в бізнес, який від цього постійно збільшується та стає привабливішим. На цьому етапі вони продають належні їм акції, одержуючи прибуток від своїх вкладень в розпочинання такого бізнесу. Цього правила слід додержуватися, оскільки це викликано сутністю венчурного фінансування. Втім, для його дієвості в наших умовах можна застосовувати й механізм придбання простих акцій з правом голосу, але таких, що дають право на дивіденд тільки після покриття всіх інших зобов'язань компанії. Хоча це не виключає і моделі набуття привілейованих акцій без права голосу, але таких, що надають пріоритетне право на їх погашення та, можливо, й на дивіденди.

По-шосте, венчурна компанія покликана здійснювати діяльність по наданню послуг щодо пошуку підприємця, який потребує коштів для

<sup>1</sup> З огляду на вади українського корпоративного управління цей механізм може запроваджуватися у нас лише частково, але слід намагатися перейти до європейського досвіду утворення та компетенції органів АТ, в тому числі стосовно рад директорів. З цього питання див.: *Кібенко О. Р.* Сучасний стан та перспективи правового регулювання корпоративних відносин: Порівняльно-правовий аналіз права ЄС, Великобританії та України: Автореф. дис.... д-ра юрид. наук. – Х., 2006. – С. 23, 24.

розвитку, та наданню йому цих коштів. Проте, при цьому спостерігаються труднощі такого роду. Підприємницькі структури насторожено ставляться до інвестування, хоча й відчувають гостру потребу в цьому. Вони вважають, що відчуження пакета акцій дорівнює його втраті. За даними російських дослідників, лише 9% компаній готові надати венчурному інвестору блокуючий пакет. 15% згодні пожертвувати менш 25% акцій, тобто взагалі не хочуть передавати інвестору реальні важелі впливу на товариство. Інші ж компанії навіть утрудняються сказати, яку частку акцій вони можуть віддати<sup>1</sup>.

Наприкінці статті слід пояснити схему комплексного способу інвестування — через вклади до статутного (складеного) капіталу і як кредит. Застосування цього способу диктується українськими реаліями, оскільки переважна більшість господарських товариств (малого та середнього бізнесу) має виключно номінальний статутний капітал, необхідний остільки, оскільки цього вимагає закон. Тобто, ними формується лише мінімальний розмір статутного капіталу, та й той часто не сплачується у встановлений законом річний строк. Крім того, слід урахувати й те, що зі зростанням мінімальної заробітної плати не вимагається збільшувати статутний капітал, бо правило про 1250 мінімальних заробітних плат застосовується, виходячи із ставки мінімальної заробітної плати, що діє на момент створення АТ (відповідне правило при створенні ТОВ — 100 мінімальних заробітних плат). Тоді ми й маємо численні товариства з незначним обсягом статутного капіталу. В такому разі, якщо статутний капітал АТ невеликий, яким же чином вноситимуться інвестиції до нього, аби інвестор і не набув вирішального впливу, і вніс значну інвестицію? Тоді або ця компанія має збільшити статутний капітал, щоб додержатися пропорцій, але це, як правило, неможливо за відсутності в учасників коштів (інакше навіщо б їм залучати інвестора?), або переоцінити свої активи, щоб вартість активів становила гідну суму статутного капіталу.

Однак і цей шлях не часто прийнятний через значні труднощі при переоцінці, а також є досить дорогим заходом. Тому найбільш поширеним є внесення інвестицій до статутних капіталів у відповідних невеликих розмірах, аби зберегти пропорцію за домовленістю між учасниками, а решта суми, що потребується від інвестора, вноситься ним у вигляді інвестиційного кредиту під незначний відсоток річних. У подальшому цей кредит може бути конвертовано в акції або облігації до-

<sup>1</sup> Див.: Кредо венчурного капиталиста – деньги должны делать деньги // Эксперт. – 2006. – № 3(497). – 23 янв.

даткової емісії. Всі ці правові схеми ретельно опрацьовуються за домовленістю між учасниками та інвестором, оформлюються письмово і є обов'язковими до виконання. За такою схемою ризик інвестора не зменшується, адже він також ризикує не повернути свій капітал, який було вкладено як до статутного капіталу, так і у вигляді кредиту. Фактично повернення його коштів нічим не гарантовано.

Українське законодавство не містить нормативно-правових актів, що регулюють діяльність венчурних фондів і компаній, але, на мій погляд, це не заважає їх створенню, оскільки організаційно-правові форми, передбачені ЦК України, для цього застосовні, а специфіка, яка може при цьому мати місце, повинна враховуватися в установчих документах венчурних компаній. Для цього є всі підстави, і законодавство не містить жодних обмежень з даного приводу. На мою думку, не слід йти шляхом тотального і детального регулювання всіх питань, які є або можуть виникнути в дійсності. Це шлях абсолютно безперспективний. З таким інструментарієм, який закладено в ЦК України, все регулювання у разі його необхідності може бути здійснене на локальному рівні.

*Надійшла до редколегії 05. 05. 06*

**В. Тертишніков**, член-кореспондент  
АПрН України

## **Підготовка цивільних справ до судового розгляду**

Новий ЦПК України встановив принаймні три новели щодо регулювання підготовки цивільних справ до судового розгляду. По-перше, на відміну від ЦПК України 1963 р. глава 3 розділу III нового ЦПК України про підготовку справи до судового розгляду має назву «Проведення у справі до судового розгляду». Така назва цього правового інституту є доволі спірною. Проведення у структурі цивільного процесу є системою процесуальних дій, які об'єднані загальною метою судочинства і складаються з декількох етапів, стадій, як правило, з трьох.

Так, згідно з ст. 15 ЦПК в суді першої інстанції є три види провадження: позовне, наказне та окреме. Кожне з них складається з трьох стадій: відкриття справи, її підготовка до судового розгляду та судовий

розгляд. З трьох стадій складаються також апеляційне, касаційне провадження, провадження у зв'язку з винятковими та нововиявленими обставинами. Не може бути такого судового провадження, яке б складалося з стадій та проваджень. Тому видається, що така назва глави 3 розділу III ЦПК України не може змінити статус підготовки справи до судового розгляду з стадії на провадження, та й сам законодавець у цьому не є послідовним. Наприклад, відповідно до ст. 126 ЦПК зазначено, що суддя під час відкриття провадження у справі, *підготовки справи до судового розгляду* або суд під час її розгляду мають право постановити ухвалу про об'єднання в одне провадження кількох однорідних позовних вимог<sup>1</sup>.

Другою новелою є те, що новий ЦПК змінив мету підготовки справи, що існувала раніше, і встановив її нову мету. Метою підготовки справи до судового розгляду згідно з ст. 143 ЦПК 1963 р. було забезпечення своєчасного та правильного вирішення справи. Змінена мета цієї стадії за новим ЦПК (ст. 130) виглядає як забезпечення правильного та швидкого вирішення справи. Сумнівно, що таке формування мети підготовки справи є більш вдалим. Строк підготовки справи відповідно до ст. 146 ЦПК 1963 р. за загальним правилом дорівнював семи дням, а розгляду — п'ятнадцяти дням (максимально). За таких строків розгляд справи був своєчасним. За новим ЦПК попереднє судове засідання повинно бути призначено і проведено протягом одного місяця з дня відкриття провадження у справі (ст. 129), після закінчення підготовки справа має бути призначена до розгляду не пізніше п'ятнадцяти днів (ст. 156), а розглянута — протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі. З огляду на викладене, швидким розглядом справи є той, що здійснюється протягом строку не більше двох місяців, а своєчасним — протягом 22 днів.

Зазначеній меті передуює інша, яка призвела до появи попереднього судового засідання: з'ясування можливості врегулювання спору до судового розгляду. В зв'язку з цим виникають декілька проблем. Не зовсім вдалим уявляється саме формулювання мети, оскільки може здаватися, що спір у випадках, передбачених ст. 130 ЦПК, врегулюється без судового розгляду. Але це зовсім не так, бо це врегулювання здійснюється в судовому засіданні з дослідженням певних засобів доказування і додержанням чільних вимог цивільної процесуальної форми.

<sup>1</sup> В юридичній літературі іноді взагалі не звертають увагу на назву глави 3 розділу III ЦПК, а безпосередньо вказують на наявність стадії підготовки справи до судового розгляду (див.: Цивільний процес. – К., 2005. – С. 148).

Взагалі ідея припинення у справі на стадії підготовки справи до судового розгляду не є новою і може бути втілена значно простіше, а саме — шляхом надання одноособовому судді права закривати провадження у справі за умови прийняття відмови позивача від позову, визнання мирової угоди або шляхом залишення заяви без розгляду, якщо сторонами у справі укладено договір про передачу спору на розгляд третейського суду. А якщо ця пропозиція не буде прийнята законодавцем і за умов збереження інституту попереднього судового засідання, то чому б не передбачити можливість вирішувати питання про закриття провадження у справі та залишення заяви без розгляду за іншими підставами, встановленими ст. ст. 205, 207 ЦПК? Дійсно, не виглядає оптимальним цивільне провадження на стадії судового розгляду по справах, у яких після їх відкриття з'ясовується, що вони не підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства, що прийнято до провадження тотожній позов, що заяву прийнято від особи, яка не має процесуальної дієздатності, та ін. У разі прийняття такої пропозиції необхідно буде доповнити мету підготовки справи до судового розгляду метою усунення можливих порушень вимог цивільного процесуального законодавства, якщо вони були допущені при відкритті провадження у справі (п. п. 1–5 ч. ст. 122, ст. ст. 119–121 ЦПК), та перешкод подальшого розвитку процесу (п. п. 6,7 ст. 205 та ст. 207 ЦПК).

Поряд з пропозиціями щодо розширення компетенції судів на стадії підготовки справи вважаємо за потрібне, як би це не виглядало парадоксальним, висловити думку і про необхідність деякого звуження цієї компетенції. Відповідно до ч. 4 ст. 130 ЦПК, поряд із постановленням ухвал про закриття справи у випадках прийняття судом відмови від позову та визнання судом мирової угоди допускається ухвалення судового рішення у попередньому судовому засіданні у разі визнання відповідачем пред'явленого до нього позову. На нашу думку, ухвалення будь-якого судового рішення можливо лише в «основному» судовому засіданні. У попередньому засіданні, як видається, судовий розгляд є обмеженим порівняно з розглядом справи саме на стадії судового розгляду. Ці обставини впливають із змісту самої ст. 130 ЦПК.

Так, першою метою попереднього судового засідання є з'ясування можливості врегулювання спору до судового розгляду. Досягнення цієї мети регулюється ч. ч. 2–5 зазначеної статті. Якщо перша мета не досягнута, ч. ч. 6–9 ст. 130 ЦПК встановлюють порядок досягнення другої мети: забезпечення правильного та швидкого вирішення справи. Для цього необхідно: уточнити позовні вимоги або заперечення проти позо-

ву (п. 1 ч. 6); вирішити питання про склад осіб, які братимуть участь у справі (п. 2 ч. 6); визначити факти, котрі необхідно встановити для вирішення спору, які з них визнаються кожною стороною, а які — підлягають доказуванню (п. 3 ч. 6); з'ясувати, якими доказами кожна сторона обґрунтовуватиме свої доводи чи заперечення (п. 4 ч. 6); вирішити питання про витребування доказів, виклик свідків, призначення експертизи та ін. Тому дуже сумнівно, що без здійснення перелічених процесуальних дій суд має можливість ухвалити законне та обґрунтоване рішення, як того вимагає ст. 213 ЦПК<sup>1</sup>.

Деякі проблеми виникають на стадії підготовки до судового розгляду справ окремого провадження. Стосовно порядку розгляду справ окремого провадження ч. 3 ст. 235 ЦПК зазначає, що ці справи розглядаються судом з дотриманням загальних правил, встановлених ЦПК, за винятком положення щодо змагальності та меж судового розгляду. Тому підготовка справ окремого провадження має провадитись у такому ж порядку, що й справи позовного провадження. Відразу виникає питання стосовно проведення попереднього судового засідання за цими справами. Воно повинно провадитись, оскільки у ч. 7 ст. 130 ЦПК зазначено про його обов'язковість по кожній справі. Однак ч. 5 ст. 235 ЦПК вказує, що справи окремого провадження не можуть бути передані на розгляд третейського суду та не можуть бути закриті в зв'язку з укладенням мирової угоди, тобто два повноваження суду в попередньому судовому засіданні у справах окремого провадження не можуть бути здійснені. Ці повноваження: закрити провадження у справі на підставі мирової угоди та залишити заяву без розгляду на підставі договору про передачу спору на розгляд третейського суду. Більше того, з формальних підстав суд не може закрити провадження у справах окремого провадження чи винести рішення, оскільки підставами для цього, як зазначено в ст. 130 ЦПК, є відмова позивача від позову та його визнання відповідачем. Тому предметом попереднього судового засідання у справах окремого провадження можуть бути лише питання, зазначені в ч. ч. 6–9 ст. 130 ЦПК.

Вирішенню наведених проблем, на перший погляд, допомагає пояснення ч. 3 ст. 235 ЦПК про виключення дії змагальності з окремого провадження. Однак це положення є по суті доволі спірним. Окреме провадження не є безспірним, як дехто вважає, тому що в порядку цього провадження спір вирішується, але спір не про право цивільне, а про наявність факту, стану, створення умов здійснення права або підтвер-

<sup>1</sup> Може, тому Д. Луспенік зазначає, що ухвалення рішення на цій стадії процесу можливе лише при безспірному визнанні позову (див.: *Луспенік Д. Д.* Настільна книга професійного судді при розгляді цивільних справ. – Х., 2005. – С. 80).



дження наявності права (див. ч. 1 ст. 234 ЦПК). Тому невдалим вважаємо положення ч. 1 ст. 119 Сімейного кодексу України, оскільки, по-перше, вона визначає вид провадження; по-друге, встановлює позовне провадження, якщо до суду звертається один з подружжя з вимогою про встановлення режиму окремого проживання. Предмет судового розгляду не залежить від того, один чи подружжя разом звертаються до суду.

Викладене в даній статті положення вважаємо таким, що має певне значення для вдосконалення окремих норм цивільного процесуального права і практики їх застосування.

*Надійшла до редколегії 15. 02. 06*

*І. Пучковська, доцент НЮА України*

## **До питання щодо сфери застосування притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань**

Новий ЦК України вперше закріпив притримання поряд з такими видами забезпечення виконання зобов'язань, як неустойка, завдаток, порука, застава та гарантія. Запровадження законодавцем нового забезпечувального засобу породжує багато проблем, передусім теоретичного характеру. Так, багато питань виникає щодо характеру вимог кредитора, забезпечених правом притримання; умов виникнення права притримання у кредитора; можливостей учасників цивільних відносин щодо застосування притримання за договором та ін.

Метою цієї статті є дослідження можливості застосування притримання як забезпечувального засобу, запровадженого законодавцем з метою надання кредитору додаткових гарантій виконання зобов'язання боржником і захисту інтересів кредитора на випадок невиконання зобов'язання боржником щодо забезпечення вимог кредитора, у тому числі вимог, не пов'язаних з оплатою притриманої речі, відшкодуванням витрат та інших збитків.

Притримання як засіб забезпечення виконання зобов'язання, досліджували українські науковці Н. Кузнєцова і Т. Боднар<sup>1</sup>, О. Загорюль-

<sup>1</sup> Див.: Кузнєцова Н. С., Боднар Т. В. Притримання // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2005. – С. 417–418.

ко<sup>1</sup>, Т. Карнаух<sup>2</sup>, О. Сербуль<sup>3</sup>, А. Кузнецов і О. Кот<sup>4</sup>, О. Єфімов та А. Гулик<sup>5</sup>. В роботах цих авторів наведено загальну характеристику притримання як нового засобу забезпечення виконання зобов'язань, визначено умови його виникнення, права й обов'язки сторін правовідношення, підкреслено відмінності притримання від застави як схожих речових засобів забезпечення виконання зобов'язань. Питання ж щодо можливості застосування притримання для забезпечення інших (не пов'язаних з оплатою притриманої речі, відшкодуванням витрат та інших збитків) зобов'язань кредитора ними не досліджувалися. Серед російських дослідників питаннями права притримання займалися С. Сарбаш<sup>6</sup>, Б. Гонгало<sup>7</sup>, Г. Леонова<sup>8</sup>, та ін.<sup>9</sup>, але чинне законодавство РФ щодо досліджуваного питання суттєво відрізняється від українського. Між тим вірне вирішення даного питання, на наш погляд, має принципове значення для правильного розуміння притримання як нового забезпечувального засобу, встановленого законом.

Правова природа притримання зумовлена тим, що кредитор, виконавши власний обов'язок за договором і чекаючи виконання зустрічного обов'язку від боржника, має право притримати у себе річ, якою правомірно володіє на підставі укладеного між сторонами договору, до виконання боржником зобов'язання.

<sup>1</sup> Див.: *Загорулько О. А.* Притримання (§ 7 Гл. 32) // Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – С. 61–63.

<sup>2</sup> Див.: *Карнаух Т.* Притримання – новий вид забезпечення виконання зобов'язань // *Бухгалтерія*. – 2004. – № 44. – С. 65–69.

<sup>3</sup> Див.: *Сербуль О.* Притримання: правомірне володіння або порушення зобов'язання за договором? // *Юрид. журнал*. – 2004. – № 5. – С. 90–92.

<sup>4</sup> Див.: *Кузнецов А. В., Кот О. О.* Притримання // *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця*. – К., 2005. – Т. 2. – С. 114–117.

<sup>5</sup> Див.: *Єфімов О., Гулик А.* Забезпечення виконання зобов'язань // *Бухгалтерія*. – 2004. – № 44. – С. 59–64.

<sup>6</sup> Див.: *Сарбаш С. В.* Право удержання как способ обеспечения исполнения обязательств. – Изд. 2-е, испр. – М., 2003.

<sup>7</sup> Див.: *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002.

<sup>8</sup> Див.: *Леонова Г. Б.* Применение права удержания в торговом обороте // *Вестник Московского университета*. – Сер. 11. Право. – 2002. – № 1. – С. 71–90.

<sup>9</sup> Див.: *Новак Д.* Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // *Хозяйство и право*. – 2002. – № 6. – С. 102–105; *Южанин Н. В.* Проблемы удержания как способа обеспечения исполнения обязательств // *Юрист*. – 2000. – № 12. – С. 24–25; *Макаров Д. Ю.* Право удержания как новый способ обеспечения исполнения обязательств // *Там само*. – № 8. – С. 28–29.

Відповідно до ч. 1 ст. 594 ЦК кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. Це загальна норма, яка дозволяє стимулювати боржника до виконання простроченого ним зобов'язання. Крім того, ЦК містить спеціальні норми, що надають кредитору право притримати річ, якою він правомірно володіє за договором певного виду. В спеціальних нормах законодавець не лише уточнює фігуру кредитора, а й вказує, для забезпечення якого саме обов'язку боржника кредитор має право скористатися правом притримання. Так, згідно з ст. 856 ЦК якщо за договором підряду замовник не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору підряду, підрядник має право притримати результат роботи, а також устаткування, залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника, що є у підрядника. Відповідно до ч. 4 ст. 916 ЦК за договором перевезення перевізник має право притримати переданий йому для перевезення вантаж для забезпечення внесення провізної плати та інших платежів. На відміну від положень ЦК УРСР, який надавав право комісіонеру утримувати належні йому за договором комісії суми з усіх сум, що надійшли до нього за рахунок комітента, ч. 1 ст. 1019 ЦК встановлює, що комісіонер має право для забезпечення своїх вимог за договором комісії притримати річ, яка має бути передана комітентові, що відповідає природі інституту притримання.

Для з'ясування суті права притримання треба визначити функціональну спрямованість даного засобу. На нашу думку, притримання виконує перш за все забезпечувальну функцію, завдяки стимулюванню боржника до належного виконання своїх обов'язків. Аби одержати річ, боржник повинен виконати дії, що становлять зміст зобов'язання. Як слушно підкреслюється в літературі, якщо річ боржникові дійсно необхідна, то він намагатиметься виконати зобов'язання як можна швидше, аби одержати її назад<sup>1</sup>. Стимулюючий ефект притримання прямо пов'язаний з потребою боржника щодо даної речі. Суттєве значення мають її майнова й немайнова цінності для боржника, потреба в ній у процесі виробництва та ін. Стимулююче значення притримання підкреслено у законі: притримувати річ кредитор має право доти, доки відповідне зобов'язання не буде виконане (ч. 1 ст. 594 ЦК).

<sup>1</sup> Див.: *Белов В. А.* Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // *Бизнес и банки.* – 1997. – № 45(367). – С. 2.

У разі ж, якщо притримання не справило стимулюючого ефекту на боржника, вимоги кредитора задовольняються з вартості речі, яка притримується (ст. 597 ЦК). Реалізація предмета притримання, на який звернено стягнення, має на меті задовольнити інтереси кредитора (відшкодувати збитки, стягнути неустойку, відсотки, витрати кредитора на утримання речі та ін.). Захист інтересів кредитора на випадок невиконання зобов'язання боржником підкреслює виконання цим забезпечувальним засобом також захисної функції. Таким чином, право притримання виконує як стимулюючу, так і захисну функції, що дозволяє віднести притримання до найбільш ефективних забезпечувальних засобів забезпечення зобов'язань, названих законодавцем у главі 49 ЦК.

На відміну від інших засобів забезпечення виконання зобов'язань, для застосування котрих, як правило<sup>1</sup>, необхідна попередня домовленість сторін у вигляді укладення договору про певний вид забезпечення, притримання — це законний засіб забезпечення виконання зобов'язань. Законодавець надає кредитору можливість скористатися притриманням для забезпечення виконання зобов'язання боржником без попередньої домовленості сторін про це, застосувати притримання саме в зв'язку з порушенням (простроченням) зобов'язання боржником. Для виникнення права притримання не потрібно укладати договір стосовно права кредитора притримувати майно боржника, достатнім є наявність факту порушення зобов'язання. Але це не означає, що сторони позбавлені права досягти згоди щодо притримання. Однак на практиці договір про притримання укладається дуже рідко<sup>2</sup>.

Сторони у договорі про притримання можуть розширити або звузити коло підстав щодо застосування притримання; визначити певне майно, яке може бути предметом притримання; визначити певні права й обов'язки сторін, що виникають у зв'язку з притриманням; визначити види вимог, що можуть забезпечуватися притриманням; установити інші підстави виникнення права притримання; передбачити строк існування права притримання. Договором може бути передбачено також право кредитора користуватися річчю, яка притримується, та обов'язок щодо забезпечення її зберігання та ін. У договорі сторони мають право домовитися про те, що ні за яких умов у кредитора не виникає право притримання речі боржника. Тобто, завдяки договору сторони можуть змінювати положення закону щодо цього виду забезпечення виконання

<sup>1</sup> Крім договору, підставою виникнення неустойки може виступати закон, а застави – закон і рішення суду.

<sup>2</sup> Див.: *Леонова Г. Б.* Вказ. праця. – С. 72.

зобов'язань. В літературі з цього питання висловлено й іншу точку зору<sup>1</sup>, що пояснюється неоднозначним тлумаченням науковцями ст. 6 ЦК щодо застосування принципу свободи договору як одного з основних принципів цивільного права у сфері договірних відносин.

Домовленість сторін щодо притримання може бути оформлена у вигляді як спеціального застереження в основному договорі, так і окремого договору про притримання. При цьому слід мати на увазі, що, укладаючи договір про притримання, сторони повинні зробити в ньому посилання на основний договір, на підставі якого річ передається у володіння кредитора, оскільки домовленість про притримання, як і про будь-який інший засіб забезпечення виконання зобов'язання, не може існувати самостійно, без зв'язку з основним зобов'язанням. Договір про притримання є залежним від основного договору. Його дійсність пов'язана з дійсністю основного зобов'язання (вимоги) як зобов'язання акцесорного (ст. 548 ЦК).

Для виникнення у кредитора права притримання необхідна одночасна наявність таких умов: 1) притримання можливе лише стосовно чужої речі, тобто речі, на яку право власності належить іншій особі, а не кредитору; 2) така річ повинна знаходитися у володінні кредитора; 3) кредитор має володіти річчю на законній підставі; 4) кредитор має право притримувати річ боржника, якщо інше не встановлено домовленістю сторін у договорі.

Єдиною підставою виникнення права притримання є невиконання боржником у строк зобов'язання: 1) щодо оплати речі; 2) щодо відшкодування кредитором пов'язаних з річчю витрат та інших збитків; 3) щодо інших вимог кредитора.

Стосовно ж питання щодо вимог, виконання яких може бути забезпечено завдяки застосуванню права притримання, слід зазначити наступне. Законодавець у ст. 594 ЦК передбачає дві групи зобов'язань, виконання яких може забезпечуватися притриманням. До першої групи належать зобов'язання щодо оплати притриманої речі, відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків; до другої — інші вимоги кредитора (ч. 2 ст. 594 ЦК). Стосовно першої групи зобов'язань можна констатувати, що притримання забезпечує виконання боржником грошових зобов'язань, пов'язаних з річчю, яка притримується кредитором. Забезпечення притриманням зобов'язань такого роду передбачене законодавцем як загальне правило. Цей висновок підтверджується зміс-

<sup>1</sup> Див.: *Загорулько О. А.* Вказ. праця. – С. 62; *Кузнєцова Н. С., Боднар Т. В.* Вказ. праця. – С. 418.

том спеціальних норм закону щодо забезпечення притриманням певних видів договірних зобов'язань, які виникають із договорів перевезення (ст. 916 ЦК), комісії (ст. 1019 ЦК) та підряду (ст. 856 ЦК). До другої групи зобов'язань законодавець відносить інші вимоги кредитора, тобто вимоги, не пов'язані з оплатою речі, яка притримується, відшкодуванням пов'язаних з нею витрат та інших збитків.

Вважаємо, що положення ч. 2 ст. 594 ЦК можливо розуміти так, що «інші вимоги» можуть виникати із договору, за яким кредитору і було передано річ, що утримується, але вони не мають грошового характеру. Проте, на нашу думку, такі випадки трапляються дуже рідко, якщо взагалі можуть мати місце. Вважаємо скоріше, що «інші вимоги» кредитора за змістом ч. 2 ст. 594 ЦК — це ті вимоги, які виникають з інших договорів, укладених між тими ж сторонами, строк виконання яких уже настав. При цьому дані вимоги можуть мати як грошовий, так і негрошовий характер, оскільки законодавець не встановлює будь-яких обмежень щодо характеру цих «інших вимог». І, відтак, вважаємо, що притримання може застосовуватися кредитором для забезпечення будь-яких своїх зобов'язань, що виникли з інших договорів стосовно цього ж самого боржника.

На нашу думку, притриманням речі відповідно до положень чинного законодавства України інші вимоги кредитора не забезпечуватимуться лише у разі, якщо сторони встановлять заборону про це в договорі, за яким певна річ передається у володіння кредитору, або якщо інше не буде встановлено законом (ч. 2 ст. 594 ЦК). Домовленість сторін щодо заборони застосування права притримання кредитором може бути досягнута як під час укладення договору, пов'язаного з переданням речі, так і після його укладення. Головне, щоб така домовленість існувала на момент порушення зобов'язання, оскільки саме з фактом порушення зобов'язання боржником закон пов'язує момент виникнення права притримання у кредитора як засіб забезпечення виконання зобов'язання, передбаченого законом.

ЦК РФ на відміну від ЦК України визначив межі застосування права притримання досить чітко, передбачивши можливість застосування притримання речі кредитором у разі невиконання боржником зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків стосовно всіх учасників цивільних правовідносин, а забезпечення притриманням інших вимог — лише у правовідносинах між сторонами, що є підприємцями.

Такий підхід був відомий і дореволюційному російському законодавству. Так, відповідно до ст. 114 проекту Цивільного уложення Росій-

ської імперії «право удержання розпространяється на товари и процентные и иные бумаги в обеспечение всякого рода требований, срок коим наступил, хотя бы они не имели отношения к удерживаемому имуществу, если требование верителя и нахождение в его распоряжении товаров и означенных бумаг должника вытекает из торговых сношений»<sup>1</sup>.

Український же законодавець не встановив жодних обмежень щодо кола учасників цивільних відносин і виду зобов'язань, з яких виникають інші вимоги кредитора, і в такий спосіб передбачив можливість застосування притримання щодо забезпечення виконання боржником інших зобов'язань стосовно будь-яких учасників цивільних відносин і підприємців у тому ж числі. Крім того, вважаємо, що потребує подальшого дослідження й питання щодо можливості використання притримання кредитором для забезпечення не тільки договірних зобов'язань.

Розглядаючи питання застосування права притримання у забезпечення інших вимог кредитора, слід підкреслити, що право притримання як забезпечувальний засіб виникає у кредитора з моменту порушення боржником будь-якого зобов'язання, річ же боржника може як знаходитися у володінні кредитора на цей момент, так і потрапити до останнього пізніше. Наприклад, боржник не виконав перед кредитором зобов'язання за договором позики на момент укладення між сторонами договору зберігання речей боржника, або строк виконання боржником договору позики настав раніше припинення договору зберігання. Якщо ж строк виконання зобов'язання боржником ще не настав, то про право притримання говорити не можна. Наявність зазначених умов виникнення права притримання необхідна для його правомірності. Цілком поділяємо думку про те, що «притримання — це правомірне передання кредитором речі, що належить боржникові, але воно є правомірним тільки за наявності відповідних умов. У протилежному випадку притримання перетворюється на незаконне володіння з усіма відповідними наслідками»<sup>2</sup>.

1. Притримання — це встановлений законом засіб забезпечення виконання зобов'язань кредитора, підставою виникнення якого є невиконання боржником у строк зобов'язання.

2. Притримання стимулює боржника до виконання своїх обов'язків досить ефективно, оскільки задоволення інтересів боржника безпосе-

<sup>1</sup> Див.: Последняя редакция Проекта, внесенная в Государственную Думу Министром юстиции Статс-секретарем Щегловым // Обязательственное право / Под ред. Н. В. Сорина. — СПб., 1914. — С. 18–19.

<sup>2</sup> *Сербуль О.* Вказ. праця. — С. 90.

редньо залежить від виконання останнім своїх обов'язків перед кредитором.

3. Вимоги кредитора у разі невиконання боржником зобов'язання задовольняються за рахунок речі, яка притримувалася, в повному обсязі.

4. Притримання може забезпечувати виконання боржником як зобов'язання щодо оплати утримуваної речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків, так і будь-яких інших вимог кредитора.

5. Закон не містить обмежень ні щодо виду та характеру зобов'язань, виконання яких може забезпечуватися притриманням, ні щодо категорій учасників цивільних правовідносин, які мають право застосувати цей забезпечувальний засіб.

*Надійшла до редколегії 02. 03. 06*

*Ю. Атаманова, кандидат юридичних наук (НЮА України)*

## **Центр інноваційних технологій як елемент державної інфраструктури інноваційної системи: організаційні та правові аспекти**

На нинішньому етапі державного та соціально-економічного розвитку немає потреби доводити актуальність питань інноваційного руху держави — наголоси саме на цьому шляху розвитку для України останнім часом досить активно лунають на всіх рівнях влади та від різних суб'єктів господарювання. Не можна не відзначити намагання держави створити більш сприятливі умови для розроблення нових продуктів і технологій, їх впровадження у виробництво та господарський обіг, доказами чого виступають такі нормативно-правові акти, як закони України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки», «Про інноваційну діяльність», «Про пріоритетні напрямки інноваційної діяльності в Україні», Концепція науково-технологічного та інноваційного розвитку України і деякі інші. Однак непослідовність державних кроків стала на заваді досягненню поставлених цілей, що зумовило потребу в



докладанні зусиль з розроблення цілісної концепції інноваційного розвитку країни.

Пошуки системного, цілісного та ефективного підходу до вирішення інноваційних питань призвели науковців до вихідної думки про необхідність не просто створення окремих умов та використання самостійних заходів державного регулювання, а про побудову єдиної національної інноваційної системи. Іншими словами, питання набуло нового змісту — від запровадження «крапкових» інноваційно орієнтованих заходів до створення інноваційно орієнтованої системи економічних, державних, соціальних та правових інститутів, які знаходяться у тісному зв'язку та доповнюють результати дії один одного. Така спрямованість пошуків у сфері розроблення ефективної інноваційної політики ставить перед науковцями в галузі правознавства принципове для соціально-економічної системи держави завдання — винайдення засобів та механізмів державного регулювання інноваційної діяльності, які б відповідали та органічно вмонтовувалися в рамки національної інноваційної системи із привнесенням до неї позитивних результатів від їхнього застосування. Таким чином, дослідження питань державно-правового регулювання інноваційної діяльності в контексті побудови ефективної національної інноваційної системи на даний час має особливо актуальний характер.

Серед основних проблем функціонування національної інноваційної системи постає питання про створення дієвої інноваційної інфраструктури, головне навантаження якої полягає у наданні допомоги суб'єктам господарювання при доведенні результатів інтелектуальної діяльності до стану інновацій із отриманням від їхнього використання (впровадження) інноваційної продукції. Якщо на вітчизняному ринку можна знайти деякі елементи інноваційної інфраструктури, що базуються на комерційних засадах, то державні фактично відсутні. Внаслідок цього державним науково-дослідним і навчальним закладам, які часто виступають розробниками нових ідей, доводиться або звертатися до комерційних структур, або намагатися власними силами доводити розробку до стану впровадження як інновації. Але з урахуванням відсутності не лише зайвих, а й достатніх для повномасштабної діяльності основних коштів, для них стає проблематичним подальше доопрацювання з метою практичного використання та супроводження досягнутих науково-дослідницьких результатів.

Наслідком такого стану постає **необхідність впровадження державних елементів інноваційної інфраструктури для підтримання діяльності державних науково-дослідних і навчальних закладів.** Тому

**метою даної роботи є розроблення моделі державної структури з комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, створених у рамках державної освіти та науки.**

Для плідної реалізації поставленого завдання необхідно перш за все чітко визначитися з сутністю інновацій та змістом інноваційного процесу. Економічний процес послідовного перетворення ідеї на інноваційний об'єкт охоплює низку об'єктів правового регулювання, а саме: новацію — нововведення — об'єкт інтелектуальної власності — інноваційну розробку — інноваційний продукт — інновацію — інноваційну продукцію.

Виокремлення зазначених об'єктів інноваційного процесу наводить на думку про охоплення ним не одного виду діяльності. Основними та визначальними можна назвати такі: наукова та науково-технічна діяльність, патентно-ліцензійна діяльність, власне інноваційна, а також виробничо-інноваційна діяльність:

1. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» наукова діяльність — це інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання і використання нових знань, основними формами якої є фундаментальні та прикладні наукові дослідження. А в ч. 3 цієї ж статті науково-технічна діяльність визначається як інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання і використання нових знань у всіх галузях техніки і технологій. До цієї групи слід віднести й інтелектуальну діяльність, що фактично є науковою або науково-технічною, але здійснюється особами, які не є суб'єктами наукової діяльності, або здійснюється суб'єктами наукової діяльності не у зв'язку із безпосереднім проведенням фундаментальних або прикладних наукових робіт згідно із службовим завданням, планом науково-дослідницької роботи та ін.

2. Патентно-ліцензійна діяльність забезпечує набуття результатами інтелектуальної, в тому числі наукової та науково-технічної діяльності, статусу об'єктів права інтелектуальної власності у встановленому законом порядку.

3. Інноваційна діяльність пов'язана із розробленням, підготуванням, впровадженням, використанням та комерціалізацією інновацій у сфері суспільного виробництва з метою отримання нової або суттєво вдосконаленої продукції, проведення інноваційних робіт, надання послуг, а також підвищення техніко-технологічних показників відповідної господарської діяльності та виробничого процесу.

4. Виробничо-інноваційна діяльність завершує інноваційний процес впровадженням та/або використанням у виробництві інновацій, що має

наслідком створення та випуск нової або вдосконаленої продукції (робіт, послуг).

Одним з об'єктів інноваційного процесу (але не одиничним) є власно *інновація*, яка, на нашу думку, являє собою результат інтелектуальної, в тому числі наукової та науково-технічної, діяльності, що ґрунтується на оформленому в установленому законом порядку об'єкті інтелектуальної власності, який упроваджується суб'єктом господарювання у виробничий процес і відповідає критеріям новизни та значущості.

Але таке розуміння інновації не вичерпує всіх її аспектів. У реальному вимірі інновації становлять практичні зміни у виробничому процесі, що є наслідками впровадження суб'єктом господарювання результатів інтелектуальної діяльності, які набули форми об'єктів інтелектуальної власності. Іншими словами, інноваціями можна також визнати результати практичного впровадження об'єктів інтелектуальної діяльності, що мають місце у виробничому процесі. Деякі фахівці пропонують розуміти під інноваціями об'єкт, не просто впроваджений у виробництво, а впроваджений успішно і такий, що приносить прибуток<sup>1</sup>.

Отже, очевидним стає факт складної структури інноваційного процесу і багатовимірності інноваційних об'єктів у цілому та самих інновацій зокрема. Таке становище детермінує залучення різних за спеціалізацією суб'єктів до інноваційного процесу, крім винахідників, розроблювачів, для ефективної реалізації інновацій. Це і патентні повірені, і інженери (та/або інші фахівці), і оцінювачі, і менеджери, і юристи, залучення яких є запорукою успіху виконання інноваційного проекту. Тому виникає таке актуальне для винахідників питання, як створення інфраструктури інноваційної діяльності, що виступає складовою національної інноваційної системи держави.

Як зазначає П. Щедровицький, для прискореної реалізації наукових досягнень у технологіях та продукції необхідно створити певний обустроений «коридор» швидкого просування результатів наукових досліджень, які мають комерційний потенціал, по всьому інноваційному циклу — від ідеї до ринкового товару. Просування цим коридором забезпечує саме інноваційна інфраструктура<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Економіка й організація інноваційної діяльності: Підручник / О. І. Волков, М. П. Денисенко, А. П. Гречан та ін.; Під ред. проф. О. І. Волкова, проф. М. П. Денисенка. – К., 2004. – С. 98.

<sup>2</sup> Див.: *Щедровицький П.* Государственная инновационная политика – формирование национальной инновационной системы // Национальные инновационные системы: Формирование. Развитие / Сост. В. Нежиборець. – К., 2005. – Вып. 5. – С. 39.

При цьому ключовий момент полягає у створенні умов для ефективної взаємодії між наукою та виробництвом, зв'язку між створюваними результатами інтелектуальної діяльності та реальним попитом ринку на відповідну продукцію. На його виконання перед державою посідає завдання забезпечити функціонування певних інститутів, діяльність яких була б спрямована на просування ідей по етапах інноваційного циклу з набуттям ними нових характеристик та отриманням нових статусів як інноваційних об'єктів.

Актуальність зазначеного завдання досить ярко ілюструє стан радянської інноваційної системи, за принцип якої було взято відокремленість академічної й інститутської науки від реального сектору. В результаті науково-дослідні інститути були віддалені від виробництва організаційно, географічно і навіть ідейно, та за нових економічних умов, без командно-планового попиту та впровадження їх результатів, стали нездатними ні знайти покупця на готову технологію, ні довести свої розробки до рівня, коли вони зможуть «вписатися» у ринкову кон'юнктуру<sup>1</sup>.

Окремі елементи інноваційної інфраструктури вже створені в Україні. Зокрема, це Фондація українських винаходів, Інтернет-біржа промислової власності, Асоціація українських бізнес-інкубаторів, Інститут інтелектуальної власності та права, Академія інтелектуальної власності. Діють, хоча й в незначній кількості, венчурні компанії, інноваційно-технологічні центри. Держава поступово повертає після відмови технопарки.

В процесі формування національної інноваційної системи необхідно створити ще фактично мало поширені та слабодіючі центри трансферу технологій, призначені для виявлення безпосередньо в наукових організаціях комерційно привабливих результатів досліджень та запуску їх до інноваційного циклу, на виході якого має з'явитися ринково затребуваний товар<sup>2</sup>.

У міжнародній практиці центри трансферу технологій або інші аналогічні за функціями структури створюються при науково-дослідних і навчальних закладах для підвищення рівня впровадження результатів їх досліджень. Причому такі центри створюються, як правило, на комерційних засадах і діють як самостійні суб'єкти господарювання, що має за мету надати роботі самих розробників — наукових та педагогічних

<sup>1</sup> Див.: Трофимов Д. Инновационная система России в условиях социально-экономических и политических трансформаций // Национальные инновационные системы: Формирование. Развитие / Сост. В. Нежиборец. – К., 2005. – Вып. 4. – С. 6.

<sup>2</sup> Див.: Щедровицкий П. Вказ. праця. – С. 40.

кадрів — матеріальної зацікавленості у доведенні їхніх ідей до прикладного стану та випуск на ринок наукоємної конкурентної продукції.

Дещо подібне намагалося зробити й Міністерство освіти і науки України щодо вищих навчальних закладів III та IV рівнів акредитації, затвердивши наказом від 24 липня 2004 р. за № 533 Типове положення про підрозділ комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності вищих навчальних закладів III та IV рівнів акредитації. Згідно з цим наказом у структурі вищих навчальних закладів III та IV рівнів акредитації мають бути створені підрозділи комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності. У листі Міністерства освіти і науки України від 10 листопада 2004 р. за № 1-9/565 надано роз'яснення, що такі підрозділи можуть бути створені як відокремлені структурні підрозділи, так і у складі інших структурних підрозділів вищих навчальних закладів, зокрема підрозділів з патентно-ліцензійної та винахідницької роботи.

Безумовно, користь від таких підрозділів для навчальних закладів буде, і робота для них знайдеться. Але інше питання: наскільки ефективною буде їхня діяльність у сфері саме комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності? Для реальних результатів у цьому напрямку необхідне, як уже зазначалося, поєднання зусиль фахівців у різних галузях знань, яких в одному навчальному закладі навряд чи вдасться знайти. Вихід полягає лише у залученні сторонніх фахівців. Однак при цьому керівництву навчального закладу необхідне винайти додаткові кошти на оплату їх праці, що за теперішніх умов не може вважатися легким завданням. Більш того, для успішних результатів діяльності таких фахівців з комерціалізації результатів дослідницької діяльності наукових і науково-педагогічних співробітників їхня праця має бути висококваліфікованою, а відтак, й високооплачуваною, що важко уявити в рамках національної системи освіти. Тим більш, що підрозділ з комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності не має відповідно до змісту зазначеного наказу прав самостійного суб'єкта господарювання, а входить до складу вищого навчального закладу. Наділення такого підрозділу правами самостійної юридичної особи надало б йому можливість стати комерційно привабливим та конкурентоздатним суб'єктом на ринку інноваційних послуг.

Наведені обставини дають підстави вважати ідею створення в рамках вищих навчальних закладах підрозділів з комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності малоефективним заходом, а тому необхідно винайти більш оптимальну та діючу структуру для виконання поставлених завдань.

Вважаємо, що організація та налагодження такої роботи з впровадження результатів інтелектуальної діяльності, створених у рамках державних науково-дослідних і навчальних установ таких підрозділів можуть бути покладені на єдиний Центр інноваційних технологій (ЦІТ), який може мати статус регіонального або загальнодержавного значення. Головна ідея в його створенні — забезпечення доведення результатів наукової і науково-технічної діяльності створених у науково-дослідних установах та вищих навчальних закладах державного сектору підрозділів з комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності до стану інноваційного продукту, а також надання послуг з комерціалізації останнього, його юридичного супроводження та захисту.

Вихідним принципом при визначенні предмета діяльності ЦІТ має бути охоплення всіх основних етапів інноваційного процесу після створення результату інтелектуальної діяльності, тобто замикання всіх стадій інноваційного циклу.

До предмета діяльності ЦІТ мають входити відповідно до заявлено-го принципу такі напрямки:

1) послуги з оформлення та отримання правової охорони результатів інтелектуальної діяльності як об'єктів інтелектуальної власності: проведення попереднього пошуку з метою встановлення рівня патентоздатності результатів інтелектуальної діяльності, надання послуг з патентування об'єктів інтелектуальної власності за національною та міжнародною процедурами, аналіз об'єктів інтелектуальної власності на предмет посилення їхнього захисту (за допомогою інших об'єктів інтелектуальної власності або додаткової патентної охорони);

2) послуги з розроблення плану комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності: проведення маркетингових досліджень щодо виявлення стану ринку відповідної продукції, економічний аналіз об'єктів інтелектуальної власності з встановлення ступеня готовності до безпосереднього впровадження, розроблення програми (плану) доведення об'єкта інтелектуальної власності до стану конкурентоздатного інноваційного продукту, складання бізнес-плану;

3) супроводження послуги з комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності: оцінка об'єктів інтелектуальної власності, послуги з ведення бухгалтерського обліку об'єктів інтелектуальної власності, сертифікація інноваційного продукту, реклама, пошук потенційних партнерів та інвесторів інноваційного проекту, аналіз комерційних пропозицій, розроблення заходів щодо комерційної безпеки реалізації інноваційних проектів;

4) юридичне супроводження життєвого циклу інноваційного продукту: підготовка договорів (цивільних, трудових) з авторами, розробниками об'єктів інтелектуальної власності, розроблення локальних нормативних актів з питань використання та комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, підготовка угод з питань комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, захист прав на об'єкти інтелектуальної власності у судових інстанціях;

5) консультації;

6) інформаційні послуги;

7) науково-аналітична, науково-дослідницька діяльність, у тому числі аналіз законодавства у сфері інтелектуальної власності й інноваційної діяльності, зокрема: напрацювання пропозицій та рекомендацій з удосконалення стану правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності та інноваційної діяльності розроблення наукових методик з окремих питань створення, використання й управління об'єктами інтелектуальної власності та інноваційними проектами;

8) участь у міжнародному співробітництві у сфері інтелектуальної власності та обмін науково-технічної інформацією.

Для реалізації цих напрямків діяльності до структури ЦІТ повинні входити мінімум такі функціональні підрозділи: патентний відділ, економіко-аналітичний відділ, відділ з оцінки та сертифікації, науково-дослідний відділ, відділ зовнішніх зв'язків, юридичний та інформаційний відділи.

Як уже обґрунтовувалося, на виконання поставлених завдань ЦІТ має набути статусу самостійної юридичної особи. Серед засновників такої юридичної особи можуть і повинні, на наш погляд, виступити відповідно до спеціалізації заклади НАН України (зокрема Академія правових наук України, яка згідно з п. 100 її Статуту виступає засновником підприємств зі змішаною формою власності) та вищі навчальні заклади, які згідно з п. 2 ст. 23 Закону України «Про вищу освіту» можуть виступати засновниками (співзасновниками) інших юридичних осіб, котрі здійснюють свою діяльність відповідно до напрямків навчально-науково-виробничої діяльності вищого навчального закладу.

Створення такого ЦІТ допоможе, з одного боку, не переважувати вищі навчальні заклади додатковими структурами та функційними обов'язками, а з другого — ЦІТ установою, яка на професійних засадах надаватиме високоякісні послуги державним науково-дослідним та навчальним закладам.

Однак головна перевага діяльності пропонованого ЦІТ знаходиться дещо в іншій площині. Функціонування єдиного центру комерціалізації

об'єктів інтелектуальної власності, створюваних у рамках державних навчальних та науково-дослідних установ, надасть можливість державі ознайомитися з досягненнями власної структури освіти і науки, контролювати практичні результати її діяльності, що вже може бути реальним підґрунтям для опрацювання плану інноваційного розвитку та засобів державного регулювання для досягнення поставлених цілей, а також враховуватися при розробленні програми соціально-економічного розвитку держави.

Крім того, одним з ключових аргументів на користь створення ЦІТ може бути відсутність серед елементів діючої інноваційної інфраструктури в Україні суб'єкта (насамперед державного), який би забезпечував впровадження та просування державних інноваційних продуктів, створених у рамках науково-дослідної і науково-технічної діяльності державних наукових установ та вищих навчальних закладів, на підприємствах державного сектору економіки. Фактично, коли йдеться про об'єкти інтелектуальної власності, що мають корені в рамках системи державної освіти і науки, необхідно вбачати постать держави, оскільки діяльність, у тому числі науково-дослідницька, таких установ фінансується за рахунок державних коштів. При цьому не повинен заважати той факт, що патентоволодільцями цих об'єктів стають самі науково-дослідні і навчальні заклади. Це пояснюється тим, що Україна взяла за орієнтир університетську модель регулювання прав на об'єкти інтелектуальної власності, створені за рахунок бюджетного фінансування, яка забезпечує пріоритет виконавця (в особі наукових організацій і авторів) на одержання і використання виключних прав на результати науково-технічної діяльності<sup>1</sup>. Відповідаючи в цілому загальносвітовій тенденції у цій сфері — переходу від фіскальної до ліберальної моделі, Україна на відміну від інших країн, що також дотримуються університетської моделі, але з додаванням до неї заходів щодо залучення промислового капіталу до фінансування комерційного використання об'єктів інтелектуальної власності, такі заходи фактично не впровадила, що призводить до розриву зв'язків між наукою та виробництвом.

До завдань пропонованого ЦІТ для нівелювання такого недоліку слід включити налагодження зв'язків між державними науково-дослідними і навчальними закладами та підприємствами державного сектору еконо-

---

<sup>1</sup> Див.: *Андрощук Г.* Регулювання прав на інтелектуальну власність, створену за рахунок державних коштів: зарубіжний досвід // Матеріали виступлений 8-й міжнародної научно-практичної конференції «Актуальні проблеми охорони інтелектуальної собствності». 6–11 вересня 2004 р. – К., С. 58.



міки. Іншими словами, такий ЦІТ має займатися втіленням наукових розробок, створених у державних установах, на державних підприємствах для забезпечення їх практичного використання. Більше того, ЦІТ на підставі маркетингових досліджень може успішно формувати та вносити пропозиції до відповідних міністерств щодо державних замовлень на надання послуг з впровадження розробок за спеціалізацією підприємств. З іншого боку, можливе складання пакетів замовлень ЦІТ через Міністерство освіти і науки України й для самих наукових установ і навчальних закладів на проведення досліджень з найбільш важливих для промисловості питань.

Запропоновані заходи із впровадження ЦІТ в рамках Міністерства освіти і науки України дозволять, на наш погляд, стимулювати переозброєння промисловості відповідно до її потреб та згідно з останніми світовими досягненнями, нададуть нового імпульсу й змісту розвитку вітчизняної науки, що в цілому позначиться на науково-технічному та соціально-економічному розвитку держави.

*Надійшла до редколегії 20. 01. 06*

*С. Загородній*, ст. викладач Харківського національного університету внутрішніх справ

## **Договір про професійну підготовку у вищому навчальному закладі: проблема номінологічного позначення**

Значення спеціальних категорій та термінів для професійної діяльності правника важко переоцінити. Категоріально-термінологічний інструментарій дозволяє, зокрема, з'ясувати дійсний зміст правових норм, правильно визначати обсяг суб'єктивних прав та обов'язків учасників правовідносин, встановлювати в разі необхідності підстави, порядок і способи захисту порушених прав чи законних інтересів.

Реформаційні процеси 90-х років ХХ ст. виштовхнули на поверхню безліч проблем, пов'язаних з необхідністю адекватного юридичного впорядкування відносин, спричинених новими соціально-економічними умовами. До нових правових відносин належить і договірний зв'язок

між особами, які здобувають професію у вищих навчальних закладах (далі — ВНЗ), і самими цими закладами.

За часів СРСР професійна підготовка у ВНЗ відбувалась, як відомо, не на підставі укладання договорів. Професійна підготовка на підставі укладання договору з ВНЗ як альтернативна форма здобуття вищої освіти породжує багато юридичних проблем, які, незважаючи на увагу з боку дослідників, все ж залишаються нерозв'язаними. Серед них є й проблема необхідності вироблення для згаданого договору точного юридичного найменування, яке б у свою чергу вказувало на його адресу в системі цивільно-правових юридичних фактів і правовідносин. Розв'язання такої проблеми має не тільки номінологічно-понятійне, а й практико-застосувальне значення, адже найменування договору дозволяє правильно зорієнтуватись у виборі відповідних юридичних норм для впорядкування відносин, що спричиняються таким договором. Та, недивлячись на цю значущість, розглядувана проблема не розв'язана ні на законодавчому, ні на доктринарному рівні.

ЦК України не містить навіть загального (родового) терміна, яким можна б було позначити досліджуваний договір. Хіба що можна говорити про наявність у ньому терміна «договір». Звичайно цього недостатньо для розв'язання проблеми номінологічного позначення договірного зв'язку «студент — ВНЗ». Щоправда, більшість дослідників кваліфікують такий зв'язок як різновид договору з надання послуг і адресують його до відповідних кодифікованих норм про послуги. Але, на наш погляд, така позиція має піддаватися критиці, а тому розглядувану проблему не можна вважати розв'язаною.

Спеціальні нормативні акти, зокрема Закон України від 23 березня 1996 р. за № 100/96-ВР «Про внесення змін і доповнення до Закону УРСР «Про освіту»» (далі — Закон про освіту), Закон України від 17 січня 2002 р. за № 2984-III «Про вищу освіту» (далі — Закон про вищу освіту) та інші закони і підзаконні нормативні акти також містять лише згадки про «договір», або «контракт». Номінологічного ж визначення ці нормативні акти не надають.

Деякі позитивні зрушення спостерігаються при дослідженні типових (в Україні) та зразкових (у РФ) форм досліджуваного договору.

В Україні різними урядовими установами було затверджено типові форми договорів, що мають укладатись ВНЗ щодо підготовки тих чи інших фахівців: типовий договір «Про навчання, підготовку, перепідготовку, підвищення кваліфікації або про надання додаткових освітніх послуг навчальними закладами» (затв. наказом Міністерства освіти і науки України від 11 березня 2002 р. за № 183), типовий договір «Про підготовку спеціалістів з вищою освітою» (генеральний) (затв. наказом Міністерства

освіти і науки України від 23 березня 1994 р. за № 79), типова угода «Про підготовку фахівців з вищою освітою» (затв. постановою Кабінету Міністрів України від 22 серпня 1996 р. за № 992), типовий договір «Про підготовку спеціалістів з вищою освітою, кваліфікованих робітників та їх працевлаштування» (прямий) (затв. наказом Міністерства освіти і науки України від 23 березня 1994 р. за № 79), типова угода «Про підготовку фахівців із вищою освітою» (затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 25 грудня 1997 р. за № 367)<sup>1</sup>.

Російська Федерація не так жорстко поставилася до договірної роботи ВНЗ, а тому наказом Міністерства освіти РФ від 15 березня 2002 р. за № 864 затверджено тільки зразкові форми договорів «Про надання оплатних освітніх послуг» та «Про надання додаткових освітніх послуг державними та муніципальними загальноосвітніми установами»<sup>2</sup>.

Термінологічна різноманітність нормативних актів надає дослідникам юридичних проблем освітньої сфери підстави для довільного формулювання назв договорів, що опосередковують підготовку фахівців у ВНЗ. Переважна більшість науковців застосовують у запропонованих ними назвах такі ключові словосполучення: «освітня послуга», «освітні послуги», «оплатна освіта»:

1) «договір платного надання освітніх послуг» (В. Астахов, Україна)<sup>3</sup>; 2) «договір про надання освітніх послуг» (К. Карчевський, Україна)<sup>4</sup>; «договір платної освіти» (С. Куров, РФ)<sup>5</sup>; 3) «освітній договір з умовою оплати вартості навчання особою, яка навчається» (В. Сирих, РФ)<sup>6</sup>; 4) «договір про надання оплатних освітніх послуг» (В. Кваніна, РФ)<sup>7</sup>. Дещо

<sup>1</sup> Див.: Офіційні типові форми договорів. – К., 2003.

<sup>2</sup> Див.: Экономика образования. – 2002. – № 3. – С. 105–118.

<sup>3</sup> Див.: Астахов В. В. Правове регулювання функціонування в Україні вищих учбових закладів, заснованих на недержавній формі власності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12. 00. 03. – Х., 1999.

<sup>4</sup> Див.: Карчевський К. А. Платні освітні послуги вищих навчальних закладів освіти МВС України: цивільно-правовий аспект: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12. 00. 03. – Х., 2001. У своїй дисертаційній роботі К. Карчевський використовує, як зазначено вище, термін «договір про надання оплатних освітніх послуг», але, між тим, висуває пропозицію йменувати його «договір навчання».

<sup>5</sup> Див.: Куров С. В. О правовой природе договора платного образования // Право и образование. – 2002. – № 3. – С. 131.

<sup>6</sup> Див.: Сырых В. М. О юридической природе образовательного договора с условием оплаты обучающимся стоимости обучения // Там само. – 2002. – № 4. – С. 68.

<sup>7</sup> Див.: Кваніна В. В. Особенности прав и обязанностей сторон по договору на оказание возмездных образовательных услуг // Там само. – 2005. – № 2. – С. 75–82.

відмінною на тлі інших виглядає назва договору, яку використовує М. Малеїна (РФ): «договір про підготовку спеціаліста з вищою професійною освітою»<sup>1</sup>.

Останній варіант назви договору та деякі варіанти типових договорів, затверджених урядовими установами України (типовий договір «Про підготовку спеціалістів з вищою освітою» та типова угода «Про підготовку фахівців з вищою освітою»), про які згадувалося вище, ми використаємо як прототипні при формуванні власного варіанту, бо вони видаються нам більш-менш компромісними.

Генеральним методом розв'язання описуваної тут номінологічної проблеми пропонується онтологічний підхід, за яким спочатку визначатиметься сфера реальної дійсності, що підлягає юридичній кваліфікації, а потім уже обирається слово, яке найточніше підходить для її позначення. Для цього перш за все необхідно встановити межі предметної діяльності ВНЗ щодо професійної підготовки студента. Саме цей аспект соціального зв'язку «ВНЗ — студент» вказуватиме на предмет договору та диктуватиме юридичне найменування останнього.

Більшість дослідників, як уже згадувалося, кваліфікують такі відносини відносинами з «надання освітніх послуг». Але чи відповідає це дійсному стану річей? Гадаємо, що ні. Під освітніми послугами, чи послугами з надання освіти, слід розуміти такі дії контрагента за договором, які призводитимуть до формування в особи певного рівня освіти. Звідси наступним кроком слід визначити зміст самого терміна «освіта», точніше «вища освіта», оскільки об'єктом дослідження ми обрали саме цю сферу реальної дійсності. Відповідно до ст. 1 Закону про вищу освіту «вища освіта — це рівень освіти, який здобувається особою у вищому навчальному закладі в результаті послідовного, системного та цілеспрямованого процесу засвоєння змісту навчання, який ґрунтується на повній загальній середній освіті й завершується здобуттям певної кваліфікації за підсумками державної атестації». В свою чергу змістом вищої освіти цей Закон називає (у тій же ст. 1) «обумовлену цілями та потребами суспільства систему знань, умінь і навичок, професійних, світоглядних і громадянських якостей, що має бути сформована в процесі навчання з урахуванням перспектив розвитку суспільства, науки, техніки, технологій, культури та мистецтва».

Отже, виходячи більш ніж із прозорого тлумачення терміна «освіта», яке наведено в Законі про вищу освіту, ВНЗ є відповідальним не тільки

<sup>1</sup> Див.: Малеїна М. Н. Договір о подготовке специалиста с высшим профессиональным образованием // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 57.

за формування в особи, яка навчається у цьому закладі, професійних знань і вмінь, а й «... світоглядних і громадянських якостей...» та ще й з обов'язковим урахуванням сучасних цивілізаційних тенденцій («... перспектив розвитку суспільства, науки, техніки, технологій, культури та мистецтва...»).

Погляд на таке розуміння вищої освіти з погляду цивільного права породжує декілька проблемних питань. Перше, що кидається в очі, це розуміння освіти тільки як публічного блага, точніше, як блага, що виробляється в інтересах суспільства загалом, а не особи, яка навчається. На це вказує обумовленість змісту вищої освіти «... цілями та потребами суспільства...».

Як бачимо, про приватні інтереси самої особи, яка навчатиметься, тут взагалі не згадується. Звідси й виникає перше, умовно кажучи, цивілістичне проблемне питання: а чи можна приватноправовими засобами (договором) виробляти такі публічні блага, як освіта, що відповідатиме «цілям та потребам суспільства» і враховуватиме «перспективи розвитку суспільства»?

Навіть якщо взяти до уваги, що в Україні існують типові форми договорів про професійну підготовку, все одно їх нормативно-правова чинність не в змозі забезпечити виконання такого глобального суспільного завдання. Тут необхідна дія цілого комплексу інших, перш за все публічно-правових, чинників.

З цього приводу важко не погодитись з В. Сирих, який у полемічній дуелі зі своїми опонентами кожного разу підкреслює пріоритетність публічно-правових методів щодо врегулювання освітніх відносин<sup>1</sup>. І навіть, якщо враховувати, що згадане тлумачення змісту вищої освіти в Законі про вищу освіту наводиться у широкому аспекті, тобто з охопленням і недоговірних форм здобуття освіти (за рахунок державного чи муніципального бюджету), однаково це матиме вигляд намагання осяг-

<sup>1</sup> Див.: *Сырых В. М.* О юридической природе образовательного договора с условием оплаты обучающимся стоимости обучения. – С. 68–83; *його ж.* Содержание образовательных отношений как правовых отношений // *Право и образование.* – 2003. – № 2. – С. 47–61; *його ж.* Метод правового регулирования образовательного права // Там само. – 2001. – № 5. – С. 48–66; *його ж.* Предмет правового регулирования образовательного права // Там само. – 2001. – № 3. – С. 43–58; Теория права о понятии и составе правоотношений // Там само. – 2002. – № 5. – С. 27–36. Але, з іншого боку, також важко повністю й погоджуватись з безкомпромісною позицією цього автора щодо принципової нездатності цивільно-правового договору впорядковувати подібні відносини (див., зокрема: Закон України від 17 січня 2002 р. за № 2984 – III «Про вищу освіту». – К., 2002. – С. 77–82; *Чуприна А.* Помни, абитура: на невеждах воду возят // *Образование.* – 2005. – 23 июня. – С. 54–58).

нути неосяжне. Формування світоглядних орієнтирів, громадянських та інших якостей, необхідних для соціалізації молодшої людини, які входять до змісту терміна «освіта», може відбутися за більш тривалий час, ніж за 4–6 років перебування у навчальному закладі. Більш того, без самоосвіти такі соціальні блага взагалі не здобути. Та й у цих питаннях, на наш погляд, не слід зловживати такими хоча й необхідними, але декларативними гаслами з маловизначеним юридичним змістом (мається на увазі термін «освіта»)<sup>1</sup>. Реальне життя, яке, до речі, є об'єктом регулювання юридичних норм, більш прагматичне, і хочемо ми того чи ні, воно тримається на значній відстані від високих декларацій.

За підсумками анонімного опитування, проведеного у червні 2005 р. на сайті [www.mig.ua](http://www.mig.ua), 67% респондентів (студентів ВНЗ) бажають одержати професію (підкреслимо, саме конкретну професію, а не абстрактну освіту), 14% — своєю мотивацією перебування у ВНЗ вбачають бажання просто одержати диплом, 9,5% — бажають на п'ять років відтягнути настання моменту самостійного життя і останні 9,5% — навчаються, точніше, перебувають у ВНЗ, аби задовольнити плани своїх батьків<sup>2</sup>.

Таким чином, вважаємо, що для позначення розглядуваного договору термін «освіта», чи його всілякі модифікації, використовувати нецільно через юридичну, перш за все цивільно-правову, невизначеність. Не можна на ВНЗ силою договору покласти обов'язок виховати високоосвічену людину, як того вимагає змістовне розуміння категорії «вища освіта» ст. 1 Закону про вищу освіту. Предмет договору має чітко обмежувати зобов'язальні дії контрагента (ВНЗ) за договором, що дозволить визначати належність чи неналежність його поведінки. Інакше ми можемо змоделювати ситуацію, коли ВНЗ нестиме цивільно-правову відповідальність, скажімо, за недоліки патріотичного виховання студента, яке, мабуть, також є складовою освіти. Але абсурдність цієї ситуації, гадаємо, є очевидною.

Отже, «освіта», «виховання» — це категорії, що лежать поза зоною впливу цивільного права, поза його методологією. Ми не заперечуємо того, що ВНЗ у своїй діяльності має прагнути не тільки до формування у студента певного рівня професійної кваліфікації. Внаслідок своєї суспільної функції ВНЗ просто зобов'язаний прищеплювати молодій людині високі соціальні якості. І без виховної освітянської роботи педагогів

<sup>1</sup> Якщо звернутись до пошуку визначення змісту терміна «освіта» у педагогічних та інших спеціальних виданнях, то проблема не розв'язується, а тільки поглиблюється уявлення про її дійсний стан існування (див., напр.: *Краевский В. В.* Воспитание или образование // Педагогика. — 2001. — № 3. — С. 3–10).

<sup>2</sup> Див.: *Чурина А.* Вказ. праця. — С. 7.

цього, звичайно, не досягти. Але такі відносини перебувають поза впливом цивільного права взагалі та договору зокрема.

В деяких наведених у цій статті варіантах назви договору зустрічається як ключовий термін слово «навчання». Зокрема, К. Карчевський «договір про надання платних освітніх послуг» пропонує іменувати «договором навчання»<sup>1</sup>. Подібне термінологічне позначення міститься в ст. 779 ЦК РФ. Ми оцінюємо такі варіанти назв також як неточні, адже формування професійної кваліфікації не обмежується тільки навчанням. Закріплення здобутих знань під час їх практичного застосування (навчальна, виробнича практика), мабуть, вже не можна назвати власне навчанням, а тому повинно охоплюватись, на наш погляд, більш широким терміном «професійна підготовка», що більш повно відображатиме зобов'язальні дії ВНЗ за договором та відповідати дійсному змісту відносин ВНЗ — студент (слухач, курсант).

Тепер, що стосується терміна «послуга», або «послуги», який ми також уникаємо використовувати у запропонованому нами варіанті назви договору.

Дійсно, серцевиною договірних відносин ВНЗ — студент (слухач, курсант) є надання саме послуг: читання лекції, проведення практичних (семінарських) занять, організація інших форм передавання інформації з наступним контролем її засвоєння. Все це, безперечно, з погляду теорії цивільно-правових зобов'язань, має характер дій з надання послуг. Але надання цих послуг просто неможливе без паралельного існування інших юридично відмінних зобов'язальних зв'язків: зберігання майна студента, надання можливості користування майном навчального закладу (бібліотечним фондом, пристроями для доступу до електронних джерел інформації, спортивним інвентарем тощо), які обслуговуватимуть головне — надання послуг з професійної підготовки. Такі обслуговуючі договори тому й не оформлюються окремими документами, а охоплюються одним договором про підготовку, що вони не мають самостійного юридичного значення. Невипадково відомий дослідник проблем договірного права В. Ойгензіхт подібні обслуговуючі договори кваліфікував як акцесорні<sup>2</sup>, а увесь договір — як змішаний. Гадаємо, що для відтворення дійсної юридичної природи досліджуваного договору саме характеристика змішаного договору підходить як найбільш точна. Такій змішаній характеристиці цього договору має відповідати і його юридич-

<sup>1</sup> Див.: Карчевський К. А. Вказ. праця. – С. 4.

<sup>2</sup> Див.: Ойгензіхт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. – Душанбе: Таджикский государственный университет, 1984. – С. 7.

на назва. Вказівка на «послуги» звужувала б його дійсну предметну змістовність, а тому вважаємо за доцільне використовувати таке ключове словосполучення, яке змогло б охопити усі інтегративні елементи цього змішаного договору, — «професійна підготовка».

Професійна підготовка у ВНЗ має юридичну специфіку порівняно з підготовкою за участі інших навчальних закладів, а тим більше, коли підготовка відбувається не в межах діяльності навчальних закладів, а безпосередньо фахівцями, як у випадку підготовки, наприклад, майстром-ремісником своїх учнів. Головною відмінною рисою підготовки за участі ВНЗ є те, що вона є цензовою. Держава встановлює певні стандарти до змісту та якості навчання, зобов'язує ВНЗ здійснювати атестацію знань та її сертифікацію. Все це зумовлює нормативну визначеність предмета та основних прав і обов'язків сторін (ще на стадії висування оферти навчальним закладом) договору про професійну підготовку. З огляду на сказане ми вважаємо за необхідне ввести до назви договору вказівку на те, що професійна підготовка відбувається саме у ВНЗ.

І наостанок ще одна теза щодо присутності у запропонованому нами варіанті назви договору самого терміна «договір». Як уже згадувалося, деякі нормативні акти України, зокрема Закон про вищу освіту, для термінологічного позначення розглядуваного договору поряд зі словом «договір» непослідовно вживають також слово «контракт». Досить поширеними випадками застосування терміна «контракт» є практика документального оформлення факту укладання ВНЗ таких угод із студентами. Наприклад, Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна у своїй організаційній структурі містить навіть так званий «контрактний відділ», що безпосередньо і здійснює роботу з укладання «контрактів». Зрозуміло, що подібну «контрактну практику» слід критикувати через її неправильне термінологічне позначення. Як відомо, довільне жонгливання юридичною термінологією прямо пов'язане з негативними правовими наслідками.

Вітчизняна цивілістична доктрина давно вже не розпізнає серед різновидів угод «контракти», як це було, скажімо, ще у римському приватному праві, коли юридично розмежовували «contractus» (контракт) і «pactum» (пакт)<sup>1</sup>. Кодифікаційна систематизація цивілістичних норм, що відбулася не так давно в Україні та інших державах пострадянського простору, не сприйняла термін «контракт». У цивільних кодексах усіх цих країн, включаючи Україну, послідовно використовується термін

<sup>1</sup> Див.: *Бартошек М.* Римское право: (понятия, термины, определения). – М., 1989. – С. 90, 236.



«договір». Цього терміна будемо дотримуватися і ми, аби позначити розглядуване тут правове явище.

Отже, усі наведені аргументи дозволяють стверджувати, що запропонована нами назва договору — «договір про професійну підготовку у вищому навчальному закладі» — є найбільш толерантною до юридичного змісту правових явищ, які цією назвою охоплюються (вид цивільно-правового юридичного факту та вид правовідношення).

Висновок про формулювання назви договору в запропонованому вигляді за рівнем своєї наукової новизни має характер подальшого розвитку цивілістичної термінології, оскільки у ході проведення цього термінологічного дослідження ми відштовхувались як від прототипних назв, від варіанта назви, запропонованого М. Малєїною, та від назв деяких типових договорів, затверджених урядовими установами України. На відміну від варіанта назви договору в редакції М. Малєїної ми уникаємо вживання терміна «освіта» та згадки про те, що йдеться про підготовку «спеціаліста», бо це призводитиме до звуження сфери застосування договору у ВНЗ: вищі навчальні заклади готують фахівців не тільки за освітньо-кваліфікаційним рівнем «спеціаліст», а й «молодший спеціаліст», «бакалавр» та «магістр».

*Надійшла до редколегії 17. 04. 06*

# ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

---

*В. Коновалова*, академік АПрН України

## Моральні засади судочинства: стан і тенденції

Демократизм судочинства означає його законність і моральність. Законність у свою чергу базується на високих моральних засадах судочинства, вона виражає справжній демократизм судової системи. Тому додержання законності є важливим принципом, який повинен неухильно здійснюватися у всій діяльності слідчих і судових органів. Як слушно відзначав В. Кудрявцев, «від результату розслідування і розв'язання кримінальних справ залежать добре ім'я, честь і гідність громадянина, його свобода, благополуччя його родини. Тут юридичні та моральні підстави невіддільні одна від одної. В нашому суспільстві законна і моральна мета, що стоїть перед органами суду, прокуратури і слідства, досягається тільки законними та моральними засобами»<sup>1</sup>.

Моральні вимоги судочинства означають не тільки проголошення високих етичних засад, а й додержання їх у всіх сферах кримінально-процесуальної діяльності, пов'язаної з розслідуванням злочинів. «Відправлення правосуддя з кримінальних справ — не тільки правова діяльність, не тільки боротьба за зміцнення законності, а й діяльність, прийнята моральними засадами, спрямована на всемірне утвердження моралі в житті суспільства, в поведінці людей»<sup>2</sup>.

Ґрунтуючись на загальних принципах моралі, що регулюють поведінку людей в суспільстві її зумовлюють розвиток і формування судово-етичних правил, жодною мірою не можна знаходити обставини, що дозволяють відхилитися від цих вимог, пояснюючи це завданнями та метою діяльності.

Засоби, якими досягаються цілі в судочинстві, повинні точно відповідати вимогам законності і судово-етичним нормам. Їх додержання

---

<sup>1</sup> *Кудрявцев В. Н.* Правовая наука и актуальные вопросы законности // Коммунист. — 1976. — №2. — С. 75.

<sup>2</sup> *Ривлин А. Л.* Нравственные начала в уголовном судопроизводстве // Сов. государство и право. — 1971. — № 8. — С. 112.

має бути непорушним правилом при проведенні судово-слідчих дій. Все, що суперечить таким вимогам, є неприйнятним, які б юридичні вигоди воно не обіцяло. Власне процесуальний простір повинен поповнюватися за рахунок досліджень, що ґрунтуються на наукових та етичних посилках, за рахунок прийомів, що не порушують перспективи встановлення об'єктивної істини.

У цьому відношенні диференційованого розгляду вимагають нові рекомендації, що наводяться в криміналістичній літературі. Йдеться про прийоми, пов'язані з певною психологічною дією, використанням гіпнозу, впливом екстрасенсів тощо.

Нині в українській, російській криміналістичній і кримінально-процесуальній літературі з'явилися нові тенденції щодо застосування так званих нетрадиційних методів одержання і використання доказової інформації, які за своєю сутністю, будучи антинауковими, войовничо стверджують про свою новизну та спроможність. Поширеність подібних тенденцій, заміна наукових підходів до проблем одержання та оцінки доказів псевдонауковими, нібито новими теоріями створюють серйозну загрозу демократичним засадам судочинства, підмінюють шляхи пошуку об'єктивної істини зверненнями до екстрасенсів, магнітних бурь, що негативно впливають на психіку людини, гіпнозу, безконтактних способів дії на осіб, що володіють прихованою інформацією. В усіх такого роду рекомендаціях увага теоретиків і практиків акцентується на методах витребування інформації при повному ігноруванні особи, яка потрапляє в орбіту судочинства, її прав і свобод.

Звернемося до зазначених рекомендацій. Так, в проблемі можливостей використання нетрадиційних криміналістичних і спеціальних знань та методів у розслідуванні злочинів нетрадиційні методи визначаються як такі, що ще не одержали достатнього визнання в теорії криміналістики і впровадженні в практику, котрі криміналістика пристосовує і використовує в своїх цілях для розкриття і розслідування злочинів<sup>1</sup>. Як видно з наведеного, це щось ефемерне, предмета котрого не існує.

Щоб підкріпити підстави неіснуючої концепції, деякі автори звертаються до філософських та історичних аналогій, відзначаючи, що якщо в основі наукових криміналістичних знань лежать філософські, то в основі нетрадиційних — звичайні, донаукові знання, знання «здорового глузду». Названу тезу соромливо аргументують тим, що якою б далекою

<sup>1</sup> Див.: *Клименко Н., Клецов А.* Возможности использования в расследовании преступлений некоторых нетрадиционных криминалистических и специальных знаний и методов // *Право Украины.* – 1998. – № 1. – С. 95.

не була від звичного знання сучасна теоретично висока наука, історично вона, так чи інакше, походить від донаукового знання<sup>1</sup>. Незрозуміло, якого роду генезис відбувається в даному випадку, коли в основі «нових» донаукових знань лежать наукові.

До нетрадиційних методів нерідко відносять перш за все метод інструментальної діагностики емоційної напруги людини (поліграф), який нібито дає змогу здійснювати діагностику причетності до злочину. Відомо, що цей метод не має нічого загального з діагностикою інтелектуального та психічного станів особи і реєструє тільки психофізіологічні реакції на різного роду подразники, що довільно інтерпретуються операторами як показники винуватості, причетності, знань про подію злочину. Поза сумніву, що його вживання в рамках судочинства недопустимо як таке, що порушує права особи. В числі нетрадиційних спеціальних знань рекомендується використання кінесики (мови жестів), які, за твердженням авторів, виконують значно великі функції, ніж елементарне спілкування. Виявляється, що мова жестів може використовуватися для психодіагностики особи, виявлення брехні, а також допомагати одержувати найрезультативніші способи проведення слідчих дій. Далі вершиною нетрадиційності, з погляду авторів, є знання, що впливають із зв'язку людини з біосферою, космічними знаннями, які забезпечують психічну діяльність людини.

І, нарешті, як наслідок звернення до всесвітнього розуму і високих енергетичних зв'язків з біосферою, рекомендуються телепатія — як передавання і приймання думок на відстані і ясновидіння — як можливість сприйняття фактів, що виникають поза аналізу певної інформації.

Наведені позиції достатньо широко аргументуються літературою різного характеру, в тому числі й науковою, відображає *тільки пошук* у тій чи іншій галузі і не більше. Слід зазначити, що все запропоноване мало місце в 20–50-х роках ХХ ст., і за цей період не просунулося ні в теоретичному обґрунтуванні, ні в практичному експерименті. Телепатія та ясновидіння давно відкинуті не тільки в науковому пошуку, а й у застосуванні в будь-якій галузі, тим більше в судочинстві, де пошук істини ґрунтується на логічному аналізі системи доказів, а не на інтуїтивних домислах шукачів нетрадиційності.

Достатньо широко дослідження нетрадиційних методів подано ученими і практиками слідчих органів Російської Федерації. Проблеми

<sup>1</sup> Див.: Клименко Н., Клевцов А. Вказ. праця. – С. 95.

використання при розслідуванні злочинів детектора і гіпнозу були не тільки предметом спеціально присвячених цим питанням науково-практичних конференцій, а й цілої низки рекомендацій щодо впровадження нетрадиційних методів у практику боротьби зі злочинністю. Примітним є те, що ці рекомендації були позбавлені навіть мінімальної експериментальної бази і ґрунтувалися на повідомленнях зарубіжної (американської) практики і деяких дослідах вітчизняних слідчих. Обережні вислови деяких учених про можливість у стані гіпнозу одержати забуту інформацію, негайно трансформувалися в рекомендації про його дієвість і необхідність широкого застосування.

Не можна не відзначити і такі рекомендації, що свідчать як про нецтво їх винахідників, так і про велике прагнення заявити про нові методи більш ніж сумнівної властивості. Йдеться про інформаційні листи прокуратури Російської Федерації щодо високої результативності застосування в допитах обвинувачених часу магнітних бурь, у період яких вони знаходяться в смерковому стані і тому ефект їх опору невеликий. Автори названих рекомендацій не розуміють сутності цього стану, що не дозволяє адаптуватися особі до спілкування, а тим більше давати показання.

Викликають подив і різко негативне ставлення проповідування гіпнозу при проведенні допиту та інших слідчих дій, пропоноване в підручнику з криміналістики, рекомендованому Московською державною юридичною академією. В підручнику, виданому за редакцією проф. В. Образцова, достатньо докладно описуються методи гіпнотичної дії з метою одержання показань від свідків та обвинувачених, іменовані участю спеціаліста у допиті. В хльостких висловленнях про те, що «неухильно, хоча і повільно, крадькома, з оглядкою, гіпноз наближається до кримінального процесу, завойовуючи все більше розумів невгомних учених-криміналістів, проникаючи в практичну діяльність творчо активних співробітників органів дізнання і попереднього слідства», автор виклав впровадження всупереч «кримінально-процесуальним доктринам і радетелям уявної цнотливості вітчизняної Феміди»<sup>1</sup>. Недопустимими в подібних висловах є не тільки термінологічна розбещеність, а й ігнорування високих критеріїв криміналістичної тактики — законності, науковості, її етичного характеру та ін.

Гіпноз у багатьох своїх характеристиках в плані використання в розслідуванні і судовому розгляді не може претендувати на позиції науковості, тим паче, що він не має тієї експериментальної бази, яка могла б набли-

<sup>1</sup> Криміналістика: Учебник / Под ред. В. А. Образцова. – М., 1997. – С. 317.

зити його до наукових досягнень, а тим більше до результативних рекомендацій. Дія на особистість у стані гіпнотичного сну з метою одержання доказової інформації відразу знімає можливість використання цього методу, що порушує свободу виявлення, висловлення тих відомостей, якими володіє особа. Ураження такої свободи є порушенням прав особистості, що не узгоджується з демократичними формами судочинства.

Залишають негативне враження неосвічені, деколи антинаукові міркування і рекомендації, що стосуються використання в допиті та інших слідчих діях гіпнозу. Застосовуючи медичні, головним чином психіатричні, посилки у цій галузі, деякі автори адаптують подібні дослідження до кримінально-процесуальної діяльності, співвідносячи їх з юридично важливими висновками про правдивість і хибність показань свідків та обвинувачених, можливість одержання приховуваної інформації тощо. Іменуючи відсутність значущих експериментів у цій галузі словами «гіпнорепродукція» та іншими, вони непомітно переносять свої уявлення в сферу тактичних рекомендацій, що мають антинауковий характер. Досить звернутися до рекомендацій Л. Удалової, що претендують на науковий рівень, аби побачити їх безпорадність і надуманість, не вписуються в норми кримінально-процесуальної діяльності. Так, у монографії останньої ми знаходимо цілі розділи, присвячені так званій гіпнорепродукції, тобто речам, що свідомо порушують демократичні основи судочинства і слідчу етику.

Звертаючись до проблеми активізації пам'яті, Л. Удалова відзначає: «...ми можемо зробити висновок про те, що активізація пам'яті свідків і потерпілих за допомогою гіпнорепродукції є науково обґрунтованим методом тому, що він відповідає таким критеріям, які належать до наукового знання: відповідають сучасному рівню розвитку науки; перевірені практикою, експериментально апробовані... з їх допомогою можуть бути одержані достовірні результати...»

«Таким чином, — продовжує авторка, — ми бачимо, що гіпноз — це не «тваринний магнетизм» і не шарлатанство, а науково обґрунтований медичний метод, широко вживаний більше ста років у медицині, психології та психіатрії, а останнім часом і в криміналістиці як високоефективний спосіб відтворення подій минулого»<sup>1</sup>.

Примітним у цих конструкціях є визначення процесуального статусу гіпнотизера — то він фахівець, що допомагає в допиті, то він експерт при призначенні судово-психологічної (?) експертизи. Зі всіх цих посилок

<sup>1</sup> Удалова Л. Д. Теорія та практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України: Монографія. — К., 2005. — С. 172–173.

авторка робить висновок про необхідність внесення до КПК статті, яка регулює застосування гіпнозу.

Незрілі міркування приводять авторку до неправомірних висновків, що тягнуть за собою порушення прав особи, санкціоноване законом.

Як нові рекомендації витягаються із надр забутих і неприйнятних у багатьох цивілізованих країнах ідеї використання звичайної медичної конструкції, поєднань з пропонованим у минулому столітті асоціативним експериментом (Еріх Штерн), з метою встановлення причетності особи до події злочину. Прилад відповідно країні використання в поліції іменується лай-детектором (США), поліграфом (Велика Британія), варіографом (Польща) і має за мету застосування показників медичних датчиків у вільний юридично значущий оцінний варіант.

Усі ці прагнення модифікувати апаратуру з метою одержання значущої для розслідування інформації не можуть становити наукового інтересу, оскільки не мають у своїй основі тих залежностей, які могли б розшифрувати приховану інформацію. Навіть відкриті в управліннях внутрішніх справ Москви, Саратова та інших міст лабораторії далекі від наукових концепцій, які можуть бути використані для юридичних припущень, а не висновків, як це вважають А. Комісаров, В. Образцов, Л. Удалова та ін. Досить примітним тут є визначення процесуальної характеристики особи, яка працює з поліграфом. В одних випадках вона фахівець (невідомо, в якій галузі), в інших — збирач даних для слідчого, який оцінює *останні* (не маючи щонайменшого уявлення про рівень їх достовірності)<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що жоден суд у США, Великій Британії, Франції та інших країнах не приймає цю інформацію як докази, що є головним в оцінці використання таких приладів. *Останні* були висміяні відомим чеським письменником Карелом Чапеком в його розповіді «Експеримент професора Роусса», де йдеться про розвінчання ідей, покладених у так звані наукові методи, що використовуються в нинішніх поліграфах, якими б вони помпезними формами не обставлялися<sup>2</sup>.

Не можна не помітити й іншої тенденції — так званого вдосконалення кримінально-процесуального законодавства, де рівень рекомендацій доходить до абсурду. Однією з таких рекомендацій є пропозиція Л. Удалової проводити допит у присутності співробітника оперативно-

<sup>1</sup> Див.: Удалова Л. Д. Теорія та практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України. – С. 184.

<sup>2</sup> Див.: Чанек Карел. Експеримент професора Роусса. Рассказы. – М., 1985. – С. 106.

розшукових органів як особи, відомості якої стимулюватимуть допитуваного до давання правдивих показань<sup>1</sup>. Важко уявити процесуальний статут цієї фігури, крім як залякування допитуваного і позбавлення можливого захисту його прав і свобод. Функції, які виконуватиме така особа, не несуть нічого, крім негативної психологічної дії, що викликає негативні емоції у допитуваного. Надаючи подібні рекомендації, слід погоджувати їх, перш за все з позицій допустимості й правомірності введення подібних фігур у сферу судочинства.

У цьому плані завданням криміналістики та її розділу тактики є розроблення прийомів одержання доказів, заснованих на використанні досягнень психології, логіки, кібернетики, теорії ігор, а не звернення до концепцій гіпнозу, які зістаріли, телепатії, ясновидіння, що свідчить про безпорадність сучасних рекомендацій у досліджуваній галузі.

Практика реалізації конституційних свобод у судочинстві йде в двох напрямках: а) жорстке додержання проголошених гарантій; б) вільна інтерпретація вимог, що мають місце, з тенденцією до використання нових віянь у плані пошуку доказової інформації, введення її результатів у арсенал прийомів і методів, розроблених і рекомендованих наукою.

При цьому тенденції другого плану, які досить вільно тлумачаться, стали, на жаль, превалювати і одержувати достатньо широке впровадження. Це стосується так званих нових нетрадиційних напрямів одержання та оцінки доказів у судочинстві, таких як екстрасенсорика, лозоходство, широке використання поліграфу, психологічних тестів, пошукових приладів безконтактної взаємодії. Проголошення та впровадження таких методів, позбавлених наукової основи, і, більш того, розроблення методичних рекомендацій щодо їх використання (В. Комісаров, В. Образцов) неправильно орієнтують судово-слідчу практику на використання незбагнених інтуїтивних припушень.

Проникнення в практику судочинства результатів такого роду нібито наукових досліджень тягне за собою порушення не тільки законності, а й етичних норм, що є одними з головних підстав гуманного ставлення до особи, котра потрапила в орбіту судового процесу, як гарантії демократичних свобод у державі.

*Надійшла до редколегії 24. 04. 06*

<sup>1</sup> Див.: Удалова Л. Особливості проведення вербальних слідчих дій // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 11. – С. 164–165.



*О. Наден*, доцент Східноукраїнського національного університету

## **Кримінальне правовідношення — предмет кримінально-правового регулювання**

Правове регулювання суспільних відносин, маючи в своїй основі єдину природу, разом з тим суттєво різниться залежно від сфери, в якій воно здійснюється. Саме тому сфера здійснення правового регулювання, тобто коло тих явищ, які йому піддаються, у вітчизняній правовій літературі традиційно вважається одним з критеріїв виділення галузей права. Більш того, цьому критерію протягом тривалого часу надавалося значення провідного, визначального в поділі права на галузі.

На нинішньому етапі розвитку юридичної науки все більшого поширення набуває думка про провідну роль методу правового регулювання у виділенні сфер правового регулювання (інакше кажучи, у поділі права на галузі). Така концепція пов'язана з дихотомічним поділом права на приватне і публічне. Саме такий поділ і зумовлює те, що одні сфери суспільного життя регулюються диспозитивним методом, а інші — імперативним. І саме залежно від того, який метод правового регулювання використовується в тій чи іншій сфері, і пропонується виділяти сфери правового регулювання. У зв'язку з цим деякі автори доходять висновку про наявність двох галузей (іноді говорять — супергалузей) правового регулювання: права приватного і права публічного. При цьому до приватного права відносять всі ті норми, які регулюють суспільні відносини диспозитивним методом, а до публічного — ті, які регулюють суспільні відносини імперативним методом.

Подібний поділ цілком застосовний до виділення зі сфери правового регулювання приватного права. Єдність приватноправових (цивільних) суспільних відносин дає підстави для отождоження приватного права з цивільним (якщо розуміти останнє широко, включно із сімейним, житловим, підприємницьким, трудовим правом). Ця єдність зумовлена єдністю як правового статусу суб'єктів таких відносин (юридично рівні, майново самостійні, автономні суб'єкти), так і їх предмета (особисті немайнові та майнові блага).

Разом з тим ті суспільні відносини, які регулюються імперативним методом, мають суттєві відмінності між собою, зумовлені не так відмінностями в правовому статусі їх суб'єктів (оскільки суб'єкти таких відносин завжди юридично нерівноправні, між ними існують відносини

влади-підпорядкування), як особливостями предмета та змісту цих відносин. Саме тому сфера публічного права вимагає уточнення галузевого поділу не лише за методом, а й за використанням іншого критерію. Таким критерієм часто пропонують вважати саме предмет правового регулювання.

Проте, на наш погляд, на сучасному етапі розвитку правової і в першу чергу кримінально-правової науки видається за можливе уточнити цей критерій шляхом вказівки на відмінності предмета і об'єкта правового регулювання. Розмежування понять «об'єкт» і «предмет» правового регулювання в цілому не характерне для вітчизняного правознавства. Більшість дослідників вживають відповідні терміни як синоніми для позначення того, що регулюється правом. Лише в останні роки в дослідженнях деяких теоретиків права (наприклад, В. Нерсесянца) висловлюється судження про їх відмінність. Криміналісти проблему їх розмежування наразі не тільки не розв'язують, а й не ставлять.

Як відомо, категорії «об'єкт» і «предмет» співвідносяться за декількома параметрами (характеристиками). По-перше, поняття об'єкта є більш широким стосовно предмета, охоплює його собою. По-друге, об'єкт є явищем загальним, предмет — конкретним, тобто об'єкт завжди виражається в предметі. З огляду на викладене, стосовно об'єкта і предмета правового регулювання можна стверджувати, що саме нескінченна множина предметів такого регулювання становить його об'єкт.

З огляду на таке розуміння співвідношення категорій «об'єкт» і «предмет» можна стверджувати, що об'єктом правового регулювання є суспільні відносини. Тому об'єктом правового регулювання окремої галузі права виступає велика група однорідних суспільних відносин, що становлять окрему, відносно самостійну сферу (галузь) суспільного життя. Саме в такому розумінні категорія «об'єкт правового регулювання» і повинна використовуватися як другий (після методу правового регулювання) критерій поділу права на галузі. Причому специфіка цього критерію полягає в тому, що він використовується тільки з метою класифікації тих відносин, які регулюються імперативним методом.

Стосовно об'єкта кримінально-правового регулювання можна стверджувати, що його становить вся сукупність суспільних відносин, які складаються між державою та особами, котрі вчиняють злочини. Такі відносини є деперсоніфікованими, неконкретизованими, мають системний, узагальнюючий характер. Особливістю об'єкта кримінально-правового регулювання, зумовленою його публічно-правовим характером, є те, що такий об'єкт не може існувати до правового врегулювання. Якщо

приватноправові відносини можуть складатися в громадянському суспільстві до і незалежно від їх правового регулювання, то суспільні відносини, що регулюються кримінальним правом (так само, як і будь-які інші публічні відносини), можуть складатися лише на підставі відповідних норм права (зокрема, кримінального). Це зумовлено тим, що предмет таких відносин (кримінальна відповідальність), а також їх зміст (взаємні права й обов'язки суб'єктів) не можуть існувати поза нормою права, оскільки визначаються лише нею, не є для неї первісними.

У свою чергу предмет правового регулювання має розглядатися як одиничний випадок прояву стосовно об'єкта правового регулювання. Тому, під предметом кримінально-правового регулювання слід розуміти окремий випадок юридичного зв'язку між конкретною особою, яка вчинила злочин, та державою, врегульований нормами кримінального права. Такий юридичний зв'язок у літературі традиційно називається правовідносинами. Стосовно ж кримінального права його треба іменувати кримінальними правовідносинами.

Отже, предмет кримінально-правового регулювання становить врегульоване нормами кримінального права України відношення (зв'язок) між конкретною особою, яка вчинила злочин, та державою. Саме в такому розумінні предмет кримінально-правового регулювання і досліджується в цій роботі.

Вчення про правовідношення має давню традицію у вітчизняній правовій науці в цілому і кримінально-правовій зокрема. Попри це і на нинішньому етапі в ньому ще залишаються як малодосліджені питання, так і питання, щодо яких висловлюються неоднозначні судження. Зокрема, до перших слід віднести проблему юридичних фактів, які породжують, змінюють та припиняють кримінальне правовідношення, його модифікації в динаміці розвитку, співвідношення кримінально-правового відношення з кримінально-процесуальним та кримінально-виконавчим тощо. До других належать питання про момент виникнення і припинення кримінально-правового відношення (яке має пряму залежність з практично не розробленим вчиненням про юридичні факти в кримінальному праві); про структурні елементи кримінального правовідношення: його суб'єктів, предмет та зміст; про класифікацію кримінальних правовідносин тощо.

Залишаючи інші з намічених питань для окремих досліджень, розглянемо питання про момент виникнення і припинення кримінального правовідношення. Визначеність у цьому питанні має суттєве значення для встановлення меж кримінально-правового регулювання, що в свою

чергу створює методологічну підставу для подальшого вирішення питань дії кримінального закону.

Питання про момент виникнення кримінальних правовідносин у літературі з кримінального права вирішується по-різному. Одні автори вважають, що кримінальні правовідносини виникають з моменту виникнення кримінальної відповідальності особи. Оскільки ж кримінальну відповідальність вони розуміють як обов'язок винної особи відповідати за вчинений злочин, то вони й стверджують, що такий обов'язок виникає з моменту вчинення злочину, а відтак, з цього ж моменту виникають, на їх думку, і кримінальні правовідносини<sup>1</sup>. Велика група криміналістів також пов'язує момент виникнення кримінального правовідношення з моментом вчинення злочину, однак не зв'язує з цим же моментом виникнення кримінальної відповідальності. Інші вважали, що кримінальне правовідношення «виникає тоді, коли починається застосування норм кримінального права»<sup>2</sup>. Поділяючи таку думку, О. Санталов уточнює, що «кримінально-правове відношення виникає з того моменту, коли починається застосування норми кримінального права, тобто з моменту порушення кримінальної справи»<sup>3</sup>. Я. Брайнін вважав, що кримінальне правовідношення виникає з моменту притягнення особи як обвинуваченого<sup>4</sup>. М. Загородников<sup>5</sup> і В. Смирнов<sup>6</sup> пов'язували виникнення кримінального правовідношення з набранням законної сили обвинувальним вироком суду.

Стосовно судження О. Санталова слід відзначити, що кримінальна справа може бути порушена і за відсутності у вчиненому діянні складу злочину. Це має місце, наприклад, тоді, коли злочинність вчиненого діяння не є очевидною і в ході досудового розслідування встановлюється, що вчинене не було злочином. Як слушно зазначає Т. Дубінін, застосування в подібних випадках норм кримінального права будь-якого

<sup>1</sup> Див., напр.: *Пионтковский А. А.* Правоотношение в уголовном праве // Правоведение. – 1962. – № 2. – С. 87–89; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. – Т. 1: Основные положения науки советского уголовного процесса. – М., 1968. – С. 89–90.

<sup>2</sup> *Ривлин А. Л.* Об уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношениях // Правоведение. – 1959. – № 2. – С. 111.

<sup>3</sup> *Санталов А. И.* Уголовно-правовые отношения и уголовная ответственность // Там само. – 1974. – № 5. – Вып. 1. – С. 125.

<sup>4</sup> Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение. – М., 1967. – С. 96.

<sup>5</sup> Див.: *Загородников Н. И.* О пределах уголовной ответственности // Сов. государство и право. – 1967. – № 7. – С. 44–45.

<sup>6</sup> Див.: *Смирнов В. Г.* Функции советского уголовного права (Предмет, задачи и способы уголовно-правового регулирования). – Л., 1965. – С. 153–159.

зв'язку з кримінальним правовідношенням не має і моментом його виникнення не може бути<sup>1</sup>. Більше того, чинний КПК України допускає порушення кримінальної справи навіть і в тому разі, коли незлочинність вчиненого діяння, а у зв'язку з цим і неможливість застосування щодо особи, яка його вчинила, норм кримінального права, є очевидною для органу, який приймає рішення про порушення такої справи. Так, відповідно до ч. 4 ст. 6 КПК «у разі наявності достатніх підстав вважати, що суспільно небезпечне діяння вчинено особою, яка досягла одинадцяти років, але до виповнення віку, з якого законом передбачена кримінальна відповідальність, по факту цього діяння порушується кримінальна справа. Така справа вирішується у порядку, передбаченому статтею 7<sup>3</sup> цього Кодексу». Нарешті, КПК допускає також порушення кримінальної справи за фактом вчинення певного діяння, тобто в ситуаціях, коли певна кримінально-правова норма ще не застосовується для його попередньої кваліфікації. Саме у зв'язку з цим початок застосування норм кримінального права, так само, як і момент порушення кримінальної справи, не можуть бути визнані часом виникнення кримінального правовідношення.

Перенесення ж моменту виникнення кримінального правовідношення на більш пізні етапи (пред'явлення обвинувачення, винесення обвинувального вироку суду чи набуття ним законної сили) теж не є обґрунтованим з наступних причин. По-перше, в такому випадку позбавляються кримінально-правових підстав усі попередні етапи досудового розслідування чи судового розгляду справи, що, звичайно ж, є невірним. По-друге, поставлення моменту виникнення кримінального правовідношення в залежність від вчинення певних дій органами держави є невірним, оскільки правовідносини — категорія об'єктивна, складаються і існують поза волею людей, у той час як констатація їх наявності в тих чи інших процесуальних документах завжди пов'язана із суб'єктивним сприйняттям слідчим чи суддею певних об'єктивних процесів. Більш того, встановлення органом дізнання, слідчим або судом ознак злочину не завжди адекватне самій наявності злочину, адже відомо, що в практиці кримінального правозастосування непоодинокими є випадки розбіжностей між фактичними обставинами і висновками процесуальних документів<sup>2</sup>. Помилково винесений вирок «встановлює» вчинення злочину, але не може зробити реально відсутній злочин існуючим. Реальність, а точніше

<sup>1</sup> Див.: *Дубинин Т. Т.* О моменте возникновения уголовной ответственности // Основания и порядок реализации уголовной ответственности / Отв. ред. С. А. Шейфер. — Куйбышев, 1989. — С. 32.

<sup>2</sup> Див.: *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорской практики): Учеб. пособ. — Волгоград, 1973. — С. 9–10.

кажучи, матеріальність вчинення злочину, не пов'язана з фактом його виявлення органами розслідування або винесенням вироку судом. У зв'язку з цим М. Строгович слушно зазначав, що «вирок суду не робить людину злочинцем, а визнає злочинцем того, хто став ним у момент вчинення злочину (якщо, звичайно, обвинувальний вирок винесено правильно)»<sup>1</sup>.

Отже, саме з моменту вчинення особою злочину в держави з'являється повноваження визнати цю особу такою, що вчинила злочин, і піддати її кримінальній відповідальності. Саме в цей момент з'являється і обов'язок особи, яка вчинила злочин, бути підданою кримінальній відповідальності. Відтак, саме з моменту вчинення злочину з'являються всі необхідні елементи, системне поєднання яких і становить кримінальне правовідношення. У зв'язку з цим можна стверджувати, що саме з моменту вчинення злочину і складається кримінальне правовідношення, яке є предметом кримінально-правового регулювання.

Разом з тим юридичний зміст такого правовідношення на даний момент ще не може бути реалізований. Інакше кажучи, держава з самого моменту вчинення злочину ще не може виконати свій обов'язок щодо покладення на злочинця кримінальної відповідальності, а останній — неспроможний виконати свій обов'язок, який полягає у зазнаванні (перетерпінні) такої відповідальності. Саме тому юридичний зміст кримінального правовідношення в даний момент деякі автори слушно називають потенційним. Для того щоб стати реальним, тобто таким, який вже можна реалізувати, необхідна поява другого юридичного факту, а саме — набуття законної сили обвинувальним вироком суду.

Поява такого юридичного факту є основною метою і кінцевим результатом розвитку іншого виду правовідносин, які складаються одночасно з кримінальними, а саме — кримінально-процесуальних правовідносин. У рамках цих правовідносин, урегульованих нормами кримінально-процесуального права, збираються та оцінюються докази винуватості особи у вчиненні злочину. М. Полянський правильно писав, що мета кримінального процесу «полягає у встановленні для конкретного випадку (тобто, чи існує) права держави на покарання та евентуально (тобто, якщо воно існує) тих меж, в яких воно підлягає здійсненню»<sup>2</sup>.

Таким чином, між особою, яка вчинила злочин, і державою складаються одночасно два види правовідносин: кримінальне та кримінально-

<sup>1</sup> *Строгович М. С.* Вказ. праця. – С. 89.

<sup>2</sup> *Полянський Н. Н.* Очерки общей теории уголовного процесса. – М., 1927. – С. 44.

процесуальне. Причому, якщо в першому юридичний зміст має потенційний характер, що означає неможливість його реалізації до завершення другого правовідношення, то в другому — якраз реальний характер. Держава в особі органів дізнання, слідства і прокуратури одержує повноваження кримінального переслідування особи, яка вчинила таке діяння. Особа ж ця має обов'язок сприйняти кримінальне переслідування і право на те, аби воно велося в рамках закону, право доводити свою невинуватість у вчиненні злочину та вважатися невинуватою у його вчиненні, доки судом не буде визнано протилежне.

Такі правовідносини іноді розглядають як єдині і називають правовідносинами кримінального переслідування<sup>1</sup>. В такому розумінні вони, за загальним правилом, закінчуються у момент набрання законної сили вироком суду, а в окремих випадках, коли держава з тих чи інших причин відмовляється від кримінального переслідування, — і раніше. При цьому протягом певного часу суб'єкти описаного правовідношення можуть і не знати про його виникнення. Це, зокрема, має місце у період, коли злочин ще є латентним, або коли особа, яка його вчинила, ще не усвідомлює самого факту вчинення (наприклад, унаслідок невиправданої юридичної помилки) тощо. Проте таке незнання не усуває об'єктивної наявності самого правовідношення.

Зміст матеріального кримінального правовідношення реалізується у момент набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Саме в цей момент раніше потенційні обов'язки держави (щодо покладення кримінальної відповідальності) та особи, яка вчинила злочин (щодо її зізнання), стають реальними і підлягають виконанню. Відповідно до ч. 2 ст. 2 КК України «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду».

Після цього настає період фактичної реалізації державою й особою, яка вчинила злочин, своїх обов'язків, що становлять зміст кримінально-правового відношення. В літературі висловлюються різні судження щодо того, в рамках яких правовідносин здійснюється така реалізація. Одні криміналісти вважають, що вона відбувається в рамках кримінально-виконавчих (виправно-трудова) правовідносин. Інші стверджують, що цей процес відбувається в рамках матеріального кримінального правовідношення. На наш погляд, після набрання обвинувальним вироком законної сили кримі-

<sup>1</sup> Див.: *Головко Л. В.* Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право. — 2000. — № 6. — С. 41–51.

нальне правовідношення не припиняється, оскільки продовжують існувати всі його елементи: суб'єкти, об'єкт та юридичний зв'язок між суб'єктами, визначений на підставі норм кримінального права. Разом з тим з моменту набрання вироком законної сили (а точніше, з моменту обернення його до виконання) складається якісно новий вид правовідношення — кримінально-виконавчі правовідносини. В їх рамках вирішуються процедурні та організаційні питання, пов'язані з відбуванням покарання, призначеного вироком суду. Однак, такі правовідносини можуть і не скластися у тих випадках, коли обвинувальний вирок суду не пов'язаний з призначенням покарання (ч. 4 ст. 74 КК), або коли особа звільнена від відбування призначеного їй покарання з підстав, передбачених КК. Більш того, кримінально-виконавче правовідношення, як правило, припиняється раніше закінчення кримінального правовідношення. Так, підставою припинення кримінально-виконавчого правовідношення є звільнення особи від відбування покарання (у зв'язку з його відбуттям чи дострокове), тоді як кримінальне правовідношення продовжує існувати аж до завершення реалізації останнього із заходів кримінальної відповідальності — судимості.

Отже, викладене свідчить про те, що і після набрання обвинувальним вироком законної сили кримінальне правовідношення продовжує існувати. За загальним правилом, не завжди поряд з ним виникає й існує кримінально-виконавче правовідношення. Проте його існування не заперечує існування в цей момент кримінального правовідношення.

Таким чином, кримінальне правовідношення, виникнувши з моменту вчинення злочину, в своєму розвитку проходить два етапи. Спершу (від моменту виникнення і до набрання вироком законної сили) його юридичний зміст має потенційний характер. Далі (з моменту набрання вироком законної сили і до виконання визначеного ним покарання та спливу строку судимості) його юридичний зміст реалізується. Той факт, що в обидва періоди суб'єктний склад (особа, яка вчинила злочин, і держава) та предмет (кримінальна відповідальність) такого правовідношення є єдиним, а його зміст знаходиться у діалектичному процесі розвитку в напрямку його конкретизації та реалізації, дозволяє говорити про існування єдиного кримінального правовідношення від моменту вчинення злочину і до моменту закінчення реалізації всього обсягу кримінальної відповідальності за нього. За загальним правилом, останній момент збігається з моментом погашення (або зняття) судимості.

Викладене дає підстави для висновків про необхідність розрізняти об'єкт і предмет кримінально-правового регулювання, розуміти останній як кримінальні правовідносини, що виникають з моменту вчинення злочину та існують до моменту реалізації кримінальної відповідальності



за нього, якщо тільки держава з певних причин (звільнення від кримінальної відповідальності) не припинить його раніше. Подібне розуміння предмета кримінально-правового регулювання створює підґрунтя для подальших наукових досліджень його змісту та характеру впливу на нього, здійснюваного суб'єктом такого регулювання.

*Надійшла до редколегії 25. 04. 06*

**В. Тимошенко**, професор, Перший заступник Голови Служби безпеки України

## **Кримінологічна характеристика відмивання (легалізації) доходів, одержаних злочинним шляхом у сфері наркобізнесу**

Не вдаючись до загальновідомих висловів і тверджень стосовно того, що разом із занедбаною економікою — після розпаду Радянського Союзу — пострадянські країни отримали у спадщину всі негаразди періоду тоталітаризму, пізніше — «перебудови», слід зазначити, що з'явилася та стрімко розвивається одна з основних загроз розбудови незалежної України — наркобізнес, який обґрунтовано вважається найнебезпечнішим проявом сучасної організованої злочинності.

Небезпечність зрошення наркобізнесу і можновладців, особливо в формі «особистої унії», полягає ще й у тому, що воно ставить за кінцеву мету не тільки прикриття наркобізнесу, а й легалізацію коштів від наркодіяльності, зокрема відмивання брудних грошей у сфері наркобізнесу.

Насамперед визначимося з юридичним поняттям терміна «відмивання (легалізація) доходів, одержаних злочинним шляхом». У зарубіжній та вітчизняній правовій літературі таких понять існує понад п'ятнадцять. Слід навести найбільш вживані визначення терміна «відмивання».

Відмивання грошей — це широке коло діяльності, яка здійснюється з використанням коштів, прихованих від нагляду фінансових інструментів, що ускладнює змістовну та всебічну оцінку її масштабів (Д. Солонго, США)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Солонго Д. Глобальная программа борьбы с отмыванием денег. Российский капитализм и отмывание денег. – Н.-Й., 2001.

Під відмиванням коштів треба розуміти операції, що здійснюються з метою на першій стадії приховати наявність, походження та цільове призначення майнових цінностей, одержаних в результаті злочину, щоб на другій стадії одержувати від них регулярні прибутки (Х. Кернер, Німеччина)<sup>1</sup>.

Відмивання грошей — це численні способи, за допомогою яких злочинці приховують джерело, походження та особи власників незаконно одержаних коштів, здійснюючи з такими коштами операції, внаслідок яких виникає враження законності цих грошей. Відмивання, таким чином, означає, що в результаті низки операцій «брудні» гроші злочинців набувають «чистого» вигляду (Д. Брандоліно і М. Бечнер, США).

Відмивання — процес легалізації доходів, одержаних незаконним шляхом, який включає вуалювання джерел протиправних доходів, ініціаторів, співвиконавців та протизаконних засобів їх отримання і впровадження в легальну чи псевдолегальну господарську діяльність (В. Попович, Україна).

Що об'єднує ці чотири поняття? Якими позитивними чинниками, а водночас вадами, на наш погляд, вони відзначаються? Спробуємо, бодай стисло, відповісти на ці питання.

По-перше, всі термінологічні поняття визнають відмивання «брудних» грошей злочинною, протиправною діяльністю. Автори цитованих правових понять вказують на таку незаперечну ознаку протиправної легалізації коштів, як приховування (вуалювання) злочинних капіталів, їх власників, джерел походження та ін. Х. Кернер і В. Попович акцентують увагу на такому принциповому аспекті, як здобуття коштів, що легалізуються, «в результаті злочину» (Х. Кернер) або «незаконним шляхом» (В. Попович). Вони ж вказують на мету власників «відмитих» коштів — одержувати від них регулярні прибутки (впроваджувати в легальну чи псевдолегальну господарську діяльність). Наведені висновки шановних авторів загалом заслуговують на позитивну оцінку<sup>2</sup>.

По-друге, жоден з авторів, на жаль, не звернув уваги на те, що відмивання кримінальних коштів є умисним, злочинним діянням. Ніхто з них не вказав і на глобальний характер цього небезпечного явища. Недостатньо послідовною вважаємо також тезу Х. Кернера і В. Поповича

<sup>1</sup> Див.: Кернер Х., Дах Э. Отмывание денег. Путеводитель по действующему законодательству и юридической практике. — М., 1996.

<sup>2</sup> Див.: Кернер Х., Дах Э. Вказ. праця; Попович В. М. Взаємозв'язок організованої злочинності. «Відмивання» доходів незаконного походження та «тіньової» економіки // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). — 2002. — № 5.

щодо мети власників незаконних капіталів — використати їх для одержання прибутків і впровадження в легальну економіку. Звичайно, деякі правопорушники, які володіють величезними сумами незаконно здобутих грошей, справді використовують певну частину з них для інвестування у легальну або тіньову економіку, придбання нерухомості, транспортних засобів, високоліквідних товарів, будівництва котеджів тощо. Але більша частина коштів, насамперед одержаних від реалізації наркотиків, спрямовується на розвиток злочинної діяльності, підтримання наркотрафіку та тероризму, закупівлю нових партій зброї, підкуп корумпованих представників влади та ін. Досить обмеженим як з правового, так і фактологічного погляду є, на нашу думку, і визначення легалізації коштів американської дослідниці Д. Солонго.

Вважаємо, що найбільш повно поняття «відмивання коштів та іншого майна» визначено у ст. 2 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом». Його подали до Верховної Ради України Ю. Кармазін, В. Король, Г. Васильєв, М. Сирота та ін.: «До легалізації (відмивання) доходів цим Законом відносяться дії, спрямовані на приховування чи маскуванню незаконного походження коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а так само набуття, володіння або використання коштів або іншого майна, за умови усвідомлення особою, що вони були доходами»<sup>1</sup>.

Позитивно оцінюючи запропоноване визначення, вважаємо за необхідне вказати й на поодинокі упущення, на які звертали увагу розробники ще в процесі опрацювання згаданого Закону. Але на них, на жаль, не зауважила більшість профільного комітету Верховної Ради України. Йдеться про доповнення цитованої вище норми принципово важливими, на нашу думку, дефініціями. Перша з них мала б вказувати на глобальний або регіональний характер відмивання кримінальних капіталів; друга — на приховування власниками доходів, здобутих злочинним шляхом, не тільки джерел походження, належності або власника цих доходів, а й їх цільового призначення. Упущено й таку суттєву ознаку процесу легалізації, як злочинний характер капіталів (поняття «незаконне походження», на наш погляд, не охоплює усієї сукупності кримінальних діянь, що становлять процес легалізації «брудних» коштів). Більш чітко належало б визначити й умисний характер цього злочину. Гадаємо, що такі доповнення диктуються самим характером злочинних операцій з легалізації коштів.

<sup>1</sup> Див.: Уряд. кур'єр. – 2002. – № 231.

З огляду на викладене пропонуємо таке визначення терміна «відмивання грошей»: «Переміщення та легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, які мають глобальний або регіональний характер, — це умисне вчинення будь-яких дій, спрямованих на приховування джерел, належності (володіння) та цільового призначення цих доходів, тобто надання правомірного характеру володінню, користуванню або розпорядженню цими доходами».

Розглянемо тепер цілі, які ставить перед собою криміналітет у процесі легалізації коштів, одержаних злочинним шляхом. Важливість їх визначення має практичний характер для організації оперативно-розшукових заходів і певною мірою залежить від двох чинників: у результаті яких злочинних дій здобуто гроші чи інші майнові цінності (торгівля наркотиками, зброєю, терор, контрабанда, корупція, участь у тіньовому бізнесі). Це перший чинник. Другий, зрозуміло, залежить від суми коштів, що відмиваються.

І все ж мета легалізації «брудних» грошей має переважно універсальний характер і полягає у такому:

— приховування джерел, власників та цільового призначення кримінальних доходів;

— використання кримінальних коштів для продовження і подальшого розвитку злочинної діяльності;

— інвестування частини легалізованих грошей у тіньову або легальну економіку з метою подальшого проникнення в господарські та урядові структури і створення передумов для підпорядкування криміналітетові економічних, соціальних та політичних інституцій;

— обмін певної частки відмитих капіталів на унікальні історичні та культурні цінності: картини, ікони, золоті вироби, старовинні манускрипти та ін.;

— створення видимості законного одержання «відмитих» капіталів;

— заміні однієї валюти на іншу, більш поширену й прийнятну для здійснення кредитно-банківських операцій;

— обмін готівкових грошей на банківські чеки, пластикові картки, акредитиви, страхові поліси та ін.;

— ухилення від сплати податків, зборів, митних платежів;

— забезпечення зручного й оперативного доступу до коштів, одержаних з нелегальних джерел.

Проте злочинцям унаслідок багатьох причин (неможливість «виходу» на банк чи інше фінансове підприємство у зв'язку з перебуванням

на нелегальному становищі, відсутність надійних документів або спільників, через яких можна було б відмити кошти та ін.) іноді не вдається швидко легалізувати «брудні» гроші. У такій ситуації вони витрачають великий обсяг готівки на різні товари, послуги, азартні ігри, утримання повій тощо, що створює для органів правопорядку додаткові можливості для викриття й арешту таких злочинців.

Інша категорія більш обережних і далекоглядних злочинців, переважно з нелегалів-наркодилерів і ватажків організованих злочинних угруповань, не маючи можливості реалізувати здобуті капітали, приховує їх у спеціально обладнаних схованках, у родичів або надійних знайомих, щоб у більш сприятливій обстановці інвестувати ці гроші в економічні структури чи інші форми легального бізнесу. Отже, у правопорушників, які володіють значними коштами, здобутими злочинним шляхом, є досить широкі можливості для їх легалізації, приховування та витрат.

Наведемо приклад із практичної діяльності ДЕА США. Одержані в результаті наркотрафіку кошти (1 млн доларів) готівкою нелегально переміщуються з Мексики на острів Гренада і депонуються на кількох номерних рахунках із закодуванням особи власника. Через кілька тижнів, переконавшись, що кошти розміщені успішно, гроші вилучаються і передаються спеціально підібраному кур'єрові із «залізними» документами та позитивною репутацією, який легально вивозить їх у США. В'їжджаючи в країну, він офіційно декларує 1 млн доларів США. На митниці в аеропорту кур'єр відкриває валізу, в якій містяться 100 тис. доларів різними купюрами. При цьому він розраховує, що митник у зв'язку зі швидкоплинністю процесу контролю не перерахуватиме гроші. Та працівник американської митниці вирішив-таки перевірити кількість ввезеної валюти. Передбачаючи й таку можливість, кур'єр заявив, що «помилився» і пред'явив митнику попередньо підготовлений чек банку Гренади на 900 тис. доларів (декларація чеків на той час — 1989 р. — законодавством США не передбачалася). Повертаючись назад на Гренаду вже з 1 млн «відмитих» доларів, кур'єр повідомив митників, що операція з нерухомістю, задля якої він і приїжджав в Америку, зірвалася й він повертається додому з тією ж сумою грошей, яка декларувалася при його в'їзді в країну<sup>1</sup>. Операція закінчилася. Злочинні капітали залучаються до загальної системи грошових розрахунків, де практично втрачається їхнє кримінальне походження.

За даними Департаменту інформаційних технологій МВС України видно статистику (по роках) зареєстрованих на території України зло-

<sup>1</sup> Див.: *Crampton Tomas*. How money launders make chaotic network of global money transaction // *International Herald Tribune*. – 2000. – 25 Oct.

чинів, що кваліфікувалися за ст. 209 КК України, а саме: 2002 р. — 93, 2003 р. — 105, 2004 р. — 130 злочинів. Наведемо декілька прикладів «відмивання» грошей, що практикуються насамперед у сфері незаконного обігу наркотиків.

Ось одна із типових схем легалізації наркодоларів, одержаних у процесі реалізації наркотиків у Далласі (столиця штату Техас, США). Два кур'єри за дорученням одного з колумбійських наркобаронів літаком вивозять одержані за наркотики гроші в Панаму і депонують їх на рахунок підставної фінансової установи, яка належить цьому ж ініціаторові наркобізнесу в Техасі. Після цього згадана підставна установа укладає угоду про надання наркобаронові позики на ту ж суму, яка фактично була депонована тим самим наркоділком. Коло замикається, гроші «відмито».

Інша модель. Декілька мільйонів лір дрібними банкнотами, які одержано за продаж наркотиків на вулицях міст на південному узбережжі Італії, передаються наркодилеру в Неаполь. В одному з довірених банків ліри обмінюються на фунти стерлінгів. Після цього банкноти в коробках з-під шоколаду відвозяться у фірму, яка займається транспортуванням вантажів. Коробки завантажуються в контейнер для подальшого перевезення судном у Бахрейн (Близький Схід). Туди ж літаком вилітає наркодилер для закупівлі за «відмиту» валюту недорогих у цьому регіоні золотих виробів. Придбані золоті дрібнички через корумпованого митника оформляються як металобрухт і літаком доставляються в Стамбул. Там золоті вироби переплавляються і як золото у брикетах реалізуються. У результаті дилер одержує «чисту» готівку в доларах або євро.

Досить оригінальними є методи нашарування готівки злочинними кланами Гонконгу, в тому числі тими, які активно займаються наркотрафіком. Часто перетинаючи кордони, жонглюючи юрисдикціями, гонконгівські мафіозі за допомогою добре оплачуваних юристів, так званих брандмауерів, створюють хаотичне павутиння угод, контрактів і банківських рахунків. Широко користуються вони й переказами грошей через Інтернет та депонуванням капіталів на кредитних картках. Перевагою Інтернету є те, що трансакції можна виконувати з дистанційних позицій, що забезпечує анонімність справжніх власників коштів. Досить популярним є метод заснування та експлуатації фіктивних фірм (їх іменують резервними) з юридичною адресою у маловідомих місцях, що забезпечує анонімність під час здійснення банківських переказів. Ще одним методом нашарування та легалізації «брудних» капіталів є складні багатопланові оборудки в процесі зовнішньоторговельної діяльності. Вони здійснюються за допомогою брокерів товарних чи ф'ючерсних

бірж, з якими укладаються угоди про фіктивне переміщення товарів, що на практиці гарантує ледь не стовідсоткову конспірацію забезпечення кримінальних грошей<sup>1</sup>.

На цій стадії відмивання гроші, як правило, переводяться в іншу країну, де відсутній належний державний контроль за діяльністю банків і не сплачуються податки з капіталу, депонованого іноземцями (деякі країни Карибського басейну, окремі держави Азії та Африки, острівні країни Європи). Прибутки від протиправної діяльності вивозять кур'єри («мули») готівкою з дорученням придбати за них у довіреному банку цінні папери — чеки, акції, акредитиви, облігації. Іншому банку пропонується купити згадані грошові документи, але вже не від імені клієнта, а від свого імені. Після цього виручка від проведеної операції (звичайно, з відрахуванням обумовленої відсоткової ставки на користь банку) переводиться на рахунок клієнта-власника в один із зарубіжних банків.

Переміщення «брудних» коштів у будь-яку країну планети — одна з форм відмивання злочинних капіталів, надання їм легального, юридично обґрунтованого вигляду. При цьому перевага надається країнам, у яких банківська та страхова діяльність не вимагає одержання спеціальних ліцензій, не висуваються вимоги щодо мінімального та максимального статуту капіталу, відсутні обов'язкові правила ведення бухгалтерського обліку, зберігається конфіденційний характер рахунків. Бажаними також є наявність положень про мінімальну кількість акціонерів (у деяких країнах і територіях вона обмежена до двох чи однієї особи — Панама, Велика Британія, Ліхтенштейн, острів Мен та ін.); відсутність належного державного контролю за банківською системою; можливість уникнути або обійти надання інформації щодо реального власника депозиту або банку (фірми).

Поступово, спочатку на національному, а далі й на міжнародному рівні, деякі політичні діячі, юристи, вчені (зокрема економісти) усвідомили величезну небезпечність, яку несе масове відмивання кримінальних коштів.

Ситуація, що склалася в цьому напрямку злочинної діяльності наркосиндикатів і транснаціонального криміналітету, викликала занепокоєння і в ООН та міжнародних правоохоронних структурах. Ще у 1993 р. Комісія ООН з питань наркотичних засобів прийняла спеціальну Резолюцію з питань боротьби з відмиванням грошей, одержаних у результаті незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. Ця Резолюція, прийнята в межах Програми ООН по міжнародному

<sup>1</sup> Див.: *Crampton Tomas*. Вказ. праця.

контролю за наркотиками (ЮНДКП), мала серйозне значення як для визначення загальносвітових правових норм боротьби з наркобізнесом, так і для подальшого розвитку національних кримінальних і кримінально-процесуальних кодексів. У повному обсязі вона стосувалася й України, де питання відмивання кримінальних прибутків на той час взагалі не було врегульовано.

У Резолюції, зокрема, було зроблено принципово важливий висновок про те, що боротьба з відмиванням грошей є найважливішим елементом викорінення наркомафії. Вона вимагала погоджених дій всіх держав — членів ООН в напрямі припинення намагань злочинних організацій переміщати одержані від продажу наркотиків прибутки через національні кордони. Пропонувалося координувати діяльність правоохоронних органів держав-членів у галузі боротьби з відмиванням грошей, привести національне законодавство у відповідність з нормами Конвенції ООН 1988 р., забезпечити відповідну підготовку працівників слідчих і фінансових органів країн-членів, які безпосередньо займаються цією справою<sup>1</sup>.

Розуміння небезпечності глобального відмивання кримінальних капіталів ставило перед владними, фінансовими та правоохоронними структурами цілу низку кардинальних питань юридичного й організаційного характеру. Насамперед необхідно було визначитися із суб'єктами та джерелами кримінальних доходів, а також із банківськими установами, в яких приховуються і легалізуються злочинні гроші, встановити, в які галузі економіки (країни, регіони, міста) вже інвестовано наркродолари та інші кошти, одержані незаконним шляхом.

Вивчення цих проблемних питань показало, що відмивання кримінальних доходів має, як правило, міжнародний характер і вже на початок 80-х років XX ст. у результаті кумулятивної дії таких чинників, як приховування та реінвестування десятків мільярдів доларів в економічну, соціальну й політичну сфери, набуло надзвичайно високого рівня. Чимало державних діячів, юристів, фахівців у сфері боротьби з наркобізнесом зрозуміли, що вилучення наркотиків чи нелегально одержаної зброї навіть у великих обсягах завдавало верховодам організованої злочинності лише незначних збитків, які швидко компенсувалися за наявності солідної матеріальної та фінансової бази. Водночас конфіскація активів, нерухомості, інших видів власності правопорушників позбавляє їх можливості організувати та підтримувати свою матеріально-технічну базу, платити кримінальному оточенню й корумпованим чиновникам, а головне — унеможливує здійснювати злочинну діяльність

<sup>1</sup> Див.: Доклад Комиссии по наркотическим средствам. – Вена, 1993.



надалі. Більше того, у таких випадках злочинці позбавляються головного стимулу своїх протиправних посягань — одержання максимально високих прибутків.

Акумулювавши величезні фінансові ресурси, наркокартелі та лідери кримінальної (або, як їх делікатно іменують, тіншової) економіки надали справі відмивання «брудних» грошей глобального, міжнародного характеру. Структури, які стабільно займалися відмиванням, у своїй повсякденній діяльності почали використовувати ті ж самі технології, які забезпечували рух легальних фінансових потоків на міжнародному рівні. Такий підхід до здійснення акцій із відмивання кримінальних капіталів створював для правоохоронних органів і спецслужб, що вели боротьбу з наркобізнесом і економічною злочинністю, нову оперативну ситуацію, яка проявлялася:

– у значному ускладненні процесу виявлення «брудних» грошей у величезному потоці практично аналогічних кредитно-фінансових операцій, який полягав у необхідності відстежувати переміщення кримінальних доходів, починаючи зі встановлення джерел їх надходження, виявлення справжніх власників, посередників тощо;

– у потребі для злочинців обов'язково звертатися до фінансово-банківських структур з метою приховування і подальшого відмивання незаконних коштів, що створювало для органів правопорядку, в разі організації надійного контролю за переміщенням капіталів та сприяння відповідним фінансовим установам, додаткові можливості відстежувати рух нелегальних коштів і виявляти злочинців.

Зі створенням незалежних держав на території колишнього СРСР збільшилися можливості для відмивання кримінальних капіталів на транснаціональному рівні. Ліквідація соціалістичної системи господарювання та перші кроки на шляху до ринкової економіки (приватизація, лібералізація фінансових стосунків, зменшення державного впливу на економіку та банківську систему в умовах відсутності відповідної нормативно-правової бази) відкрили кордони для вивезення валюти й цінностей за межі країни і створили практично необмежені можливості для відмивання кримінальних капіталів. Їх обсяги на міжнародному фінансовому ринку значно зросли, а переміщення з однієї країни в іншу, з однієї банківської установи до другої помітно прискорилось. Деяке уявлення про масштаби відмивання нелегальних коштів із постсоціалістичних країн надає інформація про вплив капіталів з Російської Федерації. За оцінкою відомого економіста академіка Л. Абалкіна, у 1992–1997 рр. він становив 133 млрд. доларів. Значна частина цих коштів була власністю криміналітету. Як пише дослідниця російської організованої

злочинності, співробітниця Управління з контролю над наркотиками і попередження злочинності США Долгор Солонго, за даними на кінець 1998 р., організовані злочинні угруповання контролювали до половини комерційних банків, 60% державних і 40% приватних підприємств Російської Федерації<sup>1</sup>. І немає особливої необхідності доводити, що значна частина незаконно спрямованих за кордон мільярдів перемішувалася туди для дальшого відмивання.

Нелегальний відплив капіталів з України з метою їх відмивання має інші обсяги. За даними Головного управління «К» Служби безпеки України, протягом другої половини 90-х років ХХ ст. він становив щорічно 2–3 млрд. доларів. Усього ж, за експертними оцінками, активи резидентів України за кордоном на жовтень 2001 р. становили орієнтовно 12–13 млрд. доларів. Зрештою, це зрозуміло. І рівень злочинності, і обсяг капіталів, що оберталися в нашій державі у тіншовому бізнесі, не йдуть у жодне порівняння з аналогічними російськими показниками, хоча і в Україні, за офіційними даними ДПА України, тіншовий бізнес охоплює вже майже 40–45% економіки країни. Не зменшується й вплив національного багатства у процесі зовнішньої торгівлі. Суми неповерненої валютної виручки з-за кордону становили: у 2000 р. — до 2,9 млрд. грн., у 2001 р. — 5 млрд. грн. Борги за зовнішньоекономічними операціями в Україні мають більше 7 тис. підприємств.

На початку 90-х років ХХ ст. до Інтерполу та спецслужб провідних країн світу почала надходити інформація, яка свідчила, що досить солідна частка вже відмитих у зарубіжних фінансових корпораціях кримінальних коштів організованих злочинних груп, у тому числі наркодолари, повертає під виглядом іноземних інвестицій у постсоціалістичні та деякі слабкорозвинені країни в економіку цих держав, щоб одержати таким чином легальні прибутки. При цьому гроші поверталися в країну. За їх рахунок купувалися приватизовані підприємства, нерухомість, транспортні засоби, антикваріат, встановлювалися зв'язки з корумпованими чиновниками. Усе це сприяло розширенню фінансових і матеріально-технічних можливостей криміналітету та його послідовному проникненню в урядову і політичну сфери. У ситуації, що склалася, злочинці одержали реальну можливість приборкати до рук окремі ланки фінансової системи, економіки, політичних та управлінських структур — як регіональних, так і державних.

Перед керівництвом провідних країн світу та міжнародними організаціями, зокрема ООН, постало невідкладне завдання — ор-

<sup>1</sup> Див.: Солонго Д. Вказ. праця.

ганізувати надійний заслін новим вкрай небезпечним методам діяльності організованої злочинності, не допустити подальшого проникнення «брудних» грошей у світову економіку і фінансово-банківську систему. Необхідно було позбавити кримінальні структури їх фінансової бази, зупинити процес масового відмивання нелегальних капіталів.

Всебічний аналіз цієї багатопланової проблеми показав, що її розв'язання можливе лише спільними зусиллями багатьох, а точніше — всіх країн світу. Так прийшло усвідомлення гострої потреби створення глобальної системи боротьби з легалізацією «брудних» грошей, системи, яка б забезпечувала широку координацію і взаємодію урядів і правоохоронних служб планети в цій сфері. Важливо, щоб така система не тільки охоплювала питання взаємодопомоги й обміну інформацією між компетентними службами, а й повсюдно забезпечувала єдині підходи та критерії оцінки легалізації злочинних капіталів на основі загальноприйнятих міжнародних принципів.

Що ж стосується взаємозалежності наркобізнесу та відмивання коштів, здобутих злочинним шляхом, то переконливим є такий висновок. Без викорінення наркобізнесу неможлива ефективна протидія відмиванню доходів, одержаних від злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотиків. З огляду на те, що ці доходи за своєю природою є головною детермінантою наркобізнесу, слід комплексно вирішувати питання організації протидії цим явищам.

*Надійшла до редколегії 25. 03. 06*

**О. Шило**, докторантка кафедри кримінального процесу НЮА України

## **Судовий захист як вид державного захисту прав і законних інтересів людини в правовій державі**

Відповідно до ст. 1 Конституції Україна характеризується як суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава.

Правова держава являє собою організацію політичної влади, що заснована на визнанні та реальному забезпеченні прав і свобод людини і громадянина, верховенстві права, взаємній відповідальності особи і

держави<sup>1</sup>. Отже, однією з основних ознак правової держави є законодавче закріплення і забезпечення реалізації основних прав і свобод людини в усіх сферах суспільного життя.

Забезпечення прав і свобод людини, як зазначає П. Рабінович, включає такі три елементи державної діяльності: сприяння реалізації прав і свобод людини (шляхом позитивного впливу на формування їх загальносоціальних гарантій); охорона прав і свобод людини (шляхом вжиття заходів, зокрема юридичних, щодо попередження, профілактики правопорушень); захист прав і свобод людини (відновлення порушеного правомірного стану, притягнення винних осіб до юридичної відповідальності)<sup>2</sup>. Цей напрямок діяльності є однією з основних функцій сучасної держави, а здійснення захисту прав і свобод людини — однією з форм реалізації функції їх забезпечення.

Тому правильною видається теза про те, що становлення демократичної і правової держави тісно пов'язане із подальшим розвитком форм і методів захисту прав і свобод людини і громадянина<sup>3</sup>. Особливого значення це положення набуває у сфері кримінального судочинства як такої, що найбільшою мірою несе ризики для її учасників — обмеження конституційних прав, застосування заходів кримінально-процесуального примусу тощо. Тому нормативний зміст кримінально-процесуальної діяльності має бути визначений таким чином, щоб збалансувати публічні та приватні інтереси; захист публічних інтересів і здійснення з цією метою відповідних заходів, пов'язаних з обмеженням прав людини, повинні корелювати з ефективними правозахисними механізмами, які мусять бути доступними для будь-якої особи, котра бере участь у кримінальному процесі. На наш погляд, тільки в такому випадку можна констатувати створення нормативної моделі кримінального процесу, яка дійсно відповідатиме сутності демократичної, правової держави.

Тенденції розвитку в останні роки законодавства України, зокрема кримінально-процесуального, зміни суспільної свідомості та офіційної доктрини щодо співвідношення інтересів держави і людини свідчать про прагнення до створення судочинства охоронного типу, спрямованого на захист прав і законних інтересів кожної людини незалежно від її процесуального статусу та підстав залучення до провадження по справі. В цьому

<sup>1</sup> Див.: Конституція України. Науково-практичний коментар. – Х.; К., 2003. – С. 12.

<sup>2</sup> Див.: Конституційно-правові засади становлення української державності / За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Тодики. – Х., 2003. – С. 95.

<sup>3</sup> Див.: *Погорілко В. Ф., Головченко В. В., Сірий М. І.* Права та свободи людини і громадянина в Україні. – К., 1997. – С. 48.

контексті актуальними є розробка єдиної концепції захисту прав людини в кримінальному судочинстві, створення системи гарантій від незаконного втручання з боку державних органів до сфери її приватних інтересів, обмеження її прав і свобод.

Особливе місце в цьому механізмі посідає суд як єдиний орган державної влади, основним призначенням якого є здійснення правосуддя. Проте погляд на правосуддя виключно як на вирішення судом справи по суті в сучасних умовах вже не може бути визнаний таким, що відповідає ролі суду в демократичній державі. С. Алексєєв наголошує на тому, що прийшов час змінити наше бачення правосуддя, інтерпретацію його призначення як одного лише «застосувача права». Дослідник зазначає: «Досвід розвинутих демократичних країн, причому не тільки англо-американської групи, свідчить, що високий рівень правового розвитку досягається у суспільстві тоді, коли суд спирається на Конституцію, закон, загальновизнані права людини, також і творить право»<sup>1</sup>. Розглядаючи та вирішуючи юридичну справу по суті, суд зобов'язаний забезпечити права всіх учасників і ухвалити рішення, керуючись принципом верховенства права та справедливості. Саме тому в ситуаціях прогальності правового регулювання з метою забезпечення та захисту прав і законних інтересів учасників суд ухвалює рішення, яке містить нове тлумачення норми права або положення, що заповнює прогалину в праві.

Віднесення до виключної компетенції суду вирішення справи по суті, поширення його юрисдикції на всі правовідносини у державі, надання кожному права захисту своїх прав і свобод судом свідчить про особливу соціальну роль суду в демократичному суспільстві як органу державної влади, основним призначенням якого є забезпечення і захист прав людини, інтересів суспільства та держави<sup>2</sup>. В процесуальному плані це означає, що суд має бути активним суб'єктом кримінального процесу, а його ініціатива повинна бути пов'язана із забезпеченням захисту прав і законних інтересів учасників.

Проте перш ніж звернутися до з'ясування правової природи судового захисту в кримінальному процесі як особливого виду державного захисту, слід зазначити, що в кримінальному судочинстві термін «захист»

<sup>1</sup> Див.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В. В. Ершова. – М., 2006. – С. 278.

<sup>2</sup> На підвищення ролі суду в захисті прав людини в результаті здійснення в Україні «малої» судової реформи звертає увагу Ю. Полянський (див.: *Полянський Ю. Е.* Суб'єкти захисту прав обвиняемого в уголовном судопроизводстве // *Право обвиняченного на квалифицированный захист та його забезпечення.* – Х.; К., 2006. – С. 56.

має різне змістовне наповнення. Ним визначаються поняття, які не збігаються за змістом і обсягом.

Традиційно в кримінально-процесуальній науці та законодавстві під захистом розуміють кримінально-процесуальну функцію, яка корелятивна обвинуваченню, похідна від нього і являє собою діяльність обвинуваченого та підсудного, спрямовану на спростування обвинувачення або доказування вчинення менш тяжкого злочину; цьому служить і діяльність захисника<sup>1</sup>.

Разом з тим, виходячи з конституційної норми щодо права кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55), слід наголошити на тому, що захист може здійснюватися будь-якою особою, права, свободи та законні інтереси якої зачіпаються у зв'язку із провадженням по кримінальній справі, незалежно від її процесуального статусу. У наведеній конституційній нормі закріплено особливий вид захисту, який в спеціальній літературі набув назви самозахисту, або особистого захисту.

В кримінальному процесі його суб'єктами можуть бути не тільки підозрюваний, обвинувачений, підсудний та засуджений, а й інші учасники кримінального судочинства — потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники. Суб'єктами самозахисту можуть бути й особи, які не мають процесуального статусу, проте їх права (маються на увазі конституційні) та законні інтереси порушуються або можуть бути порушені чи обмежені у зв'язку із провадженням по кримінальній справі. До таких осіб, як слушно зазначає В. Лазарева, можуть бути віднесені володільці приміщень, в яких проводяться огляд та обшук, володільці предметів та документів, які вилучені в ході слідчих дій, тощо<sup>2</sup>. Суб'єктами захисту своїх прав і законних інтересів можуть бути й свідки, поняті, спеціалісти, які залучаються до участі у кримінальній справі. Видається, що суб'єктами самозахисту можуть бути й особи, які здійснюють провадження по кримінальній справі, наприклад, у випадку, коли учасник процесу зловживає своїми правами, затягує провадження по справі чи перешкоджає йому або коли є підстави застосувати заходи безпеки, тощо. В. Корнуков обґрунтовано звертає увагу на те, що хоча й ці особи не мають власного інтересу в кримінальній справі і саме їх діяльністю визначається рівень дотримання і захисту прав і законних інтересів інших учасників кримінального процесу, вони не втрачають

<sup>1</sup> Див.: *Альперт С. А.* Кримінально-процесуальні функції: поняття, система, суб'єкти. Конспект лекції. – Х., 1995. – С. 25.

<sup>2</sup> Див.: *Лазарева В. А.* Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. – Самара, 2000. – С. 61.

властивостей особистості як такі потребують захисту від різного роду посягань з боку як учасників кримінального процесу, так і посадових осіб, яким вони підкоряються по службі або під наглядом і контролем яких вони здійснюють свою діяльність<sup>1</sup>. Разом з тим, виходячи з правового статусу цих суб'єктів як таких, на яких державою покладено обов'язок забезпечувати права людини в кримінальному судочинстві, слід підкреслити, що всі вони — особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор та суд (суддя) — зобов'язані здійснювати захисну діяльність, котра в кримінальному процесі є реалізацією однойменної функції держави.

Такий висновок методологічно зумовлений завданнями кримінального процесу, першим з яких чинний КПК України називає охорону прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь. Не зупиняючись у межах даної роботи на критичній оцінці чинної редакції ст. 2 КПК України, зазначимо лише, що ст. 2 проекту нового КПК України завданнями кримінального провадження визначає охорону прав та свобод фізичних осіб, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави, яким заподіяно шкоду злочином; викриття осіб, які вчинили злочини, притягнення їх до відповідальності та призначення ним справедливого покарання; захист особи від безпідставного і незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, засудження чи обмеження її прав і свобод; забезпечення доступу особи до здійснення правосуддя у кримінальних справах; сприяння зміцненню законності, запобігання злочинам, усунення причин, що породжують злочинність, та виховання громадян в дусі дотримання Конституції та законів України<sup>2</sup>.

Якщо охорона прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, а також захист особи від безпідставного і незаконного притягнення до кримінальної відповідальності є завданнями кримінального судочинства, то логічно стверджувати, що діяльність усіх осіб, які здійснюють провадження по кримінальній справі, повинна бути спрямована на вирішення цих завдань.

Отже, на нашу думку, слід розрізнити захист у широкому та вузькому розуміннях.

У широкому розумінні захист являє собою діяльність будь-якого суб'єкта кримінального процесу, засновану на конституційно-правовому дозволі або його правовому статусі як представника органу державної

<sup>1</sup> Див.: *Корнуков В. М.* Обеспечение и защита прав личности как основная задача и концептуальная основа реформирования российского уголовного процесса // Актуальные вопросы обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве: Межвуз. сб. науч. ст. – Саратов, 2005. – С. 14.

<sup>2</sup> Див.: Проект КПК України. Реєстр. № 3456-д від 18. 11. 2005 р.

влади, що полягає у відстоюванні суб'єктивних прав і законних інтересів особи при провадженні по кримінальній справі, їх поновленні у випадку порушення. У вузькому розумінні захист означає кримінально-процесуальну функцію, яка реалізується виключно передбаченими законом суб'єктами (підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, засудженим, їх законними представниками, захисником), за своєю спрямованістю є протилежною функції обвинувачення та полягає у сукупності процесуальних дій і відносин, які здійснюються відповідно до закону і спрямовані на повне або часткове спростування пред'явленого тій чи іншій особі обвинувачення, поліпшення її становища і забезпечення прав та юридично охоронюваних інтересів цієї особи по справі<sup>1</sup>.

Про полісуб'єктність захисту і поліваріантність цієї діяльності неодноразово зазначалося в процесуальній літературі. Так, Ф. Фаткуллін, аналізуючи сутність захисної діяльності, звернув увагу на три види захисту: захист, який здійснюється самим обвинуваченим по справі; захист, який здійснюється спеціально запрошеними або допущеними для цього особами — захисниками; захист, який здійснюється органами попереднього слідства і прокуратури<sup>2</sup>. О. Ларін відмічав, що під захистом слід розуміти діяльність, яка складається з охорони особи від незаконних порушень і обмежень прав, свобод, інтересів, попередження цих порушень і обмежень, а також відшкодування шкоди, якщо не вдалося попередити порушення прав і свобод. Тому суб'єктами, на яких лежить обов'язок захисту прав і свобод, автор вважав суд, прокуратуру, слідчого, міліцію тощо<sup>3</sup>. В останньому випадку йдеться про захист прав і свобод людини, який здійснюється в сфері кримінального процесу уповноваженими державними органами та особами, на яких як на представників державної влади покладено обов'язок захищати права і свободи людини. По суті, в цьому стосовно кримінального процесу конкретизується положення ст. 3 Конституції України, відповідно до якої утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Зрозуміло, що держава несе цей обов'язок у всіх сферах суспільного життя; важливого значення це має там, де йдеться про забез-

<sup>1</sup> Див.: *Фаткуллин Ф. Н., Зинатуллин З. З., Аврах Я. С.* Обвинение и защита по уголовным делам. – Казань, 1976. – С. 110.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 113–115.

<sup>3</sup> Див.: *Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М.* Уголовный процесс России. Лекции-очерки. – М., 1997. – С. 160–161. Аналогічна думка висловлена й іншими вченими (див.: *Мартынич Е. Г., Радьков В. П., Юрченко В. Е.* Охрана прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. – Кишинев, 1982. – С. 101–115).



печення безпеки людини від особливо небезпечних правопорушень, якими є злочини. Одночасно й саме провадження по кримінальній справі, в ході якого вирішуються завдання боротьби зі злочинністю, як уже зазначалося, становить для його учасників певну небезпеку.

Таким чином, у кримінальному процесі захист прав і законних інтересів особи здійснюється різними суб'єктами. До першої групи належать суб'єкти, які реалізують його за власним розсудом на диспозитивних засадах; до другої — суб'єкти, які, виходячи з публічності, діючи внаслідок їх процесуального статусу як такі, що здійснюють провадження по кримінальній справі, несуть обов'язок забезпечення додержання конституційних прав громадян; до третьої — суб'єкти, спеціальна роль та призначення яких — реалізація функції захисту.

Отже, залежно від суб'єктів захисної діяльності можна виділити декілька видів захисту прав, свобод та законних інтересів людини у сфері кримінального процесу. Так, М. Михеєнко виділяв особистий захист; допоміжний, який здійснюють представники цивільного позивача та цивільного відповідача, а також законні представники; посадовий, який покладено на державні органи та осіб, що ведуть процес<sup>1</sup>. Деяку іншу класифікацію наводить В. Макарова: державний захист (суб'єкти — органи держави та посадові особи), особистий (суб'єкти — підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, свідок та інші особи, які беруть участь у кримінальному процесі), професійний (суб'єкт — адвокат), громадський (суб'єкти — представники професійної спілки або іншого професійного об'єднання, громадський обвинувач, громадський захисник), допоміжний (суб'єкти — законні представники, близькі родичі, інші особи)<sup>2</sup>. На наш погляд, така класифікація різновидів захисту прав і законних інтересів людини найбільш повно відображає всі специфічні прояви правозахисної діяльності в межах сучасного кримінального процесу.

Дійшовши, таким чином, однозначного висновку щодо полісуб'єктності й інваріантності захисної діяльності в кримінальному процесі, слід з'ясувати ще одне досить складне та дискусійне в процесуальній науці питання: в межах яких процесуальних функцій здійснюється державний захист прав і законних інтересів людини; чи може він розглядатися як

<sup>1</sup> Див.: *Михеєнко М. М.* Обеспечение участвующим в деле лицам права на защиту их законных интересов как принцип советского уголовного процесса // Проблемы правового статуса личности в уголовном процессе. – Саратов, 1981. – С. 54–55.

<sup>2</sup> Див.: *Макарова В. З.* Защита в российском уголовном процессе // Государство и право. – 2000. – № 10. – С. 225.

окремих напрямків діяльності державних органів, що здійснюють провадження по кримінальній справі або він реалізується у межах відповідних процесуальних функцій — розслідування кримінальної справи, обвинувачення, правосуддя, судового контролю тощо? З огляду на те, що предметом даного дослідження є з'ясування правової природи судового захисту, розглянемо це питання виключно в його межах.

В доктрині кримінального процесу ця проблема розв'язується діагностично протилежно. Зазначаючи, що у сфері кримінального судочинства захист прав і законних інтересів громадян забезпечується діяльністю не тільки суду, а й інших органів і осіб, які ведуть процес, — прокурором, слідчим, органами дізнання, С. Альперт стосовно судового захисту зауважив, що він «... органічно притаманний радянському кримінальному процесу з перших днів його існування і є одним з ярок проявів його дійсно демократичної сутності. Закріплення в ст. 57 Конституції СРСР права громадян на судовий захист від посягань на їх честь і гідність, життя і здоров'я, на особисту свободу і майно, однак, не свідчить про появу в суду нової процесуальної функції. Функція суду незмінна — здійснення правосуддя. Може і повинно йтися про акцентування завдань суду на захисті прав та інтересів радянських громадян»<sup>1</sup>. В. Макарова також вважає, що органи та особи, які здійснюють провадження по кримінальній справі, реалізують захист у межах власних кримінально-процесуальних функцій. Вона зауважує, що «... захист є одним із напрямків кримінально-процесуальної діяльності і одним з видів правовідносин суду, але не його кримінально-процесуальною функцією. Спеціальне ж призначення і роль суду в кримінальному процесі — розгляд і вирішення кримінальних справ, що є реалізацією державно-правової функції суду — здійснення правосуддя»<sup>2</sup>. Іншої позиції стосовно судового захисту як одного з видів державного захисту додержується В. Лазарева, яка зазначає, що судовий захист є основним напрямком функціонування судової влади в кримінальному процесі<sup>3</sup>. Поділяє цей погляд і Т. Моїсеєва, яка вважає, що єдиною функцією судової влади як

<sup>1</sup> *Альперт С. А.* Судебная защита прав и интересов граждан и ее выражение в советском уголовном процессе // Проблемы социалистической законности на современном этапе коммунистического строительства: Краткие тезисы докладов и научных сообщений Республиканской научной конференции, 21–23 ноября 1978 г. – Х., 1978. – С. 230–233.

<sup>2</sup> *Макарова В. З.* Вказ. праця. – С. 220.

<sup>3</sup> Див.: *Лазарева В. А.* Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. – Самара, 2000. – С. 10.

гілки влади державної є судовий захист прав і свобод людини і громадянина, а формою реалізації судової влади є правосуддя<sup>1</sup>.

Перш ніж зробити будь-які висновки з цього приводу, видається необхідним зазначити наступне. В правовій державі суд посідає особливе місце. П. Люблінський неодноразово підкреслював, що ідея суду пов'язана не стільки з державою, скільки з правом, і в цьому сенсі суд підноситься над державою. «Правосуддя залишається в руках держави, проте держава скоріше служить правосуддю, ніж розпоряджається ним»<sup>2</sup>. Йому вторить й сучасний автор В. Шевцов, який зауважує, що «... в умовах правової держави суд, продовжуючи бути органом такої держави, все більшою мірою стає безпосереднім органом громадянського суспільства. Для нього визначальним стає не просто закон, а правовий закон, у зв'язку з чим все більш виразливо формулюється і проявляється призначення і діяльність такої домінанти, як право, правове»<sup>3</sup>.

Діючи від імені держави, суд одночасно уповноважений надавати правову оцінку діям і рішенням будь-яких осіб, у тому числі й представників самої ж державної влади, а за наявності законних підстав — покладати на державу відповідальність за порушення прав людини (стосовно кримінального процесу це, наприклад, відшкодування державою шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, досудового слідства та суду). Саме в цьому, на наш погляд, полягає основна відмінність судового захисту від інших видів державного захисту, тільки суду надано право прийняти рішення про відповідальність держави за незаконні дії та рішення її представників.

Будучи найважливішим елементом правової державності, незалежна судова система відіграє провідну роль у сучасному правозахисному механізмі. Конституційні положення щодо здійснення правосуддя тільки судом, незалежності та неупередженості суду, рівності всіх перед законом і судом, права кожного на судовий захист його прав мають глибокі історичні корені — у Конституції Української гетьманської держави Пилипа Орлика 1710 р. було закріплено: «Якщо б провинився хто з генеральних старшин, полковників, генеральних радників, значних товаришів чи інших урядовців, а понадто з рядових козаків, — чи то об-

<sup>1</sup> Див.: *Моисеева Т. В.* Объективность и беспристрастность суда первой инстанции. – М., 2006. – С. 11.

<sup>2</sup> *Люблинский П. И.* Суд и права личности // Суд и права личности: Сб. ст. / Под ред. Н. В. Давыдова, Н. Н. Полянского. – М., 2005. – С. 36.

<sup>3</sup> *Шевцов В. С.* Права человека и государство в Российской Федерации. – М., 2002. – С. 352–353.

разивши проти звичаю гетьманську честь якимось зухвальством, чи виявившись винним у якомусь інакшому переступі, — то ясновельможний гетьман не повинен карати того винуватця за такі провини засобами своєї влади чи особисто призначати йому кару. Така справа — кримінальна чи якась інша — має бути передана на розгляд Генерального суду. І хоч би яке неприхильне, а проте безсторонне рішення він ухвалив, — такому повинен кожен правопорушник підкорятися»<sup>1</sup>. Отже, традиційно вважається, що обмеження прав людини, визнання її винною має належати до компетенції суду як органу, який в своїй діяльності керується виключно законом, діє від імені держави та найбільшою мірою забезпечує додержання вимог закону при розв'язуванні будь-яких правових конфліктів.

Це зумовлено тим, що судова процедура порівняно з іншими правозахисними механізмами має суттєві переваги, до яких належать її чітка правова регламентація, гласність процесу, забезпечення участі в ньому зацікавленої особи, неупередженість та незалежність суду, реалізація в ході судового процесу всіх принципів кримінального судочинства тощо. У зв'язку з цим й досі не втратила актуальності думка С. Вікторського, який, характеризуючи незалежність судової влади, зазначав, що чим більше розвинуто в громадянах почуття особистої гідності, чим більше завойовано ними політичної свободи і чим більш досконалим є політичний устрій самої держави, тим ширше права, які надані судовій владі для захисту особистої свободи від посягання на неї<sup>2</sup>.

Гарантований ст. 55 Конституції України судовий захист являє собою універсальний юридичний засіб, за допомогою якого особі надається реальна можливість відстоювати свої права, свободи та законні інтереси. Він є гарантією щодо усіх інших конституційних прав і свобод, оскільки, як зазначено у рішенні Конституційного Суду України № 9-зп від 25 грудня 1997 р. (справа за зверненням жителів міста Жовті Води), суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце ущемлення прав і свобод. Відмова суду в прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням

<sup>1</sup> Конституція Української гетьманської держави. — Львів-К., 1997. — С. 106.

<sup>2</sup> Див.: *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс: Учеб. пособ. — М., 1997. — С. 90.

права на судовий захист, яке згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмежене<sup>1</sup>.

Підсумовуючи наведене, можна дійти висновку про те, що судовому захисту притаманні такі риси:

— специфічний суб'єкт — суд, котрий: а) посідає особливе місце в системі поділу державної влади, яке виражається в тому, що судова влада стоїть між двома іншими гілками державної влади, стримуючи їх в їхньому прагненні до абсолютизації, та між ними і людиною<sup>2</sup>; б) в соціальному плані є органом, основним призначенням якого є забезпечення і захист прав людини, інтересів суспільства та держави; в) в процесуальному плані є суб'єктом кримінально-процесуальної діяльності, до виключної компетенції якого віднесено вирішення питання щодо винності особи у вчиненні злочину, притягнення її до кримінальної відповідальності; г) здійснює складну за характером діяльність, яка є не тільки правозастосовною, а й правотворчою;

— необмежений предмет — він поширюється не тільки на права та законні інтереси особи; не менш важливим, як зазначає В. Кудрявцев, є й захист судом інтересів суспільства, держави, права<sup>3</sup>;

— специфічні форми реалізації — шляхом відправлення правосуддя та здійснення судового контролю;

— встановлений законом порядок розгляду судом справи, який має значення гарантії забезпечення прав і законних інтересів учасників процесу;

— стабільність акта судової влади, можливість його скасування або внесення до нього змін виключно самою ж судовою владою.

Викладене дозволяє стверджувати, що захист прав і законних інтересів людини, інтересів суспільства та держави є основним завданням і призначенням судової влади в правовій державі. Вся діяльність суду має бути спрямована на досягнення цієї мети, що й дає змогу розглядати судовий захист як функцію судової влади, котра реалізується у специфічних, іманентних їй формах.

*Надійшла до редколегії 28. 04. 06*

<sup>1</sup> Див.: Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997–2003 роки). – К., 2003. – С. 188–189.

<sup>2</sup> Див.: Лазарева В. А. Вказ. праця. – С. 16.

<sup>3</sup> Див.: Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью. – М., 2005. – С. 112.

*О. Капліна*, доцент НЮА України,  
*В. Маринів*, доцент НЮА України

## **Проблеми усунення захисника від участі у кримінальній справі**

Участь захисника є важливою гарантією забезпечення права особи на захист у кримінальному судочинстві. Його діяльність має соціальний характер, оскільки, будучи орієнтованою на спростування обвинувачення, встановлення обставин, які пом'якшують відповідальність підзахисного, запобігання порушенню його конституційних прав, вона здійснюється в інтересах не тільки обвинуваченого (підозрюваного, підсудного, засудженого), а й правосуддя.

Актуальні питання участі захисника в кримінальному судочинстві завжди були в центрі уваги юридичної науки і правозастосовної практики, що пояснюється надзвичайною важливістю виконуваної ним функції. Однак, незважаючи на досить значну кількість наукових праць з цієї проблеми, у вітчизняній літературі відсутні комплексні дослідження, присвячені аналізу правопорушень, що їх припускаються адвокати у кримінальному судочинстві, відповідальності адвоката за порушення норм кримінально-процесуального права, професійної етики, а також підстав і порядку усунення захисника від участі у справі в зв'язку із зазначеними порушеннями.

Мета статті полягає в тому, щоб здійснити правовий аналіз положень КПК України, пов'язаних з усуненням захисника від участі у справі, ознайомитись із законодавством інших держав, позицією Європейського Суду з прав людини з цього питання і на підставі проведеного дослідження визначити шляхи вирішення проблемних питань, спрямованих на підвищення гарантій діяльності захисника у кримінальному процесі.

Основна мета діяльності захисника — здійснення захисту, допомога правосуддю шляхом професійного виконання окресленої в законі специфічної функції. Напрямок здійснення покладеної на нього функції захисник повинен обирати самостійно та вільно. Разом з тим між свободою поведінки захисника, власним формуванням його позиції у справі й жорсткими вимогами процесуальної дисципліни можуть виникнути серйозні суперечності. Творчий підхід захисника, його ініціативність і безкомпромісність, тактика і стратегія здійснення захисту, наполегливість і сміливість іноді сприймаються органами досудового слідства

як «зловживання своїми професійними правами», що на підставі ч. 4 ст. 61 КПК України тягне за собою усунення захисника від участі у кримінальній справі.

Процеси входження України до Європейського співтовариства, розроблення та необхідність прийняття нового КПК України зумовили нагальну потребу в активізації порівняльних досліджень проблем участі захисника у провадженні по кримінальній справі в інших країнах світу, а також аналізі норм, спрямованих на обмеження спілкування захисника зі своїм підзахисним.

Аналіз законодавства інших держав дозволяє дійти висновку про те, що і за кордоном існують положення, схожі з ч. 4 ст. 61 КПК України. Зокрема, у Нідерландах «право захисника на «необмежений і безконтрольний» доступ до обвинуваченого, який утримується під вартою, може бути обмежене за наявності серйозної підозри у тому, що контакти між обвинуваченим і захисником використовуються для того, щоб перешкодити розслідуванню». Такі обмеження можуть бути накладені обвинувачем або слідчим суддею<sup>1</sup>. У Великій Британії відповідно до ст. 58 Закону про поліцію і кримінальні докази 1984 р. поліція в особі «офіцерів з наглядом» може перешкодити участі у справі конкретного адвоката, якщо є підстави вважати, що він впливатиме на свідків або фальсифікуватиме докази. При цьому підозрюваний має право запросити іншого адвоката<sup>2</sup>.

Законодавство Німеччини в ході реформи кримінального судочинства 1974 р. також передбачило інститут виключення захисника з процесу, якщо він серйозно підозрюється в конспіративних зв'язках з підозрюваним або зловживає своїм правом відвідування місця ув'язнення з метою вчинення злочину. Крім того, у справах про терористичні організації листи захисника підзахисному переглядаються відповідним суддею, а побачення з підзахисним проходять у приміщенні, яке обладнане спеціальним склом, що виключає можливість передання письмових матеріалів і предметів<sup>3</sup>.

У Швейцарії відповідно до ч. 3 ст. 46 КК захисник має право безперешкодно спілкуватися з підзахисним «у судовому або адміністративному процесі». При зловживанні наданим йому правом керівник установи з відома компетентного органу може заборонити безперешкодне спілкування з підзахисним<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Правовая система Нидерландов. – М., 1998. – С. 269.

<sup>2</sup> Див.: Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2001. – С. 100–101.

<sup>3</sup> Див.: Там само. – С. 396–397.

<sup>4</sup> Див.: Уголовный кодекс Швейцарии: Пер. с нем. – М., 2001. – С. 23.

Загроза міжнародного тероризму, зростання злочинності, особливо її організованих форм, все більше призводять до того, що законодавці різних країн вносять зміни і доповнення до відповідних законодавчих актів з метою запобігання сприянню злочинцям адвокатами. Зокрема, у Франції 10 липня 1991 р. було прийнято Закон «Про перехоплення повідомлень, які передаються за допомогою засобів телекомунікації», у ст. 100-7 якого допускається з відома керівника адвокатської корпорації прослуховування переговорів адвоката незалежно від того, брав він участь у конкретній кримінальній справі чи ні<sup>1</sup>. У США з 2001 р. також стало можливим прослуховування телефонних розмов адвокатів «з клієнтами, які перебувають під вартою, включаючи і тих, кому ще не було офіційно пред'явлено обвинувачення»<sup>2</sup>.

Отже, законодавці інших держав по-різному вирішують питання протидії протиправній поведінці захисників, відносячи до числа заходів правового впливу такі положення: 1) обмеження кількості побачень з підзахисним; 2) обмеження конфіденційності зустрічей; 3) повне відсторонення захисника від участі у справі.

Розглянемо зазначені заходи. На підтримку можливості обмеження кількості побачень захисника зі своїм підзахисним, який утримується під вартою, неодноразово висловлювалась у своїх рішеннях Європейська Комісія з прав людини<sup>3</sup>. Зокрема, у справі Крьохер і Мьоллер проти Швейцарії заявники скаржились на те, що після їх арешту вони три тижні не мали змоги спілкуватися зі своїми адвокатами. Протягом наступних шести місяців такі контакти були дозволені, однак їх тривалість обмежувалась до однієї години двічі на тиждень. Крім того, вони скаржились й на те, що під час цих зустрічей адвокати були відокремлені від ув'язнених скляною перегородкою і не мали права використовувати магнітофони. Європейська Комісія постановила, що таке обмеження контактів з адвокатами серйозно не перешкоджало підготовленню захисту заявників, оскільки їм дозволялось спілкуватися з адвокатами, і пізніше, протягом дев'яти місяців, що передували судовому розгляду, вони мали можливість зустрічатися з адвокатами віч-на-віч<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Гуценко К. Ф., Головка Л. В., Филимонов Б. А. Вказ. праця. – С. 333.

<sup>2</sup> Дьячков В. Адвокатов будут прослушивать // Итоги. – 2001. – № 45 (283). – С. 8–9.

<sup>3</sup> В 1998 р. Європейську Комісію з прав людини було реформовано в Європейський Суд з прав людини.

<sup>4</sup> Див.: Брусницын Л. В. Ограничение права на свидания защитника с подзащитным в национальном и международном праве // Государство и право. – 2002. – № 11. – С. 107.



У справі Бонці проти Швейцарії заявник скаржився на те, що після арешту він утримувався протягом місяця в одиночній камері, і в цей період йому не дозволялися зустрічі з захисником ( листування з захисником було дозволене). Після звільнення з камери протягом дев'яти місяців обвинувачений мав можливість спілкуватися з захисником і готуватися до розгляду його справи. Європейська Комісія встановила, що протягом дев'яти місяців заявник мав достатньо контактів зі своїм захисником для підготовки свого захисту й не погодилась зі ствердженням, що «непрямо гарантоване право... спілкуватися зі своїм захисником і обмінюватися з ним інструкціями або інформацією конфіденційного характеру не підлягає будь-яким обмеженням». Європейська Комісія зробила остаточний висновок про те, що відносні та тимчасові обмеження контактів не означають відмови від надання необхідних можливостей для підготовки захисту заявника<sup>1</sup>.

Незважаючи на сформульовані Європейською Комісією з прав людини позиції, на нашу думку, надійний захист особи, в тому числі у кримінальному судочинстві — вищий критерій оцінки діяльності всіх інститутів держави, що складають систему правоохоронних і правозахисних органів. Конституція України закріпила право кожного на правову допомогу (ст. 59), право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист (ст. 63), право заарештованого чи затриманого захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника (ст. 29). Значущість цих прав для особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві, для всього кримінального процесу є загально визнаною. Безспірним є й те, що головне — не в проголошенні самого права, а в його змісті і правовому механізмі забезпечення та здійснення. Тільки за умови гарантування й фактичного додержання прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, насамперед підозрюваного, обвинуваченого та їхнього захисника, можливе виконання завдань кримінального судочинства.

Відповідно до ст. 43, 43<sup>1</sup> КПК України підозрюваний, обвинувачений наділені правом мати захисника і побачення з ним до першого допиту. Згідно з ч. 4 ст. 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення» особа, взята під варту, має право на побачення із захисником наодинці, без обмеження кількості побачень і їхньої тривалості, з моменту допуску захисника до участі у справі. Адміністрація установи повинна забезпечити умови для проведення побачень. По суті аналогічне право сформульоване в п. 4. 5. 7. Правил тримання осіб, узятих під варту, і засудже-

<sup>1</sup> Див.: Брусницьин Л. В. Вказ. праця. – С. 107.

них у слідчих ізоляторах Державного департаменту України з питань виконання покарань<sup>1</sup>. Наведені положення відповідають міжнародно-правовим стандартам, закріпленим у Європейській конвенції про захист прав і основних свобод (п. 3 ст. 6), Зводі принципів захисту всіх осіб, які піддані затриманню або ув'язненню в якій би то не було формі (принцип 17), Європейських пенітенціарних правилах тюремного утримання (правило 93), Основних положеннях про роль адвокатів (принцип 1)<sup>2</sup>.

Судова практика твердо стоїть на позиції визнання недодержання права обвинуваченого на захист істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, що у будь-якому разі тягне за собою скасування судового рішення (п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК України)<sup>3</sup>. Крім того, Верховний Суд України у постанові від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» зазначив таке: «Суди повинні враховувати, що згідно зі статтями 43 і 43-1 КПК підозрюваний, обвинувачений, поряд з іншими правами, мають право на побачення із захисником до першого допиту, і під час розгляду справ перевіряти, чи було роз'яснено їм таке право і чи були вони обмежені в цьому. У разі, коли особа, яка провадить дізнання, або слідчий порушили зазначені вимоги закону і за наявності заяви підозрюваного, обвинуваченого на побачення із захисником допитали його без участі останнього, суд не може використовувати ці показання на підтвердження вини підсудного у вчиненні злочину»<sup>4</sup>.

Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист тягнуть за собою кримінальну відповідальність за ст. 374 КК України.

Аналіз вітчизняного законодавства, змін, внесених до нього в останні роки, дозволяє відзначити загальну тенденцію на всебічне розширення процесуальних можливостей суб'єктів, які здійснюють функцію захисту.

Особа, відносно якої порушено кримінальну справу, підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений неспроможні самостійно реалізувати свої процесуальні права через стан пригніченості, психологічний шок, викликаний фактом взяття під варту, пред'явленням обвинувачен-

<sup>1</sup> Див.: Офіц. вісник України. – 2000. – № 44. – Ст. 1910.

<sup>2</sup> Див.: Європейська конвенція з прав людини. – К., 1998; Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М., 2002. – С. 212; Руководство по справедливому судопроизводству. – М., 2003. – С. 41; Святоцький О. Д., Михеєнко М. М. Адвокатура України. – К., 1997. – С. 181–187.

<sup>3</sup> Див. також: Алейніков Г. А. Тактика захисту при перешкоджанні органів досудового слідства в допуску захисника до ведення справи // Адвокат. – 2004. – № 8. – С. 13.

<sup>4</sup> Вісник Верхов. Суду України. – 2003. – № 11. – С. 36–38.

ня або засудженням чи юридичною необізнаністю, у зв'язку з ізоляцією від суспільства. Тому, на нашу думку, незважаючи на те що Європейська Комісія з прав людини<sup>1</sup> не відносить це до порушень Європейської конвенції з прав людини, будь-яке, навіть тимчасове, обмеження особи на спілкування з допущеним до участі у справі захисником є неприпустимим і має розцінюватися як істотне порушення закону.

Законодавство України не містить будь-яких обмежень відносно прав захисника на побачення з підзахисним в умовах конфіденційності або кількості побачень та їх тривалості (ст. 48 КПК)<sup>2</sup>. Така позиція законодавця цілком пояснюється прагненням максимально забезпечити право особи на захист, зберегти таємницю взаємовідносин адвоката з підзахисним. Однак стосовно того, що захисник, зловживаючи своїми правами, вчиняє дії, котрі перешкоджають встановленню істини по справі, спрямовані на затягування розслідування або судового розгляду справи, в КПК України існує тільки одна норма, спрямована на припинення цих протиправних дій захисника, — ч. 4 ст. 61, ст. 61<sup>1</sup> КПК України, відповідно до якої захисник повинен бути відсторонений від участі у справі.

Аналізуючи положення зазначених статей КПК України, можна зробити висновок про те, що законодавець сформулював оціночне поняття. Причому в усіх випадках, коли законодавець включає до складу правової норми оціночні поняття, він виходить з презумпції одноманітних уявлень правотворчого органу й органу, що застосовує цю норму права. Однак положення, що містяться в ч. 4 ст. 61 КПК України, можуть неоднозначно тлумачитися органами, що ведуть кримінальний процес, і особами, які здійснюють захист, що об'єктивно зумовлено характером виконуваних ними функцій. На це неодноразово зверталася увага в юридичній літературі<sup>3</sup>. Адвокат повинен вести принциповий, безкомпромісний захист, руйнуючи штучно створене обвинувачення. Юридичні поради підзахисному в рамках виробленої позиції у справі можуть бути

<sup>1</sup> Ліквідація в ході реформування Європейської Комісії з прав людини та створення Європейського Суду з прав людини в 1998 р. не припиняють значення створених Єврокомісією прецедентів (див.: *Вільдхабер Л.* Прецедент в Європейському Суде по правам человека // *Європейський судебний вестник*. – М., 2001. – С. 12).

<sup>2</sup> Проект КПК України (станом на липень 2005 р.) у ст. 55 в цієї частині по суті відтворює положення ст. 48 чинного КПК України.

<sup>3</sup> Див., напр.: *Гловацький І. Ю.* Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч. посіб. – К., 2003. – С. 133; *Капліна О.* Проблеми забезпечення адекватності тлумачення частини 4 статті 61 Кримінально-процесуального кодексу України при усуненні захисника від участі у кримінальній справі // *Юридична Україна*. – 2005. – № 8. – С. 59–63; *Шило О., Капліна О.* Професійний захист як гарантія забезпечення прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві // *Вісник Академії правових наук України*. – 2003. – № 1. – С. 133–134.

розцінені як зловживання наданими правами. Прагнення захистити «честь мундира», небажання визнавати свої помилки, тенденційність здатні породити у дізнавача, слідчого, прокурора думку про «перешкодження адвокатом встановленню істини», що відповідно до закону тягне за собою усунення захисника від участі у справі.

На нашу думку, відсторонення захисника від участі у справі має стати крайнім, виключним заходом, який паралельно супроводжується низкою гарантій прав захисника, закріплених у законі. Так, КПК України слід доповнити положенням про необхідність погодження подання слідчого про усунення захисника від участі у справі з прокурором чи особисте внесення останнім такого подання до суду або можливість оскарження прокурору постанови слідчого про усунення захисника від участі у справі та рішення суду про усунення захисника в апеляційному порядку. Також треба розробити конкретні критерії протиправної поведінки захисника, наявність яких може стати підставою усунення його від участі у справі. Це слугуватиме гарантією додержання прав учасників кримінального судочинства та перешкоджатиме суб'єктивізму і зловживанням.

З метою запобігання протиправним діям захисника під час побачень з підзахисним, який утримується під вартою, у законодавстві деяких держав містяться норми, спрямовані на обмеження конфіденційності спілкування. Наприклад, відповідно до ст. 73 КПК Польщі тимчасово заарештований вправі мати побачення зі своїм захисником віч-на-віч, а також право листування з адвокатом. Прокурор вправі у виключних випадках зробити застереження, що при зустрічах адвоката з підозрюваним може бути присутня інша особа<sup>1</sup>.

З цього приводу Європейський Суд з прав людини у справі Кемпбелл і Фелл проти Великої Британії від 28 листопада 1991 р. висловив таку позицію: «У деяких виключних випадках» держава може обмежити приватний характер консультацій, якщо є підстави підозрювати, що адвокат зловживає своїм професійним становищем, діючи у змові з підзахисним по прихованню або знищенню доказів або в інші способи серйозно перешкоджаючи здійсненню правосуддя<sup>2</sup>.

Відповідно до ст. 93 Мінімальних стандартів правил поводження з ув'язненими «побачення ув'язненого з його юридичним радником повин-

<sup>1</sup> Див.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz // Pod redakcją prof. Piotra Hofmanskiego. – 2 wydanie Tom I. – Warszawa, – 2004. – С. 377–380.

<sup>2</sup> Див.: Гомьен Д. Путеводитель по Европейской конвенции о защите прав человека. – Совет Европы, 1994. – С. 40. Див. також: Гомьен Донна, Харрис Дэвид, Зваак Лео. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и политика. – М., 1998. – С. 249–250.

ні відбуватися на очах, але за межами чутності співробітників поліції або тюремних органів»<sup>1</sup>. Основні положення про роль адвокатів, прийняті на VIII Конгресі ООН по запобіганню злочинам (серпень 1990 р.), також підкреслили можливість присутності сторонньої особи в процесі консультацій з адвокатом, які можуть відбуватися в полі зору, проте з виключенням можливості чути уповноваженими посадовими особами<sup>2</sup>. На правомірність такого підходу вказав і Європейський Суд з прав людини у справі С., підкресливши, що право обвинуваченого спілкуватися зі своїм адвокатом поза межами чутності третьої особи є однією з основних вимог справедливого судового процесу в демократичному суспільстві й впливає з положень п. 3 ст. 6 Європейської конвенції з прав людини<sup>3</sup>.

Оскільки діяльність захисника в кримінальному судочинстві й надалі регулюється в найзагальніших рисах, без конкретизації повноважень і відповідальності, чіткого визначення критеріїв законності, етичності, а тактика й методика захисту значною мірою мають ненормативне підґрунтя, також враховуючи позицію Європейського Суду з прав людини, практику інших держав, ми вважаємо, що до національного законодавства може бути включене положення, яке обмежує, у певних випадках, конфіденційність побачення захисника зі своїм підзахисним. Ця норма допомогла б правовими засобами нейтралізувати незаконну поведінку недобросовісних адвокатів і разом з тим відстрочила б застосування слідчим положень ч. 4 ст. 61 КПК України, яка спрямована на відсторонення захисника від участі у справі.

На наш погляд, така новела має міститися у КПК, оскільки, як підкреслив Конституційний Суд РФ, саме законодавець «... при врегулюванні права на допомогу адвоката (захисника), яке належить до основних прав і свобод людини і громадянина, повинен встановити в кримінально-процесуальному законі всі найважливіші елементи даного права, включаючи умови й порядок його реалізації, зокрема, умови й порядок надання адвокату побачень з обвинуваченим (підозрюваним), оскільки таке регулювання безпосередньо стосується самої сутності кримінально-процесуальних відносин, у тому числі в частині реалізації функцій захисту обвинуваченим та його адвокатом, а також, оскільки воно пов'язане зі встановленням меж здійснення даного права, тобто можливими його обмеженнями, і знаходження розумно-

<sup>1</sup> Международные акты о правах человека. Сборник документов. – С. 208–209.

<sup>2</sup> Див.: Михеєнко М. М., Святоцький О. Д. Вказ. праця. – С. 184.

<sup>3</sup> Див.: Гомьен Донна, Харрис Девид, Зваак Лео. Вказ. праця. – С. 249–250.

го балансу різних конституційно захищених цінностей конкуруючих прав і законних інтересів»<sup>1</sup>.

Таким чином, у наведеній цитаті Конституційний Суд РФ висловив по меншій мірі дві свої позиції. По-перше, про те, що всі найважливіші елементи, які забезпечують право на захист, повинні бути закріплені в законі; по-друге, що законодавчо можливе встановлення меж здійснення цього права зі знаходженням «розумного балансу» між цінностями, що конституційно захищаються.

Інформація про незаконну поведінку адвоката під час побачення з підозрюваним, обвинуваченим, підсудним (засудженим), який утримується під вартою, може бути одержана слідчим з різних джерел, зокрема з показань свідків, потерпілих чи інформації, одержаної від посадових осіб Державного департаменту України з питань виконання покарань.

У РФ, наприклад, згідно з Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів кримінально-виконавчої системи Міністерства юстиції Російської Федерації, затвердженими наказом міністра юстиції РФ від 12 травня 2000 р., спроба захисника передати в ході побачення підзахисному дані, які можуть перешкодити встановленню істини в кримінальній справі чи сприяти вчиненню злочину, веде до дострокового припинення побачення й направлення адміністрацією СІЗО матеріалів перевірки за таким фактом до колегії адвокатів для вирішення питання про відповідальність адвоката, який припустився порушення з наступним повідомленням адміністрації СІЗО<sup>2</sup>.

Недолік такого положення полягає в тому, що на посадових осіб виконавчої системи Міністерства юстиції РФ не покладається обов'язок повідомити слідчому, який веде провадження по кримінальній справі, про незаконні дії адвоката, що, на наш погляд, повинно бути враховано законодавцем.

На підставі проведеного нами дослідження можна запропонувати таке доповнення до ст. 48 КПК України: «За наявності достатніх підстав вважати, що при конфіденційності побачень захисника з підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, який утримується під вартою, захисником можуть бути вчинені дії, що суперечать законодавству України, з метою

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ № 14 – П «По делу о проверке конституционности положений, содержащихся в статьях 47 и 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и пункте 15 части второй статьи 16 Федерального Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А. П. Голомидова, В. Г. Кислицина и И. В. Москвичева» от 25 октября 2001 г. // <http://www.ksrf.ru>

<sup>2</sup> Див.: Бюл. нормат. актов федерал. органов исполнит. власти. – 2000. – № 24. – С. 10–35.

перешкодити об'єктивному встановленню обставин кримінальної справи, особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор мотивованою постановою вправі обмежити конфіденційний характер побачень, які можуть бути проведені у присутності третьої особи, під її наглядом, але з виключенням можливості їх чути.

Постанова про обмеження конфіденційності побачень вручається захиснику, а також направляється начальнику місця попереднього ув'язнення.

Рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора про обмеження конфіденційності побачень може бути оскаржене вищому прокурору або до суду».

Відповідні зміни, що встановлюють правила проведення побачень в умовах обмеження конфіденційності, які провадяться у присутності третьої особи, під її наглядом, але з виключенням можливості їх чути, повинні бути внесені й до Закону України «Про попереднє ув'язнення», а також до Правил тримання осіб, взятих під варту, і засуджених у слідчих ізоляторах Державного департаменту України з питань виконання покарань.

*Надійшла до редколегії 20. 05. 06*

*М. Галабала, ад'юнкт, Львівського  
юридичного інституту МВС України*

## **Генезис загальної частини кримінального законодавства**

У сучасній юриспруденції практика поділу нормативно-правових актів на загальну та особливу частини сприймається як належне. Однак визнанню такої практики загальновизнаною передувало її вибіркове застосування при розробленні окремих законодавчих актів. Поява перших кодексів, що містили поділ на загальну та особливу частини, була визначена наперед конкретними причинами і передумовами. Це повною мірою стосується і виділення таких двох найкрупніших структурних елементів у кримінальних кодексах.

Процес утворення загальної частини кримінального законодавства сягає своїми коріннями початків християнської ери існування людства. З'ясування історії, причин та передумов цього утворення дозволить

більш чітко виписати правила сучасного законотворення в галузі кримінального права, і не тільки. Крім того, висвітлення проблеми генезису загальної частини сприятиме подальшим теоретичним розробкам, присвяченим системі, структурі та іншим питанням кримінального права.

Явище поділу кримінальних кодексів на загальну та особливу частини було об'єктом дослідження таких авторів, як В. Коняхін, І. Солодкін, М. Шаргородський та ін. Проте їх наукові розвідки не дають вичерпної відповіді на низку питань, пов'язаних з історичними передумовами та причинами виникнення такої архітекτονіки кримінальних законів, залишається нерозв'язаною проблема розвитку загальної частини вітчизняного кримінального законодавства.

Завданням цього дослідження є докладний аналіз процесу еволюції структуризації кримінально-правових актів у вигляді їх поділу на Загальну та особливу частини, розгляд його у розрізі історії України, а також ознайомлення з практикою поділу кримінальних кодексів зарубіжних країн.

Кримінальне законодавство як система включає в свою структуру загальну та особливу частини. Необхідність поділу кримінального закону на загальну та особливу частини у романо-германській правовій системі є загально визнаною.

Історично раніше з'явилися закони, що в подальшому утворювали особливу частину кодексів, і значно пізніше — матеріали для загальної частини. Спочатку кримінальні кодекси склалися з хаотичного перерахування низки статей, які передбачали окремі склади злочинів та встановлених за них покарань без будь-якої системи і не містили, таким чином, ні загальної, ні особливої частини.

Ідея виокремлення загальної частини в правових актах сягає своїми коріннями в римське право, яке знало дві системи викладу нормативного матеріалу: інституційну та пандектну. Для інституційної системи за зразок взято Інституції — навчальний посібник Давнього Риму, складову частину *Coprus juris civilis*, де нормативний матеріал викладався за системою: *personal* (особи), *res* (речі), *actiones* (дії). Від пандектної системи інституційна система відрізняється тим, що не має загальної частини<sup>1</sup>.

Пандектна система полягає у розташуванні норм права в нормативно-правових актах, що засноване на принципах викладення правового матеріалу, який застосовувався в Дигестах (*Digesta*) або Пандектах (*Pandectae*) — другої частини Зводу законів Юстиніана (*Coprus juris*

<sup>1</sup> Див.: Юридична енциклопедія. 2 том / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – К., 1999. – С. 741.



civilis)<sup>1</sup>. Структура Дигестів Юстиніана мала такий вигляд: книга 1 — загальні положення про право та державу; книги 2–46 присвячено питанням приватного права; книги 47–48 — кримінальне право та процес; книга 49 — оскарження, фінансове, військове право; книга 50 — муніципальне право, кінцеві положення<sup>2</sup>. При пандектній системі норми розташовуються згідно з принципом «від загального до окремого». Спочатку визначаються загальні принципи та правові інститути у відповідній сфері, потім викладається нормативний матеріал, присвячений докладній регламентації відповідних правових інститутів<sup>3</sup>. Спеціальним розділом передує загальний розділ або загальна частина, що звільняє від повторень решту розділів<sup>4</sup>.

Оскільки схема поділу кодексів на загальну та особливу частини притаманна романо-германській сім'ї права, то й розвиток цієї ідеї треба шукати в межах правової системи цієї сім'ї. Для того аби найкращим чином зобразити еволюцію структуризації кримінального закону, слід звернутися до процесу рецепції римського права на європейському континенті.

Римська імперія знала блискучу цивілізацію, і римський геній створив юридичну систему, яка не має прецедентів у світі<sup>5</sup>. Публічне право Риму не знало окремих кодифікованих кримінально-правових актів. Хоча римське кримінальне право класичної епохи досягло відповідного рівня розвитку у сфері юридичної техніки, зокрема були розроблені такі поняття, як вина, співучасть, замах і т. д., проте зростання свавілля імператорів призвело до того, що багато з цих важливих категорій не використовувались в практиці імператорських судів. Незважаючи на це, згодом вони вплинули на розвиток середньовічного права Західної Європи<sup>6</sup>.

Після занепаду Римської імперії процеси розвитку права були диверсифіковані по державах європейського континенту. Римське право в цей період відходить на задній план у правозастосуванні.

<sup>1</sup> Див.: *Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю.* Юридическая энциклопедия. — Изд. 5-е, доп. и перераб. / Под ред. М. Ю. Тихомирова. — М., 2005. — С. 618.

<sup>2</sup> Див.: *Підопригора О. А., Харитонов Є. О.* Римське право: Підручник. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 135.

<sup>3</sup> Див.: *Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю.* Вказ. праця. — С. 618.

<sup>4</sup> Див.: *Коняхин В. П.* Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. — СПб., 2002. — С. 34.

<sup>5</sup> Див.: *Рене Давид.* Основные правовые системы современности. — М., 1988. — С. 45.

<sup>6</sup> Див.: *История государства и права зарубежных стран. Часть 1: Учебник для вузов / Под общ. ред. проф. Крашенинковой Н. А. и проф. Жидкова О. А.* — М., 1999. — С. 184.

В XIII ст. через активізацію культурних осередків Західної Європи — університетів — відновлюється ідея права як моделі соціальної організації<sup>1</sup>. З цього часу в академічному середовищі римське право стає взірцем для наслідування національними правовими системами.

В XVI ст. докладною аналізу римськими юристами (глюсаторами) піддається пандектна система римського права. Напрямок юриспруденції в Німеччині з вивчення опрацьованого римського права в період XVII–XVIII ст. ст. одержує назву «*Usus modernus pandectarum*» (відповідно до назви книги С. Штріка)<sup>2</sup>. Пандектисти в процесі своїх наукових розробок спиралися на догматичний метод юриспруденції, який застосовували ще римляни. Він ґрунтувався на використанні правил формальної логіки і граматики (синтаксису).

Незважаючи на визнання європейською юриспруденцією значущості римського права, суди передусім застосовували норми звичаєвого права. Для правозастосувачів основні положення римського права повинні були бути критерієм справедливості. Однак ці положення не мали загальнообов'язкової дії. Римське право залишалось в Європі дещо академічним. Особливо гостро це проявлялось у сфері публічного права. Наприклад, наприкінці XV ст. Дигести Юстиніана, опрацьовані з урахуванням потреб часу, були визнані керівним джерелом права для створеного в 1495 р. Вищого імперського суду Німеччини<sup>3</sup>. Проте активність цього суду була обмеженою<sup>4</sup>.

В XVI ст. римське пандектне право одержує авторитет імперського закону і продовжує діяти як «загальне право» Німеччини<sup>5</sup>. Однак норми «загального права» мали в основному рекомендаційний характер<sup>6</sup>.

Як зазначає Рене Давид, до XIX ст. європейські університети майже повністю нехтували звичаями та національним правом і викладали *ідеальне* (курсив мій. — М. Г.) право (виводячи його з римського), вважаючи лише його гідним називатися «правом»<sup>7</sup>.

Як видається, відсутність реального застосування прогресивних положень римського публічного права як в Європі в цілому, так і в деяких європейських державах зумовлювалася низкою причин, а саме:

1) визнання римського права як загальнообов'язкового з огляду на наявність у ньому чітких правил притягнення до відповідальності могло обмежити сваволлю пануючого класу;

<sup>1</sup> Див.: Рене Давид. Вказ. праця. — С. 105.

<sup>2</sup> Див.: Коляхін В. П. Вказ. праця. — С. 34.

<sup>3</sup> Див.: История государства и права зарубежных стран. Часть 1. — С. 321.

<sup>4</sup> Див.: Рене Давид. Вказ. праця. — С. 134.

<sup>5</sup> Див.: История государства и права зарубежных стран. Часть 1. — С. 321.

<sup>6</sup> Див.: Там само.

<sup>7</sup> Див.: Рене Давид. Вказ. праця. — С. 187.

2) у Франції узаконення римського права могло бути витлумачене як визнання верховенства римсько-германського імператора. Це мало місце незважаючи на те, що для зміцнення своєї влади королі спирались на значну кількість формул римського публічного права, використовували легістів у державному апараті<sup>1</sup>;

3) Німеччина перебувала у роздрібненому стані. Кожен князь бажав володіти у своїй державі монополією на правосуддя. Уніфікація ж правових систем земель призвела б до однакового застосування «загального права», яке спиралося на римське.

Відсутність такого застосування пояснює й те, що до середини XVIII ст. на території Європи були відсутні кодифікації кримінального права. Кримінально-правові акти були лише компільованими (консолідованими). Ці компіляції мали за мету фіксацію та впорядкування норм звичаєвого права, стримували поширення римського права.

Навіть такий «пізній» кримінально-правовий акт, як австрійське Кримінальне уложення Марії-Терезії 1768 р. (*Constitutio Criminalis Theresiana*), є не кодифікованим, а компільованим. Про це, зокрема, зазначає Р. Гоке: «За змістом воно було ... не більше аніж пізнішою компіляцією в дусі «Кароліни» (*Constitutio Criminalis Carolina*. — *М. Г.*) і загальних німецьких кримінально-правових актів для окремих габсбурзьких земель...»<sup>2</sup>

Перша згадана причина відсутності реального узаконення положень римського права особливо чітко викристалізувалася з поширенням в Європі просвітительського руху XVIII ст., коли в творах визначних просвітителів-гуманістів Ш. Монтеск'є, Ч. Беккарія та інших були докладно розроблені основоположні принципи та загальні основи кримінального права: законність, рівність усіх громадян перед законом, відповідальність за наявності вини, невідворотність відповідальності, пропорційність покарання злочину та економія кримінальної репресії, превенція як мета покарання<sup>3</sup>. Частина цих принципів виводилася ще з римського класичного права.

Тому для появи кодифікованих кримінально-правових актів, які б містили поділ на загальну та особливу частини, необхідні були такі умови:

1) наявність достатньо розробленої юридичної техніки кодифікації, оскільки перед законотворцями стояло завдання застосувати до історично сформованих складів злочинів виписані просвітителями-гуманістами основоположні начала кримінального права. Крім того, такі акти повин-

<sup>1</sup> Див.: История государства и права зарубежных стран. Часть 1. – С. 304.

<sup>2</sup> *Rudolf Hoke Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte* – Wien, 1996. – С. 240.

<sup>3</sup> Див.: *Коняхин В. П.* Вказ. праця. – С. 33.

ні були бути простими та зрозумілими, про що наголошували ще Ф. Бекон та Ш. Монтеск'є. Для того аби досягти зазначених двох цілей, потрібен був творчий різновид систематизації — кодифікація;

2) наявність політичної волі правлячої сили ввести у дію такий акт, оскільки цим самим влада обмежує себе у способах впливу на суспільство за допомогою каральних важелів.

Наявність цих двох умов породила, зокрема, Звід баварських кримінальних законів (*Codex Iuris Criminalis Bavarici*) 1751 р., ця кодифікація була проведена за влади курфюрста Максиміліана III Йозефа; австрійський Кодекс про злочини та їх покарання (*Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*) 1787 р., ця кодифікація була проведена за влади імператора Йозефа II (скорочено кодекс називали *Josephina*); французький Кримінальний кодекс (*Code penal*) 1791 р., прийнятий Установчими зборами Франції. Перші дві кодифікації були здійснені в період «освіченого» абсолютизму, а третя — в період перемоги капіталізму.

Досягнення мети простоти кодексів і закріплення у них прогресивних начал кримінального права відобразилося у створенні загальної частини кодексів. Наприклад, перша частина Кодексу 1787 р. була наділена загальними положеннями (1 розділ, 1–10 параграфи), а також засадничими положеннями про злочин та його наслідки (2 розділ, 10–39 параграфи). Особлива частина Кодексу охоплювала розділи з 3 по 6 (40–177 параграфи). Друга частина мала, як і перша, загальну (розділи 1 і 2, 1–18 параграфи) та особливу частини (з 3 по 5 розділ, 19–82 параграфи)<sup>1</sup>. Звід баварських кримінальних законів 1751 р. таку саме архітектоніку: частини, розділи та параграфи<sup>2</sup>.

У французькому Кримінальному кодексі 1791 р. перша частина була присвячена питанню «Про засудження взагалі», де в першому розділі розглядалося питання «Про покарання взагалі», в другому — «Про рецидив», у третьому — «Про виконання вироків стосовно підсудних, що не з'явилися до суду», в четвертому — «Про наслідки засудження», в п'ятому — «Про вплив віку засуджених на характер і тривалість покарань», у шостому — «Про давність по справах про злочини», в сьомому — «Про реабілітацію засуджених». Отже, до загальної частини було віднесено такі питання, які належать до інших галузей права, наприклад, питання про виконання вироків. У той же час в цьому кодексі питання «Про співучасників злочину» чомусь було виділене як третій розділ

<sup>1</sup> Див.: *Roman Borchers*. Die Josephinische Strafrechtsreform / [www.univie.ac.at/rechtsgeschichte/seminararbeiten/romanborchers.pdf](http://www.univie.ac.at/rechtsgeschichte/seminararbeiten/romanborchers.pdf).

<sup>2</sup> Див.: *Arno Buschmann*. Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. – München, 1998. – С. 16.

другої (особливої) частини кримінального кодексу, котрий називався «Про злочини та їх покарання»<sup>1</sup>.

У процесі створення згаданих кодексів використовувались юридична техніка кодифікації римських юристів і доробок у цій сфері німецьких пандектистів. При цьому застосовувався догматичний метод викладення норм права.

Історія знає і акт кодифікації норм кримінального права, який становив лише загальну частину. Особливої частини у ньому не було. Це були «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР». Даний нормативно-правовий акт був оприлюднений 12 грудня 1919 р. як постанова Народного Комісаріату Юстиції Російської РФСР<sup>2</sup>. «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР» є чи не єдиним зразком у світовій історії кодифікованого кримінально-правового акта, який не мав особливої частини.

Стосовно виділення загальної частини кримінального законодавства, що діяло на теренах України, частини якої перебували у складі різних держав, слід зазначити таке.

Як відомо, під кінець XVIII ст. більшість українських земель опинилася під владою Росії. В Російській імперії проект загальної частини кримінального кодексу вперше був розроблений Г. Яценковим. Він працював у складі комісії, створеної Олександром I у 1804 р., яка мала за мету створення нових уставів та уложень для всіх галузей права. Однак цей проект не обговорювався і не оприлюднювався<sup>3</sup>.

На законодавчому рівні виділ загальної та особливої частин кримінального права відбувся у Зводі законів Російської імперії 1833 р.<sup>4</sup> У XV томі Зводу законів містилися кримінальний (книга перша) та кримінально-процесуальний (книга друга) закони. Книга перша включала в себе 11 розділів (765 статей). Загальна частина була представлена розділом першим «О существе преступлений и разных родах казней и наказаний» (181 стаття), особлива — наступними десятьма розділами (584 статті)<sup>5</sup>.

З погляду структуризації нормативного матеріалу розділ I книги першої тому XV Зводу законів майже повністю базувався на першій

<sup>1</sup> Див.: Шаргородский М. Д. Уголовный закон. – М., 1948. – С. 56.

<sup>2</sup> Див.: Руководящие начала по уголовному праву РСФСР. – X., 1920. – С. 20–24.

<sup>3</sup> Див.: Солодкин И. И. Очерки по истории русского уголовного права (Первая четверть XIX в.). – Л., 1961. – С. 17–18.

<sup>4</sup> Див.: Історія держави і права України. Том 1. / За ред. професорів Тація В. Я., Рогожина А. Й., Гончаренка В. Д. – К., 2003. – С. 369.

<sup>5</sup> Див.: Коняхин В. П. Вказ. праця. – С. 42.

(загальній) частині проекту Кримінального уложення 1813 р. Цей проект був розроблений німецьким професором Л. Г. Якобом<sup>1</sup>.

До монархії Габсбургів після першого поділу Польщі у 1772 р. відійшла Східна Галичина. У складі Австрії тоді перебувало і Закарпаття. У 1774 р. під австрійською владою опинилася Буковина.

Першим новим кримінальним кодексом, що містив поділ на загальну та особливу частини та діяв на теренах згаданих західноукраїнських земель, був австрійський Кодекс про злочини та їх покарання 1787 р. Про його структуру вже згадувалося.

Після того як у 1921 р. Східна Галичина відійшла до складу Польщі, тут до 1932 р. діяло австрійське кримінальне законодавство. 11 липня 1932 р. розпорядженням президента Польської республіки було уведено в дію польський Кримінальний кодекс (Kodeks karny). До його загальної частини (Czesc Ogolna) увійшли 92 статті, що були розміщені по 16 розділах, серед яких були, зокрема, такі: «Межі зобов'язуючої дії кримінального закону» (Zakres mocy obowiazujacej ustawy karnej), «Принципи відповідальності» (Zasady odpowiedzialnosc), «Замах на вчинення злочину» (Usilowanie), «Підбурювання та пособництво» (Podzeganie i pomocnictwo), «Множинність злочинів та конкуренція норм» (Zbieg przestemptstw i przepisow ustawy), «Тлумачення понять Кодексу» (Wyjasnienie wyrazen ustawowych) та ін.<sup>2</sup>

Першим українським кримінальним кодексом, що містив у собі поділ на загальну та особливу частини, був КК Української РСР, затверджений Всеукраїнським Центральним Виконавчим Комітетом 23 серпня 1922 р. і введений в дію 15 вересня 1922 р.<sup>3</sup> Цей кодекс майже повністю дублював КК Російської РФСР від 24 травня 1922 р.

Нині чинний КК України від 5 квітня 2001 р. також має архітектоніку, притаманну пандектній системі викладення нормативного матеріалу. Він поділений на загальну та особливу частини, які в свою чергу поділяються на розділи.

В країнах континентальної системи загальна частина кримінального кодексу має різні назви: у французькому вона називається «Dispositions preliminaires», в німецькому «Allgemeiner Teil», в Норвезькому — «Almindelige Bestemmelser». Перша книга КК Італії називається «Dei reati in generale». Загальна частина КК РФ має назву «Общая часть» і т. д.

Схема ж поділу кримінального закону на загальну та особливу частини не була сприйнята прецедентною системою права. Так, у Великій

<sup>1</sup> Див.: *Коняхин В. П.* Вказ. праця. – С. 39.

<sup>2</sup> Див.: *Makarewicz Juliusz.* Kodeks karny z komentarzem. – Lwow, 1935. – С. 7.

<sup>3</sup> Див.: *СУ УССР.* – 1922. – Вып. 23. – С. 3.

Британії немає єдиного кримінального кодексу. Тому питання, що належать до загальної частини, регулюються низкою парламентських статутів (statutes) і судовими прецедентами.

У США універсальним кодифікованим актом, що діє на федеральному рівні, є Звід законів (United States Code). Розділ XVIII Зводу називається «Злочини та кримінальний процес» (Crimes and criminal procedure). Цей розділ поділяється на п'ять частин: «Злочини» (Crimes), «Кримінальний процес» (Criminal procedure), «Місця позбавлення волі та ув'язнені» (Prisons and prisoners), «Виправлення малолітніх злочинців» (Correction of youthful offenders) та «Недоторканність свідків» (Immunity of witnesses).

Згадана перша частина поділяється на 123 розділи: перший розділ присвячено загальним положенням (General provisions), решта — опису окремих складів злочинів.

У свою чергу перший розділ (General provisions) складається з 24 параграфів, де розглядаються питання визначення термінів, дії кримінального закону, співучасті, неосудності та ін. В той же час в параграфі 4 цього розділу містяться положення про відповідальність за недонесення про злочин (Misprision of felony).

Відповідно, незважаючи на наявність такої кодифікації федерального кримінального права, правова система США не додержується чіткого поділу при розміщенні кримінально-правових приписів у загальній та особливій частинах.

Отже, підсумовуючи наведене, можна дійти таких висновків:

1. Система поділу нормативно-правових актів на загальну та особливу частини сягає своїми коріннями у римське право і ґрунтується на такій системі викладення нормативного матеріалу, яка називається пандектною.

2. Перші кримінальні кодекси, що поділялися на загальну та особливу частини, з'явилися у Європі в середині—другій половині XVIII ст.

3. Першим українським кримінальним кодексом, що містив у собі поділ на загальну та особливу частини, був КК Української РСР від 23 серпня 1922 р.

4. КК України від 5 квітня 2001 р. побудовано згідно з пандектною системою.

5. Наявність поділу нормативно-правових актів на загальну та особливу частини притаманна континентальній системі права.

Видається, що проблема генезису загальної частини кримінального законодавства залишається недостатньо висвітленою у правовій літера-

турі. Особливо це стосується українського законодавства. Питання про необхідність здійснення таких досліджень особливо гостро стоїть зараз, коли правова система сучасної України перебуває у стані формування. Гострота цього питання зумовлюється тим, що з'ясування походження структуризації нормативно-правових актів шляхом їх поділу на загальну та особливу частини дасть змогу теоретикам кримінального права враховувати у своїх подальших наукових розвідках дещо забутий канон юриспруденції, який стосується засад такої структуризації, практикам — правильно вирішувати наявні незгодженості між положеннями загальної та особливої частин, а законодавцям — грамотно творити нові законодавчі акти.

Крім того показником розвинутості кримінального законодавства є саме рівень досконалості його загальної частини. Відповідно науковцям-криміналістам у подальшому слід більше зосередитись на розробках проблематики загальної частини.

*Надійшла до редколегії 18. 03. 06*



# НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

---

*Г. Мягих, здобувачка НЮА України*

## **Ідея прав жінки в ліберально-демократичній думці України кінця ХІХ — початку ХХ ст.**

Політико-правова думка кінця ХІХ — початку ХХ ст. пов'язана з необхідністю ідентифікації різноманітних поглядів за ідейно-політичною спрямованістю. Політична і правова ідеологія українського суспільства лише формувалася, і так зване «жіноче питання» посідало другорядне місце серед інших питань, оскільки воно недостатньо корелювалося з основними програмними засадами політичних партій та рухів.

Правова думка громадських діячів та вчених України «...не була розчленована за «галузевим» принципом, виявляла в концентрованому вигляді всі сфери духовної культури»<sup>1</sup>, тому до джерел дослідження долучено не тільки наукові і публіцистичні праці, а й спогади сучасників, художні твори, які були проекцією ідейної боротьби в країнах Західної Європи і Росії кінця ХІХ — початку ХХ ст.

Дослідженням політико-правової спадщини зазначеного періоду займалися М. Павлик, М. Зерова, Б. Кістяківський, В. Сокурєнко, О. Скакун, Т. Андрусяк, А. Круглашов, В. Гошовська, В. Горинь та ін. Метою цієї статі є порівняння поглядів відомих представників української політико-правової думки Михайла Драгоманова і Лесі Українки щодо шляхів вирішення жіночого питання в українському суспільстві.

Світогляд Драгоманова «...склався під впливом різних філософських течій і тому відзначався певною мірою еkleктизму»<sup>2</sup>. Незважаючи на простоту й ясність думок Драгоманова, аналіз його творчої спадщини викликає певні труднощі через те, що він не був правознавцем і не залишив по собі системних досліджень з будь-якого політико-правового питання, в тому числі прав жінки. Усі праці Драгоманова є гостро полемічними,

---

<sup>1</sup> Скакун О. Ф. Политическая и правовая мысль на Украине (1861–1917). – Х., 1987. – С. 5.

<sup>2</sup> Метельський Р. Е. Конституціоналізм М. Драгоманова: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12. 00. 01). – К., 1998. – С. 6.

тому для відтворення цілісної картини його поглядів щодо прав жінки необхідне комплексне вивчення всього творчого доробку вченого.

Погляди Драгоманова на деякі питання визначаються певними основоположними ідеями. «Драгоманов у своїй творчості увібрав елементи різних політичних ідеологій від лівого до правоцентристського спрямування, залишаючись, по суті, на позиціях «золотої середини», покликаної ці крайнощі стабілізувати і урівноважити»<sup>1</sup>. І. Лисяк-Рудницький вважав центральною думкою політико-правовій ідеології Драгоманова ліберальну ідею «...як доктрину про те, що свобода і гідність людини є найвищими цінностями»<sup>2</sup>. Проте він не додержувався класичної ліберальної ідеології, його думка збагачена соціалістичними, анархістськими та націонал-патріотичними елементами, однак ліберальна ідея залишалася вихідною, від її реалізації залежав успіх подальших соціальних реформ<sup>3</sup>.

Питання прав жінки Драгоманов вирішує в загальному напрямку його ліберально-анархістських засад щодо співвідношення суспільства, сім'ї та особи. В політичній програмі «Українських часописів», підписаних Драгомановим, проголошено необхідність домагання, між іншим, «рівного права для всякої особи, як чоловіків, так і жінок...»<sup>4</sup> У «Нарисі української соціалістичної програми» Драгоманов до основ життя громади відніс автономію волі мужа і жінки<sup>5</sup>. Письменник був впевнений, що «.....женська рівноправність — це одна з найдужчих підстав демократичного строю громади». Ці висновки були результатом розуміння ним історичного прогресу як дедалі більшого поширення індивідуальної свободи, розширення кола носіїв політичних прав. «Досліджуючи розвиток права, Драгоманов зробив висновок про неминучість перемоги принципів вільної держави для вільної людини...»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Линецький С. Політичні позиції М. Драгоманова і В. Липинського в світлі сучасних проблем: взаємодоповнюваність соціал-демократії і консерватизму // Молода наука. — 1996. — № 2. — С. 139.

<sup>2</sup> Лисяк-Рудницький І. Історичні есе. — К., 1994. — Т. 1. — С. 301.

<sup>3</sup> Див.: Жиленкова І. М. Ліберально-демократична течія в суспільному русі України (II половина XIX — початок XX сторіччя): Автореф. дис. ... канд. іст. наук (07. 00. 01(Історія України)). — К., 2000. — С. 9.

<sup>4</sup> Див.: Солдатенко В., Левенець Ю. Один проти всіх (М. Драгоманов) // Віче. — 1995. — № 7(40). — С. 136.

<sup>5</sup> Див.: Драгоманов М. Нарис української соціалістичної програми. // Хроніка 2000. — Вип. 39–40. — 2000. — С. 685.

<sup>6</sup> Круглашов А. Політична свобода: панацея чи паліатив? Сьогодення в контексті теоретичних побудов М. Драгоманова // Вісник НАН України. — 1999. — № 11. — С. 59.

Але автономія волі у Драгоманова обмежується усвідомленням людиною своїх обов'язків перед іншими і тому не доходить до крайнощів: «...стережіться проповідувати вільну любов, «як у птахів»... Треба ж якої-небудь конституції і на вольність у громаді, а *liberum veto* не годиться ні тут, ні там»<sup>1</sup>.

Центральні настанови Драгоманова простежуються в працях Лесі Українки: метою та виміром будь-якої діяльності є вільна особистість; чиста мета потребує чистих засобів; «денационалізація є деморалізація» та ін.<sup>2</sup> На думку Драгоманова, «...немає науки і письменства неполітичного» і тому «...поетична література має в Росії особливу силу, тоді як наукова і політична була зупинена реакцією...»<sup>3</sup>. Саме Драгоманова Леся Українка вважала своїм учителем, який навернув її до громадської та політичної діяльності. Але поступово вона стала критичніше ставитися до «керівної» ролі літератури у часи реформ і все активніше протестувала проти літературного дилетантизму і патріотичного вигукування (наприклад, у статті «Малорусские писатели на Буковине»).

Соціал-демократична ідеологія визнає основними цінностями свободу, рівність, соціальну справедливість і солідарність, утвердження яких має відбуватися демократичним, а не революційним шляхом, за умов державної підтримки<sup>4</sup>. Екстраполюючи це розуміння на погляди Лесі Українки, вважаємо, що вона розглядала шляхи подальшого суспільного розвитку, в тому числі права жінок, саме з соціалістичних позицій.

Леся Українка була активною учасницею соціал-демократичного руху, їй належить ініціатива створення групи українських соціал-демократів, до її близького оточення входили активні діячі соціал-демократичного руху Російської імперії (Мержинський, Тучапський та ін.). Вона вказувала, що «...соціал-демократія се занадто універсальний рух для того, щоб могла українська нація обійтися без нього»<sup>5</sup>. Але її розуміння сутності цього руху було далеким від народницького та шовіністичного тлумачень, характерних для російських соціал-демократів.

Розв'язання проблеми прав жінок Леся Українка вбачала у напрямку вирішення загально соціальних, політичних, соціально-економічних

<sup>1</sup> *Лисяк-Рудницький І.* Вказ. праця. – С. 314.

<sup>2</sup> Див.: *Драгоманова-Шишманова Л. М.* Зі споминів про М. Драгоманова // *Дзвін.* – 1991. – № 10(564). – С. 138.

<sup>3</sup> *Драгоманов М. П.* Літературно-публіцистичні праці: У 2 т. – К., 1970. – Т. 1. – С. 112.

<sup>4</sup> Див.: *Гошовська В. А.* Процес становлення української соціал-демократії (остання третина XIX ст.): Автореф. дис. ... д-ра політ. наук (23. 00. 02). – Х., 1997. – 33 с.

<sup>5</sup> *Українка Леся.* Зібрання творів: У 12 т. – Т. 11. – С. 127.

і національних питань. Саме з цими перетвореннями вона пов'язувала оновлення людини, перетворення її на незалежну особистість. Характерно, що в творах Лесі Українки «...саме жінки виступають проти застою, міщанства, пристосовництва, інертності...»<sup>1</sup> Через політичну безправність населення Російської імперії жінки не дуже гостро відчували підлеглисть свого становища поряд з такими ж безправними чоловіками. Тому заклики про надання жінкам прав були органічно пов'язані з антицарськими закликами. Потреби «...відокремлення боротьби за свої права жінки майже не відчували, вважаючи, що людські права включають і жіночі»<sup>2</sup>. Леся Українка і Драгоманов, як і переважна більшість представників української інтелектуальної еліти, вважали, що функціонування окремого жіночого руху лише розпорошує і так незначні сили. Леся Українка взагалі називала жіночі організації «трохи смішнуватим сепаратизмом»<sup>3</sup>. На її думку, другорядне місце жінки в суспільстві багато в чому спричинене її власним небажанням будь-що змінювати. Тому науковці називають цей феномен «фемінізмом другої генерації».

Незважаючи на те що ні в Драгоманова, ні в Лесі Українки не було праць, спеціально присвячених правам жінки, ця проблема для них не була «периферійним текстом», більшість їх творів не прочитується поза жіночою проблематикою, особливо щодо теми політичного безправ'я жінок, які попри всі традиції виступали активними учасницями політичних подій<sup>4</sup>.

Леся Українка і Драгоманов вважали, що моральні цінності та ідеали зумовлюють і методи боротьби за їх досягнення, тому вони виступали лише за еволюційний шлях соціального прогресу, хоча і визнавали корисність революції: «Повстання будять громадський розум та завершують вже підкопані старі громадські порядки»<sup>5</sup>. Драгоманов був переконаний, що велике значення має пропаганда ідей і наполягав на активній публіцистичній та пропагандистській діяльності, виданні політичних брошур, що, крім виявлення поглядів окремої особи або певної групи, виконують важливу функцію загальної просвіти, розвитку народної думки, без чого неможливо організувати широкий громадський рух, який він вважав чи не єдиним засобом боротьби за політичні і соціальні права.

<sup>1</sup> *Ткаченко Г. І.* Жіноче питання в українській суспільно-політичній думці: Автореф. дис. ... канд. політ. наук (12. 00. 01). – Львів, 1994. – С. 15.

<sup>2</sup> *Богачевська-Хомяк М.* Білим по білому. Жінки в громадському житті України 1884–1939 рр. – К., 1995. – С. 44.

<sup>3</sup> *Українка Леся.* Зібрання творів. – Т. 10. – С. 15.

<sup>4</sup> Див.: *Агеева В.* Поетеса зламу століть. Творчість Лесі Українки в постмодерній інтерпретації. – К., 1999. – С. 122.

<sup>5</sup> *Драгоманов М.* Вибране («... мій задум зложити очерк історії цивілізації на Україні») / Упоряд. і автор іст.-біогр. нарису Р. С. Мішук; приміт. Р. С. Мішук, В. С. Шандри. – К., 1991. – С. 312.

У своїх публіцистичних працях Леся Українка і Драгоманов проголошували необхідність здобути в першу чергу політичну свободу, зокрема свободу слова. Вони робили наголос на політичній, національній і особистій свободі, після досягнення якої необхідно спрямувати зусилля на полегшення суспільних тягарів<sup>1</sup>. Леся Українка добре усвідомлювала взаємозумовленість політичного й економічного становища особистості і поєднувала їх вдосконалення не лише із декларуванням політичних та особистих, а й з реальним забезпеченням соціальних та економічних прав. Залишаючись послідовною прибічницею і пропагандистом ідеї жіночої емансипації, Леся Українка не поділяла крайніх заходів розв'язання цієї проблеми.

Отже, Драгоманов і Леся Українка, поділяючи загальнолюдські цінності, вважали, що практичне вирішення жіночого питання можливо через забезпечення рівноправності статей, що, на жаль, не є першочерговим для суспільства. Разом з тим Драгоманов у цьому питанні поділяв ліберальні ідеї свого часу, а Леся Українка пропагувала соціалістичні ідеї щодо шляхів його вирішення, що зумовлено особливостями вдачі суворого раціоналіста з позитивістськими ідеалами та геніальної письменниці, яка поєднувала в своїй творчості раціональне з ірраціональним, наукове — з образно-художнім. Аналіз поглядів Драгоманова і Лесі Українки свідчить про їх незначні відмінності стосовно вирішення «жіночого питання», що є особливостями вдачі кожного мислителя, а не пояснюється впливом «партійної» ідеології.

*Надійшла до редколегії 12. 03. 06*

**І. Оклей**, аспірантка НЮА України

## **До питання становлення і розвитку законодавства про пенсійне забезпечення: історико-правовий аспект**

Проблема правового регулювання соціального забезпечення людини в старості, у разі хвороби та каліцтва є однією з найактуальніших для

<sup>1</sup> Див.: *Українка Леся*. Зібрання творів. – Т. 8. – С. 21; Драгоманівський збірник «Вільна спілка та сучасний український конституціоналізм» / За ред. Т. Г. Андрусяка. – Львів, 1996. – С. 15–16.

кожного цивілізованого суспільства, яке будується на принципах загальнолюдської моралі і дбає про своїх непрацездатних членів. І. Сирота слушно зазначає, що основним видом суспільних відносин, які складають предмет права соціального забезпечення, є пенсійні. Відносини в галузі пенсійного забезпечення є єдиним, внутрішньо узгодженим і взаємопов'язаним самостійним видом суспільних відносин<sup>1</sup>. Тому вдосконалення їх правового регулювання — одне з найактуальніших питань сьогодення. Суб'єктами пенсійних правовідносин є майже третина усього населення України. Отже, будь-яке недодержання законодавства у сфері пенсійного забезпечення чи недосконале правове регулювання зазначеного виду правових відносин порушує майнові та інші права і законні інтереси значної кількості громадян.

У зв'язку з реформуванням пенсійної системи України при переході від солідарної до трирівневої пенсійної системи виникає багато питань, які потребують негайного розв'язання. На нашу думку, невирішеними є такі питання: чи вірно Україна обрала напрямки пенсійної реформи; чи повинні призначатися пенсії окремим категоріям громадян поза системою загальнообов'язкового державного пенсійного страхування; чи повинні кошти Пенсійного фонду бути відокремлені від бюджетних; яким правовим принципам надавати перевагу тощо.

Метою цієї статті є дослідження становлення і розвитку пенсійного законодавства від часів царської Росії до сьогодення. Вивчення історичного досвіду становлення пенсійної системи України дозволить визначити недоліки чинного пенсійного законодавства і на підставі цього розробити шляхи його вдосконалення.

Зазначене питання недостатньо висвітлено у вітчизняній юридичній літературі, на сучасному етапі не проводилося жодного комплексного дослідження, яке обіймало б весь період розвитку законодавства про пенсійне забезпечення. У своїй ґрунтовній праці з історії законодавства про соціальне страхування, яка містила також історію законодавства про пенсійне забезпечення працівників і службовців, А. Вишневецький висвітлює це питання у період до 1926 р.<sup>2</sup> Є. Астрахан присвятив свою монографію розвитку радянського законодавства про пенсійне забезпечення працівників, службовців та їх сімей у період з 1917 р. до 1970 р.<sup>3</sup> Деякі матеріали з історії законодавства про пенсійне забезпечення пра-

<sup>1</sup> Див.: Сирота І. М. Право пенсійного забезпечення в Україні: Курс лекцій. — К., 1998, — С. 7.

<sup>2</sup> Див.: Вишневецький А. Развитие законодательства о социальном страховании в России. — М., 1926.

<sup>3</sup> Див.: Астрахан Е. И. Развитие законодательства о пенсиях рабочим и служащим. — М., 1971.

цівників можна знайти у загальних дослідженнях з історії трудового права, соціального забезпечення<sup>1</sup>, пенсійного забезпечення<sup>2</sup>.

Створення нової, всеохоплюючої і справедливої системи пенсійного забезпечення населення — процес тривалий, багатоступеневий, тісно пов'язаний з економічними, фінансовими, адміністративними реаліями. Вибору ефективного шляху реформування чинної системи сприятимуть її глибокий аналіз і додержання необхідної наступності на основі досвіду, набутого упродовж тривалого періоду.

Вивчення історичного досвіду становлення пенсійного законодавства дає змогу виділити три основні етапи його розвитку: 1) зародження правового регулювання пенсійного забезпечення; 2) становлення законодавства про матеріальне забезпечення осіб похилого віку в радянський період; 3) розвиток національного пенсійного законодавства в період незалежності України.

На теренах Російської імперії (до складу якої входила й Україна) найбільш значущою подією щодо врегулювання пенсійного забезпечення слід назвати затвердження 6 грудня 1827 р. імператором Ніколаєм I Статуту про пенсії та одноразові допомоги державним (воєнним та цивільним) службовцям<sup>3</sup>, який визначав три принципові положення пенсійного законодавства:

1) виплата пенсій та одноразових допомог має провадитися з Державного Казначейства;

2) розмір пенсій має визначатися, виходячи не з розміру окладів платні, а з розміру окладів пенсій цивільним чиновникам, встановленим відповідно до їх посад;

3) вдовам і сиротам цивільних службовців повинно бути гарантовано пенсійне забезпечення.

Крім цього Статуту, діяли особливі статuti про пенсії та одноразові допомоги, які враховували специфіку служби чиновників і служителів: становище в ієрархії влади, віддаленість місцевості, клімат, загальні умови служби й побуту, наприклад, Статут про пенсії та одноразові

<sup>1</sup> Див.: напр.: Государственное социальное страхование – М., 1965. – С. 28–65 (автор розділу В. Караваєв); Андреев В. С., Социальное обеспечение в СССР (советское право социального обеспечения): Курс лекций. – М., 1969. – С. 62–101; Захаров М. Л. Единая система пенсионного обеспечения в СССР: становление, функционирование и перспективы развития (правовое исследование): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1978.

<sup>2</sup> Див.: Сазонов В. С. Развитие советского законодательства о пенсионном обеспечении: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1967.

<sup>3</sup> Див.: Российское законодательство X–XX веков. – М., 1988. – Т. 6.

допомоги майстрам, підмайстрам й майстровим Імператорської Петергофської гранувальної фабрики<sup>1</sup>, Статут про пенсії та одноразові допомоги по придворному відомству<sup>2</sup>, Статут про пенсії та одноразові допомоги по відомству вченому та учбовому<sup>3</sup>.

Особливе місце в становленні пенсійного забезпечення посідали емеритальні каси, які створювалися для окремих відомств: емеритальна каса чинів відомства Міністерства Юстиції, гірничих інженерів, інженерів шляхів сполучення, службовців дитячих притулків відомств установ Імператриці Марії, медичних службовців Санкт-Петербурзької Ніколаївської дитячої лікарні, Санкт-Петербурзької пожежної команди, військово-сухопутного відомства, морського відомства, ошадно-емеритальна каса службовців товариства пароплавства по Дніпру і його притокам, емеритальна каса народних вчителів і вчительок. Найбільш відомими в Україні були Чернігівська й Катеринославська емеритальні каси<sup>4</sup>.

Метою створення кас насамперед було забезпечення додатковими сумами пенсій членів каси, що вийшли у відставку, незалежно від того, які пенсії їм нараховуватимуться на підставі загальних законів, особливих статутів чи Найвищих велінь. Емеритальні каси діяли згідно з власними статутами, й на них не поширювалися жодна стаття Статуту про пенсії та одноразові допомоги державним (воєнним і цивільним) службовцям та положення особливих статутів. Позитивний досвід роботи цих кас може стати добрим підґрунтям щодо функціонування сучасних недержавних пенсійних фондів, а також накопичувального фонду при запровадженні тривірневої пенсійної системи.

З аналізу першого етапу розвитку пенсійного законодавства можна зробити висновки про те, що при всій прогресивності пенсійної системи розглядуваного періоду вона не могла забезпечити дійсну рівноправність у соціальному захисті всіх мешканців країни. Пенсії одержували лише невелика кількість підданих Імперії, загалом це були державні службовці. Що ж стосується робітників, селян, ремісників, то вони практично випадали зі сфери соціальної турботи держави. Разом з тим треба врахувати, що розвиток соціального страхування активно висував на порядок денний питання щодо запровадження соціального партнерства, де активними учасниками в управлінні та формуванні пенсійного забезпечення ставали

<sup>1</sup> Див.: Российское законодательство X–XX веков. – М., 1994. – Т. 9. – С. 161.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – С. 211.

<sup>3</sup> Див.: Там само. – С. 345.

<sup>4</sup> Див.: *Ткач О.* Уроки пенсійної системи // Пенсія. – 2005. – № 3. – С. 27–29.



три партнери: роботодавці, працівники і держава, що стало основою для подальшої демократизації суспільства, підвищення соціальної відповідальності кожного суб'єкта пенсійних правовідносин.

Започаткування соціального страхування порушувало питання про те, що держава повинна брати активну участь у здійсненні як правового регулювання, так і механізму реалізації права на пенсійне забезпечення.

Одним з найважливіших документів про пенсійне забезпечення перших років радянського періоду є положення «Про соціальне забезпечення трудящих» від 31 жовтня 1918 р.<sup>1</sup>, яким було встановлено державну допомогу непрацездатним. На підставі цього положення протягом кількох років здійснювалися всі види соціального забезпечення (у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, безробіттям та ін.), зокрема пенсійне забезпечення. З часом останнє змінюється на соціальне страхування — приймається низка постанов, а саме: «Про соціальне забезпечення інвалідів» від 8 грудня 1921 р.<sup>2</sup> та «Про соціальне забезпечення членів сімей трудящих у разі смерті годувальника сім'ї» від 9 грудня 1921 р.<sup>3</sup> Причинами такої зміни стали перехід державних підприємств на госпрозрахунок і функціонування приватних підприємств. Натуральні форми соціального забезпечення почали замінювати грошовими виплатами — пенсіями. Намітився, хоч ще і в дуже обмежених формах, перехід до обчислення пенсій з фактичного заробітку працівника. В той же час розміри пенсій визначались у відсотках до середньої заробітної плати даної місцевості і не були єдиними для всієї країни.

На початку ХХ ст. більшість країн Європи почали запроваджувати соціальне страхування по старості, але в СРСР випадок настання старості до 1929 р. не включався до сфери соціального страхування. Лише втрата працездатності та інвалідність визнавалися державою сферою соціального забезпечення<sup>4</sup>. Відповідно до страхового законодавства, в цей період, досягнення похилого віку само по собі ще не було підставою для пенсійного забезпечення. Старість бралась до уваги лише як одна з можливих причин інвалідності.

<sup>1</sup> Див.: СУ. – 1918. – № 89. – Ст. 906.

<sup>2</sup> Див.: СУ РСФСР. – 1921. – № 79. – Ст. 672.

<sup>3</sup> Див.: Там само. – Ст. 681. Хоча в обох цих актах йдеться про «соціальне забезпечення», але стосовно працівників, службовців та їх сімей малося на увазі вже соціальне страхування.

<sup>4</sup> Див.: *Быховский Н.* О страховании инвалидности // Вопросы страхования. – 1921. – № 12. – С. 4–5.

З прийняттям 5 січня 1929 р. загального Закону «Про забезпечення в порядку соціального страхування на випадок старості»<sup>1</sup> юридичним фактом для призначення пенсії або забезпечення особи пенсійного віку почали визнавати настання старості. За тих умов право на соціальне забезпечення, звичайно, не могло бути загальним. Його не мали колишні поміщики, фабриканти, заводчики, офіцери білої армії, службовці поліції, вищі чиновники, позбавлені виборчих прав, та ін. Тим, хто обіймав керівні посади за царського або білого уряду, але не був позбавлений виборчих прав, служба на цих посадах не зараховувалась до стажу для призначення пенсії.

Певним кроком у становленні та розвитку пенсійного забезпечення стала постанова «Про соціальне страхування» від 23 червня 1931 р.<sup>2</sup>, відповідно до якої після проведеного обстеження працівників, які виходили на пенсію по інвалідності, у зв'язку з втратою працездатності, соціальне страхування, у тому числі пенсійне забезпечення, було поширено на працівників усіх галузей народного господарства СРСР.

Значною подією в правовому регулюванні пенсійного забезпечення стало ухвалення 5 грудня 1936 р. Конституції СРСР, яка проголосила право всіх громадян на матеріальне забезпечення в старості (Конституція УРСР від 30 січня 1937 р. містила аналогічні норми в частині пенсійного забезпечення громадян). У зв'язку з цим суттєво змінилось і законодавство в сфері пенсійного забезпечення. Наприклад, призначення пенсій по старості на загальних підставах було поширене на всіх службовців. Отже, пенсійне забезпечення по старості охопило не тільки всіх працівників, а й службовців. Службовцям та їх сім'ям пенсії по інвалідності і в разі втрати годувальника стали призначатися в розмірах, установлених для працівників відповідних галузей господарства та їх сімей. Були також скасовані обмеження в пенсійному забезпеченні, які існували для громадян, котрі раніше позбавлялись виборчих прав у зв'язку з соціальним походженням або минулою діяльністю.

14 липня 1956 р. було прийнято Закон СРСР «Про державні пенсії»<sup>3</sup>, яким передбачалася єдина система пенсійного забезпечення працівників і службовців. Знаковою рисою цього Закону було чітке виокремлення систем пенсійного забезпечення та соціального страхування. Так, система соціального страхування фінансувалася з фонду, що формувався за

<sup>1</sup> Див.: СЗ ССРСР. – 1929. – № 32. – Ст. 289. На підставі цієї постанови 23 травня 1929 р. були прийняті відповідні правила забезпечення в порядку соціального страхування по старості (див.: Известия НКТ ССРСР. – 1929. – №№ 25–26).

<sup>2</sup> Див.: СЗ ССРСР. – 1931. – № 41. – Ст. 283.

<sup>3</sup> Див.: Ведомости Верховного Совета ССРСР. – 1956. – № 15. – Ст. 313.

рахунок обов'язкових страхових внесків підприємств, установ та організацій (хоча сам фонд був частиною держбюджету), а фінансування виплати пенсій здійснювалося з державного бюджету. Фактично цей Закон заперечував страхову природу пенсійної системи, котра розглядалася виключно як розподільчий сегмент соціального забезпечення.

З прийняттям у 1964 р. Закону СРСР «Про пенсії та допомоги членам колгоспів»<sup>1</sup> було встановлено гарантоване матеріальне забезпечення непрацездатним колгоспникам. Пенсійний вік для колгоспників спочатку встановили вищим, ніж для інших пенсіонерів, — 65 років для чоловіків і 60 років для жінок, а згодом, у 1968 р., колгоспники одержали право на пенсію по старості з такого ж віку, як і працівники та службовці, тобто для них пенсійний вік було зменшено на п'ять років. Але пенсіонерам-колгоспникам гарантувався значно нижчий рівень пенсійного забезпечення, ніж працівникам і службовцям.

70–80-ті роки ХХ ст. характеризуються бурхливим розвитком законодавства з соціального забезпечення. З прийняттям Конституції СРСР 1977 р.<sup>2</sup>, а згодом і Конституції УРСР 1978 р.<sup>3</sup> в основному була сформована єдина державна система соціального забезпечення, значною складовою якої було саме пенсійне забезпечення.

З ухваленням Закону СРСР від 15 травня 1990 р. «Про пенсійне забезпечення громадян в СРСР»<sup>4</sup> практично завершився процес створення єдиної всеохоплюючої солідарної системи пенсійного забезпечення, яка діяла за єдиними умовами та нормами. Ця система не була побудована повністю на принципах страхування і поєднувала принципи соціального страхування і соціальної допомоги. Але страхові засади, закладені нею, вже передбачали відокремлення пенсійної системи від державного бюджету країни. Слід зазначити, що, незважаючи на страхову основу, законодавство не пов'язувало розмір страхових внесків та їх тривалість сплати з розміром пенсії, остання визначалася у відсотковому відношенні до середньої заробітної плати працівника.

Після здобуття незалежності перед Україною постало питання розроблення національного законодавства з пенсійного забезпечення та нової стратегії соціального захисту, які б відповідали ринковим умовам,

<sup>1</sup> Див.: Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 29. – Ст. 340. У першій редакції цей закон охоплював пенсійним забезпеченням лише механізаторів, спеціалістів і голів колгоспів, а з червня 1971 р. його дію було поширено на всіх колгоспників і колишніх членів колгоспів, землі яких були передані радгоспам або іншим підприємствам.

<sup>2</sup> Див.: Ведомости Верховного Совета СССР. – 1977. – № 41. – Ст. 617.

<sup>3</sup> Див.: Відомості Верховної Ради УРСР. – 1978. – № 18. – Ст. 268.

<sup>4</sup> Див.: Ведомости Верховного Совета СССР. – 1990. – № 23. – Ст. 416.

забезпечували кращу соціальну захищеність пенсіонерів. Першим кроком у цій надзвичайно складній роботі стало прийняття 5 листопада 1991 р. Закону України «Про пенсійне забезпечення»<sup>1</sup>. З ухваленням цього Закону національна солідарна пенсійна система започаткувала свій перехід до функціонування на страхових засадах, коли у грудні 1990 р. було створено Українське республіканське відділення Пенсійного фонду СРСР, на базі якого у січні 1992 р. сформовано Пенсійний фонд України. Тоді ж було створено незалежну від держбюджету систему фінансових потоків, цільовим призначенням яких стало пенсійне забезпечення громадян. Водночас цей Закон майже нічим не відрізнявся від аналогічного Закону СРСР 1990 р. Винятком стало істотне розширення пільгових категорій пенсіонерів, які одержали право на достроковий вихід на пенсію. Найбільш вагомим недоліком цього Закону було те, що він не враховував демографічного чинника під час створення пенсійної системи.

21 грудня 1993 р. Верховна Рада України ухвалила новий програмний документ — Концепцію соціального забезпечення населення України<sup>2</sup>, в якій уперше було запропоновано комплексну реформу національної системи соціального забезпечення.

Розроблення базового пенсійного законодавства завершилося 9 липня 2003 р. з ухваленням Верховною Радою України законів «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»<sup>3</sup> та «Про недержавне пенсійне забезпечення»<sup>4</sup>, якими було остаточно визначено трирівневу структуру національної пенсійної системи.

Пенсійне забезпечення в Україні є основною складовою державної системи соціального захисту населення, яка охоплює всіх непрацездатних громадян похилого віку, інвалідів, осіб, що втратили годувальника, виплати яким проводяться у формі пенсій, надбавок та підвищень до пенсій, компенсаційних виплат, додаткових пенсій.

Проведене нами дослідження розвитку пенсійного законодавства у період від часів існування Російської імперії до сьогодення дозволило робити декілька висновків, які є підґрунтям для подальшого вдосконалення пенсійної системи нашої країни.

Аналізування історичного досвіду дає змогу визначити, що єдиним роботодавцем була держава і вона забезпечувала пенсію, як правило, за рахунок бюджету. Пенсійні внески іноді виділялися з державного бюд-

<sup>1</sup> Див.: Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 3. – Ст. 10.

<sup>2</sup> Див.: Там само. – 1994. – № 6. – Ст. 31.

<sup>3</sup> Див.: Там само. – 2003. – № 49. – Ст. 376.

<sup>4</sup> Див.: Там само. – №№ 47–48. – Ст. 372.

жету, а іноді поступали в бюджет, а це знижувало гарантії працівників на одержання пенсії з огляду на те, що завжди у керівництва держави була спокуса витратити бюджетні кошти не за їх призначенням.

Неминучим висновком є й те, що будь-яка цивілізована держава, котра діє на підставі демократичних засад, повинна забезпечувати осіб пенсійного віку (в старості або на випадок втрати працездатності), особливо тих, які своєю працею зробили внесок у розвиток держави та суспільства. Держава повинна бути активним суб'єктом регулювання пенсійних правовідносин і не може самоусунути від матеріального забезпечення осіб похилого віку. Пенсійне забезпечення державних службовців, військовослужбовців має бути однією зі складових соціальної діяльності держави.

*Надійшла до редколегії 20. 02. 06*

**Ю. Костюк**, молодший науковий співробітник Центру досліджень проблем прав людини КНУ

## **Порядок відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням власності громадян**

Порушення екологічного законодавства як наслідок екологічного правопорушення не тільки призводить до заподіяння шкоди здоров'ю громадян, а й зачіпає їх майнові й інтелектуальні інтереси. Аналіз наукових досліджень і практики відшкодування майнової шкоди дозволяє зробити висновки про її змішаний характер, проте при розгляді питання про відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок екологічних правопорушень, безперечно, досить важливе значення мають передумови заподіяння останньої.

Слід зазначити, що екологічне правопорушення внаслідок свого негативного впливу посягає не тільки на майнові права, пов'язані із загальним і спеціальним природокористуванням, а й на майнові права, не пов'язані з природокористуванням. До таких можна віднести порушення права власності на неприродні об'єкти, створення перешкод у користуванні майном, заподіяння шкоди об'єктам цивільного обороту

та ін. Мета цієї статті — дослідити природу та порядок відшкодування такої шкоди.

Особа — поняття багатогранне. Можливість різнобічної участі особи в соціальних зв'язках, що складаються в суспільстві, або фактична участь у них визначає і широке коло інтересів громадян, що підлягають правовій охороні. Справедливо відзначається тенденція демократичного суспільства до розширення сфери охорони інтересів громадян. Легалізуються в основному способи захисту майнових прав громадян. Не залишаються поза увагою особисті немайнові права потерпілих.

Джерело несприятливих наслідків — навколишнє природне середовище. До нього належить зовнішнє середовище життя людини. Шкода людині, заподіяна виробничими, соціально-культурною сферами, не є екологічною шкодою. Відносини щодо її відшкодування регулюються законодавством про охорону праці і про охорону здоров'я.

При відшкодуванні шкоди, заподіяної майновим інтересам громадян, істотне значення має характер майнових інтересів, що є визначальним при встановленні способу відшкодування заподіяної шкоди. Одним із основних принципів відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням, є принцип повної й справедливої компенсації заподіяної екологічним правопорушенням шкоди. Враховуючи це, необхідним є визначення справедливого й обґрунтованого розміру компенсації заподіяної шкоди та способу відшкодування, характеру відповідальності за завдані збитки.

Так, Л. Чаусова зазначає, що з огляду на характер юридичної відповідальності за екологічні правопорушення через призму відшкодування збитків ми одержуємо в чистому вигляді майнову відповідальність у формі стягнення збитків. Однак обчислення збитків, завданих навколишньому природному середовищу, має свою специфіку і відрізняється від обчислення шкоди, заподіяної майновим об'єктам. Це зумовлено тим, що дуже складно виявити оптимальний розмір таких збитків з економічної точки зору, оскільки природні ресурси функціонують унаслідок природних законів і лише в окремих випадках за участю діяльності людей. Тому цілком зрозуміло, що досліджувати співвідношення об'єктивного й суб'єктивного в розвитку навколишнього природного середовища — досить складне завдання<sup>1</sup>.

Разом з тим заходи майнового впливу на правопорушника повинні визначатися в нормативному порядку і невідворотно застосовуватися.

<sup>1</sup> Див.: Чаусова Л. Принципи у сфері стимулювання належної еколого-правової діяльності громадян та організацій // Право України. – 1998. – № 6. – С. 39–40.

З огляду на це компетентні органи розробляють відповідні такси, методи, правила та ін.

В екологічному законодавстві на відміну від цивільного чітко не визначено способи відшкодування шкоди. З урахуванням обставин суд у разі забруднення, наприклад, земель нафтопродуктами може зобов'язати замінити пошкоджений пласт ґрунту нормальним земельним покривом, посадити лісові культури замість знищених з вини відповідача, очистити водоймище від забруднення<sup>1</sup>.

Компенсація, відшкодування майнової шкоди є найбільш поширеним видом відповідальності як за екологічне правопорушення, так і за заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу правомірними діями. Іншими словами, практика пішла шляхом застосування переважно цивільно-правової відповідальності, отже, обов'язок відшкодувати шкоду покладається на правопорушника, забруднювача навколишнього природного середовища, наприклад, у разі забруднення моря нафтою відповідальність покладається на оператора або власника судна. Держави як суб'єкти міжнародно-правової відповідальності несуть залишкову відповідальність, тобто не відшкодовану виплатами безпосередніх забруднювачів або страхових фондів<sup>2</sup>.

З відшкодуванням шкоди безпосередньо пов'язана проблема визначення її розміру (меж матеріального відшкодування). Практика показує, що заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, як правило, тягне за собою відшкодування лише прямої шкоди, оскільки внаслідок специфіки самого об'єкта навколишнього природного середовища наслідки можуть бути довготривалими та негативними для навколишнього природного середовища в майбутньому. В цьому разі шкоду (власне екологічну) можуть суттєво перевищувати прямі втрати (економічну шкоду). Тут існує складність, а часом і неможливість повної оцінки і об'єктивного обчислення непрямой шкоди. В. Василенко і С. Раскалей стверджують, що матеріальна шкода, яка підлягає відшкодуванню, в деяких випадках може бути менше фактично заподіяної шкоди внаслідок того, що остання, з одного боку, є досить складною з позиції обчислення, а з другого — настільки великою, що не може бути реально відшкодована в повному обсязі<sup>3</sup>.

Забруднення атмосферного повітря й погіршення його стану опосередковано можуть викликати погіршення майнового стану особи. Нап-

<sup>1</sup> Див.: Валнева Д. С. Возмещение экологического вреда. – М., 2001. – С. 52.

<sup>2</sup> Див.: Балащенко В. П., Макарова А. М. Международно-правовая охрана окружающей среды: правовая характеристика – М., 1992. – С. 56.

<sup>3</sup> Див.: Окружающая среда и здоровье человека. – М., 1979. – С. 43.

риклад, випадання кислотних дощів може заподіяти значну шкоду сільському господарству. Безпосередньо пов'язані з формуванням клімату такі природні ресурси, як Світовий океан та атмосферне повітря, можуть призвести до зміни клімату, що в свою чергу може змінити ті ж самі процеси сільськогосподарського обороту. Останнє безпосередньо призведе до заподіяння шкоди, що матиме характер майнової у вигляді упущеної вигоди<sup>1</sup>. Проте існують проблеми стосовно труднощів застосування відповідальності за забруднення атмосфери, що зумовлена такими причинами:

- складністю визначення джерела забруднення та його впливу при заподіянні шкоди;
- джерела забруднення можуть перебувати під юрисдикцією декількох держав;
- складністю вартісного вираження розміру заподіяної шкоди.

При відшкодуванні заподіяної екологічним правопорушенням шкоди потерпілий має бути зацікавлений у ліквідації всіх несприятливих наслідків, викликаних протиправною поведінкою особи, яка заподіяла шкоду: і матеріальних, і моральних. Зобов'язання із заподіяння шкоди покликані відновити майновий стан потерпілого в тому вигляді, в якому він перебував би, якби шкода не була заподіяна. Однак часом у разі заподіяння майнової шкоди відшкодування викликає труднощі реалізації такого виду відповідальності, як відновлення об'єкта заподіяння шкоди (внаслідок його невідновлюваності), або визначення повного й справедливого розміру компенсації не видається можливим. Виходить, якщо відшкодуванням шкоди, заподіяної майну, як правило, задовольняються інтереси його власника, то навіть повне відновлення матеріального стану особи, яка втратила працездатність, не в змозі задовольнити її моральні потреби. Тому значення зобов'язань із заподіяння шкоди не обмежується компенсаційною, відновлюваною функцією.

Широким є застосування матеріальних санкцій щодо відшкодування заподіяного екологічним правопорушенням. Тут діє механізм стягнення шкоди з окремих громадян і організацій, винних у порушенні правових вимог охорони навколишнього середовища і таких, що заподіяли своїми неправомірними діями майнову шкоду державі, підприємствам, установам, організаціям або окремим громадянам. При цьому шкода має бути відшкодована як власникам, так і користувачам відповідних об'єктів у частині, що порушує майнові інтереси відповідних осіб.

<sup>1</sup> Див.: *Виноградов С. В.* Международное право и охрана атмосферного воздуха. – М., 1987. – С. 125.



Громадяни відшкодовують збитки, заподіяні псуванням землі, незаконною порубкою лісу або лісовою пожежею, незаконним виловом риби і наземних тварин, а в деяких випадках і за інші порушення правових вимог з охорони навколишнього середовища. Такі порушення здебільшого порушують майнові права громадян, пов'язані із загальним природокористуванням. Проте при переході певних природних об'єктів у тимчасове користування громадян, наприклад, на умовах оренди, при зазначених екологічних правопорушеннях вбачається порушення майнових прав громадян, які виступають в ролі природокористувачів за принципом спеціального природокористування<sup>1</sup>.

Відповідно до п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. за № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» підставою для пред'явлення позову про відшкодування шкоди, заподіяної порушенням земельного законодавства, є зобов'язання, що виникає внаслідок заподіяння такої шкоди організації або громадянину. Згідно з п. 7 цієї постанови захист прав громадян та юридичних осіб на земельні ділянки здійснюється відповідно до ч. 3 ст. 152 ЗК шляхом: визнання прав; відновлення стану земельної ділянки, який існував до порушення прав, і запобігання вчиненню дій, що порушують права або створюють небезпеку порушення прав; визнання угоди недійсною; визнання недійсними рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування; відшкодування заподіяних збитків; застосування інших передбачених законом способів. Зокрема, при оскарженні рішень органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування з питань, віднесених до їх компетенції (наприклад, про відмову в передачі у власність чи в продаж земельної ділянки або розміщенні об'єкта), суд у разі задоволення позову визнає рішення цих органів недійсними і зобов'язує їх, залежно від характеру спору, виконати певні дії на захист порушеного права чи сам визнає це право за позивачем. Вирішуючи позови про відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, суди повинні мати на увазі, що при вилученні (викупі) сільськогосподарських угідь, лісових земель, чагарників для потреб, не пов'язаних із сільсько- чи лісгосподарським виробництвом, їх тимчасовому зайнятті для інших видів використання, встановленні обмежень щодо використання земельних ділянок, погіршенні якості ґрунтового покриву та інших корисних властивостей сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників, приведенні сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників

<sup>1</sup> Див.: Шемшученко Ю. С. Правовые проблемы экологии. – К., 1989. – С. 24.

у непридатний для використання стан, неодержанні доходів за час тимчасового невикористання земельної ділянки, відшкодування збитків згідно зі ст. ст. 156, 157 ЗК здійснюється органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, громадянами та юридичними особами, які використовують земельні ділянки і діяльність яких обмежує права власників та землекористувачів або погіршує якість земель, розташованих у зоні їх впливу (в тому числі внаслідок хімічного і радіоактивного забруднення території, засмічення промисловими, побутовими й іншими відходами та стічними водами) (п. 12 постанови). Відповідно до п. 14 постанови розміри збитків, заподіяних власникам землі та землекористувачам вилученням (викупом) або тимчасовим зайняттям земельних ділянок у встановленому порядку, визначаються комісіями, створеними Київською та Севастопольською міськими, районними державними адміністраціями, виконавчими комітетами міських (міст обласного значення) рад відповідно до Порядку визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1993 р. за № 284. У такому ж порядку визначаються збитки, завдані обмеженням прав власників землі та землекористувачів, погіршенням якості земель або приведенням їх у не придатний для використання за цільовим призначенням стан унаслідок негативного впливу, спричиненого діяльністю підприємств, установ, організацій та громадян. При тимчасовому зайнятті земельних ділянок для розвідувальних робіт розмір збитків і порядок їх відшкодування визначаються угодою між власниками землі або землекористувачами та підприємствами, установами, організаціями, що провадять розвідувальні роботи. При недосягненні згоди між ними розмір збитків визначається зазначеними вище комісіями, рішення яких можуть бути переглянуті судом при вирішенні відповідних позовів.

Слід також зазначити, що судова практика відпрацювала і еколого-правовий механізм відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням, що полягає у бездіяльності або умисному ухиленні від вчинення відповідних дій. Так, згідно з п. 15 зазначеної постанови при невиконанні підприємствами, установами, організаціями, що тимчасово використовували земельні ділянки для проведення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт, передбаченого ст. 97 ЗК обов'язку привести займану земельну ділянку в попередній стан за свій рахунок в установлений строк вони повинні відповідно до

ст. 211 ЗК, ст. ст. 22, 623, 1166, 1192 ЦК<sup>1</sup> відшкодувати власникові або землекористувачеві заподіяну шкоду в розмірі вартості робіт, потрібних для приведення земельної ділянки в такий стан. Для визначення розміру цієї шкоди суд у разі необхідності може призначити експертизу. Вирішуючи спори про відшкодування власникам землі й землекористувачам шкоди, заподіяної самовільним зайняттям або забрудненням земельних ділянок та іншими порушеннями земельного законодавства, суди мають виходити з того, що відповідно до ст. 156 ЗК, ст. 1166 ЦК така шкода відшкодовується у повному обсязі.

Розмір шкоди, заподіяної пошкодженням посівів і насаджень при прокладенні шляхів, трубопроводів та проведенні розвідувальних, бурових, будівельних робіт, псуванням і забрудненням сільськогосподарських та інших земель, іншими порушеннями земельного законодавства, визначається з урахуванням витрат на відновлення родючості землі, а також доходів, які власник землі або землекористувач міг би одержати при використанні земельної ділянки і які він не одержав за час до приведення землі у стан, придатний для її використання за цільовим призначенням, або до повернення самовільно зайнятої ділянки. Зокрема, при пошкодженні посівів, самовільному зайнятті ріллі або сінокосінні на користь землекористувача (власника) стягується вартість неодержаних сільськогосподарської продукції чи сіна, обчислена за ринковими цінами, з урахуванням середньої врожайності певної культури в господарстві, за винятком витрат виробництва, пов'язаних зі збиранням урожаю, а також витрат на відновлення якості земель відповідно до їхнього призначення. Якщо замість пошкоджених посівів землекористувач провів у тому ж сезоні повторний посів культур, відшкодуванню підлягають витрати на пересівання (вартість насіння, обробітку землі тощо).

Відповідно до ст. ст. 90, 95, 212 ЗК самовільно зайняті земельні ділянки повертаються їх власникам або землекористувачам з передачею останнім незібраного врожаю без відшкодування затрат, понесених за час незаконного користування ними.

При заподіянні шкоди екологічним правопорушенням не лише пошкодженням об'єктів навколишнього природного середовища, а в результаті негативного впливу на об'єкти, використання яких пов'язано з іншими неекологічними майновими правами, проблематичними є питання про обчислення заподіяної шкоди.

<sup>1</sup> Див.: Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2005. – Т. II. – С. 866.

Чинне законодавство містить норми, відповідно до котрих захищаються майнові інтереси держави, як власника природних ресурсів, проте відсутні положення, що визначають методику обчислення шкоди, заподіяної майновим інтересам громадян, у тому числі пов'язаними з використанням природних ресурсів.

Розмір майнової шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням майновим правам та інтересам громадян, обчислюється з урахуванням загальної калькуляції завданих збитків та упущеної вигоди, що здійснюється за загальними правилами обчислення майнової шкоди. Саме в цьому випадку ми і стикаємося з поняттям економічної шкоди, що має своє співвідношення з екологічною шкодою. Проте поняття, щодо несення витрат на використання й охорону природних ресурсів, яким здебільше оперують при визначенні функцій держави, щодо управління в галузі використання й охорони природи властиве й конкретним громадянам, адже на останніх також покладається обов'язок жжити відповідних заходів щодо охорони та забезпечення раціонального використання природних ресурсів. Тим саме можна пояснити адекватність застосування принципів обчислення заподіяної майнової шкоди внаслідок екологічного правопорушення, характерних для обчислення розміру останньої в сфері державного управління, до відносин, пов'язаних зі спеціальним природокористуванням. Адже разом із екологічною шкодою особа зазнає і пов'язану з цим економічну шкоду. Проте ці категорії слід чітко відрізнити в розрізі порушеного питання<sup>1</sup>.

Розглядаючи питання заподіяння екологічної шкоди та її співвідношення з економічною (майновою) шкодою, треба відмітити, що на відміну від економічної шкоди, яка виражається у вартості втрат матеріальних цінностей і передбачуваних доходів, екологічна шкода являє собою більш складне структурне утворення, що складається з: 1) вартості матеріально-грошових витрат, використаних на охорону природного об'єкта, якому заподіяно шкоду; 2) витрат на відновлення порушеного стану природного середовища; 3) витрат на відновлення працездатності, лікування, виплату пенсій і допомог потерпілим від забруднення природного середовища; 4) екологічних втрат природного середовища, що виникли внаслідок повного або часткового відключення виконуваних ним життєзабезпечувальних функцій. Такі втрати поділяються на відновлювані внаслідок господарської діяльності (відновлення родючого шару ґрунту при рекультивациі земель); відносно відновлювані, коли

<sup>1</sup> Див.: Васюкин В. Возмещение реального ущерба и упущенной выгоды // Хозяйство и право. – 1991. – № 3.

відновлення природних об'єктів пов'язано з тривалими строками (відтворення лісової рослинності, тварин, риб); непоправні (невідновлювані) (руйнування родючого шару ґрунту, зникнення рідких рослин і тварин, знищення пам'яток природи, негативні зміни клімату й інших компонентів природного середовища)<sup>1</sup>.

Якщо відшкодування економічної шкоди відбувається відповідно до норм цивільного законодавства (ст. 1166 ЦК) шляхом відшкодування її в натурі (виправлення пошкодженої речі або надання рівноцінного майна) або компенсацією грошової вартості загубленого майна і сплати збитків, що виникли при цьому, то екологічна шкода усувається відновленням природного об'єкта, відтворенням природного ресурсу, оздоровленням навколишнього природного середовища.

Відновлення природного об'єкта в натурі як спосіб відшкодування екологічної шкоди застосовується лише відносно відновлених елементів природного середовища. Зокрема, у натурі може бути відновлено родючий шар ґрунту, але за умови, якщо організація, яка проводила роботи з порушенням земної поверхні, виконала розпорядження закону по збереженню верхнього шару ґрунту<sup>2</sup>.

Відтворення природних ресурсів також поширюється на відносно відтворювані елементи природного середовища — рослинність, звірів і птахів, рибні запаси. Побічно (через охорону і відтворення рослинного світу) можна говорити про можливість відтворення кисневих ресурсів повітряного басейну.

Оздоровлення навколишнього середовища виявляється в діяльності щодо запобігання, ліквідації забруднення зовнішнього середовища шляхом проведення санітарно-гігієнічних, оздоровчих, технічних, лікувально-профілактичних, організаційних заходів щодо очищення водойм, повітря, створення захисних зон, забезпечення належного санітарного режиму населених пунктів.

Виникнення екологічної шкоди та її усунення відбуваються в рамках єдиного виробничого відношення. Тому існуюча різниця в наслідках, формах прояву і способах її ліквідації порівняно з економічною шкодою не тільки не заперечує, а навпаки, припускає наявність між ними постійного і стійкого взаємозв'язку.

<sup>1</sup> Див.: *Бринчук М. М.* Экологическое право (право окружающей среды): Учебник. – М., 1998. – С. 57.

<sup>2</sup> Див.: *Устюкова В., Романов В.* Возмещение убытков землепользователям и потерь сельскохозяйственного производства // Рос. юстиция. – 1994. – № 6. – С. 55.

Говорячи про практику відшкодування заподіяної екологічним правопорушенням майнової шкоди, ми стикаємося з проблемами визначення розміру останньої та питаннями визначення засобів її доведення.

Звертаючись до судової практики, слід зазначити, що окремо питанням відшкодування майнової шкоди, заподіяної внаслідок екологічного правопорушення, не приділялося належної уваги. Вирішення спорів щодо відшкодування майнової шкоди ґрунтувалося на загальній практиці її відшкодування. Спосіб відшкодування завданих збитків полягав у покладенні на особу — заподіювача обов'язку надати річ того ж роду і якості, виправити пошкоджену річ, іншим шляхом відновити попереднє становище в природі і застосовується, якщо за обставинами справи цей спосіб відшкодування шкоди можливий. Коли відшкодування шкоди в природі неможливе, потерпілому відшкодовуються в повному обсязі збитки відповідно до реальної вартості на час розгляду справи втраченого майна, робіт, які необхідно провести, щоб виправити пошкоджену річ, усунути інші негативні наслідки неправомірних дій заподіювача шкоди. Як при відшкодуванні в природі, так і при відшкодуванні завданих збитків грошми потерпілому на його вимогу відшкодовуються неодержані доходи у зв'язку із заподіянням шкоди майну<sup>1</sup>.

Постановляючи рішення про стягнення на користь потерпілого відшкодування вартості майна, що не може використовуватись за призначенням, але має певну цінність, суд одночасно повинен обговорити питання про передачу цього майна після відшкодування збитків особі, відповідальній за шкоду.

У тому разі, коли на час виконання рішення про відшкодування шкоди, виправлення пошкодження за одержані за рішенням кошти збільшились ціни на майно або роботи, на придбання чи проведення яких воно було присуджено, потерпілий з цих підстав може заявити додаткові вимоги до особи, відповідальної за шкоду, якщо не було його вини в тому, що виконання проводилося вже після збільшення цін і тарифів.

Відсутність таких такс або методик не може бути підставою для відмови у відшкодуванні шкоди. В такому разі шкода компенсується за фактичними витратами на відновлення порушеного стану навколишнього природного середовища з урахуванням завданих збитків, у тому числі неодержаних доходів, тобто за загальними правилами природоохоронного законодавства.

З метою визначення розміру збитків, завданих природному середовищу, суд може призначити відповідну експертизу. Розглядаючи справи

<sup>1</sup> Див.: Гетьман А. П. Процессуальные нормы и отношения в экологическом праве. — Х., 1994. — С. 90.

про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення природно-ресурсового, природоохоронного законодавства про забезпечення екологічної безпеки, суди повинні обов'язково враховувати наявність таких умов відповідальності, як безпосередній причинний зв'язок між відповідними діями (бездіяльністю) і шкодою та вина відповідача.

До позовної заяви має бути доданий обґрунтований розрахунок суми, що стягується на відшкодування заподіяної шкоди. У вирішенні відповідних спорів суди повинні керуватись також главою 5 книги 8 ЦК, зокрема ст. ст. 1166, 1171–1182, згідно з якими суд, присуджуючи відшкодування шкоди, може зобов'язати відповідальну за шкоду особу відшкодувати її в натурі.

Отже, якщо в судовому засіданні буде встановлено можливість відновлення навколишнього природного середовища за рахунок особи, яка порушила природноресурсове, природоохоронне законодавство про забезпечення екологічної безпеки, у рішенні суду необхідно зазначити конкретні заходи щодо відновлення навколишнього природного середовища та строки їх здійснення.

У разі ухилення сторони від виконання рішення суд має право змінити спосіб виконання рішення. Виходячи з вимог ст. 69 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», особи, що володіють джерелами підвищеної екологічної небезпеки, зобов'язані компенсувати заподіяну ними навколишньому природному середовищу шкоду. Такий же порядок відшкодування (компенсації) запроваджено і для шкоди, заподіяної довікілью у зв'язку з діяльністю інвестора, пов'язаною з виконанням угоди про розподіл продукції (ст. 29 Закону України «Про угоди про розподіл продукції»). Питання про віднесення підприємств, організацій до числа таких, що становлять підвищену екологічну небезпеку, вирішуються відповідно до вимог ч. 3 ст. 66 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та постанови Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 р. за № 554 «Про перелік видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку»<sup>1</sup> (з подальшими змінами). Такі підприємства звільняються від відшкодування шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу, тільки у разі, коли доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи умисних дій потерпілих. Наявність у цьому разі вини потерпілого у формі необережності не є підставою для звільнення відповідного підприємства від обов'язку щодо відшкодування шкоди.

<sup>1</sup> Див.: Уряд. кур'єр. – 1995. – № 131.

Що ж стосується підприємств, не віднесених до власників джерел підвищеної екологічної небезпеки, але діяльність яких пов'язана з підвищеною екологічною небезпекою, то вони звільняються від відшкодування шкоди, якщо доведуть, що шкоду заподіяно не з їх вини.

Вирішуючи спір про відшкодування шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу, суду слід виходити з презумпції вини правопорушника. Отже, позивач не повинен доводити наявність вини відповідача у заподіянні шкоди навколишньому природному середовищу, навпаки, відповідач повинен довести, що у діях його працівників відсутня вина у заподіянні шкоди<sup>1</sup>.

Згідно з ст. 67 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» спори у галузі охорони навколишнього природного середовища вирішуються судом, господарським судом, радами чи утвореними ними органами відповідно до їх компетенції і в порядку, встановленому законодавством України.

Для обчислення розміру шкоди, заподіяної зеленим насадженням та іншим об'єктам озеленення загального використання в межах населених пунктів внаслідок знищення або пошкодження дерев і чагарників чи газонів і квітників, а також шкоди, заподіяної паркам, скверам, гідропаркам, іншим об'єктам озеленення загального використання в межах населених пунктів чи земельним ділянкам, відведеним для створення цих об'єктів, внаслідок самовільного їх використання, влаштування сміттєзвалищ, випалювання рослинності, випасання худоби та засмічення водоймищ на їх територіях, застосовуються такси, встановлені постановою Кабінету Міністрів України від 8 квітня 1999 р. за № 559 «Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної зеленим насадженням у межах міст та інших населених пунктів»<sup>2</sup>.

Звичайно, шкода, заподіяна екологічним правопорушенням, зачіпає не тільки майнові інтереси, пов'язані з використанням природних ресурсів, а й інші майнові права й інтереси громадян.

Особливим є вид майнової відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок непереборних сил природи, або в результаті інших надзвичайних ситуацій. В цьому разі особою, що компенсує завдані майновим правам та інтересам громадян збитки, є держава<sup>3</sup>. Таке відшкодування здійснюється в порядку, затвердженому постановою Кабінету Міністрів

<sup>1</sup> Див.: *Валнева Д. С.* Вказ. праця. – С. 49.

<sup>2</sup> Див.: *Офіц. вісник України.* – 1999. – № 14. – Ст. 579.

<sup>3</sup> Див.: *Кравченко С. Н.* Имущественная ответственность за причинение вреда природным объектом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1976. – С. 20.



від 5 жовтня 1992 р. за № 562 «Про Порядок відшкодування шкоди особам, які постраждали від надзвичайних обставин»<sup>1</sup>.

Порядок передбачає, що «особами, які постраждали від надзвичайних обставин (потерпілими), визнаються громадяни, яким заподіяно шкоду надзвичайними обставинами, проведенням робіт щодо їх відвернення або ліквідації наслідків (п. 1). Пункт 7 передбачає, що «компенсації підлягають: вартість будівель (житлові, садові та дачні будинки, гаражі, господарські будівлі та споруди), яка виплачується в повному розмірі за діючими на час надзвичайних обставин цінами, що визначаються страховими документами з урахуванням сум, одержаних за договором обов'язкового чи добровільного страхування, а в разі незгоди і якщо будівлі не застраховано, — за оцінкою Бюро технічної інвентаризації; вартість застрахованих сільськогосподарських тварин, що загинули або підлягають забою через надзвичайні обставини, яка відшкодовується органами державного страхування відповідно до чинного законодавства; вартість плодючих насаджень, посівів і незастрахованих сільськогосподарських тварин; витрати на влаштування місць загального користування садово-городніх товариств у сумі сплачених цільових внесків або за оцінкою Бюро технічної інвентаризації».

Процедура відшкодування збитків регламентується досить нечітко: згідно із п. 14 «фінансування витрат, пов'язаних із забезпеченням житлом, відшкодуванням матеріальних збитків та наданням іншої необхідної допомоги, провадиться у стислі строки за рахунок місцевих бюджетів з наступною компенсацією з державного бюджету».

Вочевидь, положення постанови не можна визнати такими, що повною мірою відповідають сучасному законодавству, насамперед Конституції України. Таке становище не можна визнати нормальним, і, почасти, саме ним слід пояснити абсолютно недостатні обсяги відшкодування потерпілим громадянам заподіяної ним шкоди.

Як висновок слід зазначити, що відшкодування шкоди є лише однією з форм юридичної відповідальності за порушення вимог охорони навколишнього середовища. Застосування цієї форми можливо в тих випадках, коли шкода вже заподіяна, тобто після того, як події уже відбулися. Однак у зв'язку з тим, що заподіяння такої шкоди спричиняє цивільно-правову відповідальність, створення подібних екстремальних ситуацій можна уникнути, тобто цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди слугує профілактичній меті.

<sup>1</sup> Див.: Уряд. кур'єр. – 1992. – № 44–45.

Заподіяння шкоди середовищу найчастіше спричиняє виникнення необоротних процесів. Однак класичне тлумачення відшкодування шкоди спирається саме на репарацію<sup>1</sup>.

Унаслідок свого становища і ролі в юридичній системі категорія відшкодування шкоди є лише одним із засобів примусу до додержання вимог охорони навколишнього середовища, причому не головним.

При вирішенні питань про відповідальність за заподіяння шкоди значно більш ефективними засобами є економічне планування і державне управління в цій галузі, що й мають бути найдієвішими профілактичними методами проти заподіяння шкоди. При цьому ми повинні уявляти, що всіх видів шкоди уникнути практично неможливо, навіть за наявності здійсненого планування і науково обґрунтованого управління. Отже, відповідальність за заподіяння шкоди є лише однією з форм боротьби, хоча обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду відіграє немаловажливую роль у справі охорони навколишнього середовища.

*Надійшла до редколегії 26. 05. 06*

---

<sup>1</sup> Кравченко С. Н. Вказ. праця. – С. 23.

## Крок до оновлення загальнотеоретичної правової науки та навчального курсу з теорії держави і права

Академічний курс з теорії держави і права, рекомендований до друку Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України<sup>1</sup>, у цілому відображає сучасний стан розвитку вітчизняної загальнотеоретичної правової науки з усіма її доробками та проблемами. Передусім імпонує завдання, яке поставили перед собою автори, щодо перенесення акценту з висвітлення проблематики виключно догми права на тематику, пов'язану з його реалізацією, «дією права (правильного тлумачення і застосування)» за термінологією авторів підручника. Слід погодитись з тим, що значною мірою авторському колективу вдалось виконати це вельми непросте завдання.

Що стосується структури видання. У навчальному курсі окремо розглядаються наукознавчі питання теорії держави і права, робиться обґрунтований наголос на фундаментальному статусі цієї науки. Досить детально аналізуються предмет теорії держави і права, її співвідношення в системі наук, зокрема — юридичних. Підкреслюються необхідність та доцільність розширення предмету теорії держави і права «у розумних межах», що, безперечно, покликано актуалізувати стикову проблематику на кордонах з філософією, соціологією, економічною теорією. Хоча до цього переліку можна було б додати й інші дисципліни, зокрема психологію, етику, політологію.

Дійсно, нам сьогодні аж ніяк не вдасться обійтися без розгляду державно-правової проблематики у більш широкому соціальному контексті, зумовленої цим «соціалізацією» предмета теорії держави і права, оскільки інакше залишиться таємницею соціально-правова сутність прав і свобод людини, унеможливлуються висвітлення власне змістовних ознак права, його призначення у демократичній, правовій державі як засобу обмеження державної влади, адекватне пояснення принципу верховенства права.

---

<sup>1</sup> Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

На підтримку заслугоує виокремлення розділу під назвою «Право-розуміння», адже сьогодні ні в кого не викликає сумніву першочерговість вирішення саме цієї проблеми, що має методологічне значення як для загальної теорії держави і права, так і для всього комплексу правознавчих дисциплін. Автор цього розділу обґрунтовано розглядає різні аспекти соціально-юридичної природи права, звертаючись для цього до кращих взірців світової та національної політико-правової спадщини і сучасних концепцій, зокрема ідеї змістовної рівності. Звертає на себе увагу також спроба розглянути методологічні проблеми юридичної науки саме в контексті праворозуміння під кутом зору антропології, феноменології, політології, праксеології.

На наш погляд, обґрунтовано розглядаються разом, в одному розділі, у тісному нерозривному зв'язку питання правотворчості й законотворчості, системи права і системи законодавства, що видається особливо важливим з огляду на специфіку змісту права, який відображається в юридичних текстах нормативно-правових актів, судових прецедентах, нормативних договорах.

Слід підкреслити, що намагання авторського колективу акцентувати на проблемах дії права зумовили включення до структури курсу двох останніх розділів: «Юридична практика» та «Юридичний процес». Юридична практика розглядається крізь призму її структури, видів та функцій, юридичний процес – в контексті змісту, видів, змісту та стадійності. Водночас ці обидві категорії, на наш погляд, мають бути більш пов'язаними, оскільки їх поєднує праксеологічний аспект. Принаймні, між ними слід було б встановити співвідношення.

Щодо проблематики юридичного процесу, то підручник прикрасило б звернення до ідей видатних вітчизняних вчених П. Недбайла та В. Горшеньова, які, власне, і є засновниками цієї школи у вітчизняній юриспруденції.

Не можна вважати понятійно витриманим визначення юридичної практики, адже під нього потрапляє будь-яка діяльність задля «суспільного чи особистого» результату (с. 620–621). В подальшому через її ознаки вказується на правовий характер такого виду соціальної практики шляхом прив'язування до права, але знову ж таки, як виявляється, не тільки до норм права, а й до інших соціальних норм.

Або це недоречність, або слід виходити з іншого, більш широкого розуміння права як соціального явища, а не як лише системи норм.

Здається, що автори, незважаючи на поставлені перед собою інноваційні завдання, чітко не визначилися щодо основного поняття теорії

права – поняття права. Задекларований широкий підхід у розділі «Праворозуміння» не знайшов адекватного втілення в інших структурних підрозділах цієї роботи, а положення деяких з них прямо суперечать тому, що викладено в розділі «Праворозуміння». Тим більше, якщо врахувати й те, що з позиції широкого розуміння розглядається проблема джерел права.

Окремим розділом у підручнику можна було б висвітлити питання верховенства права, його співвідношення з іншими суміжними поняттями – верховенства конституції, законності, адже воно набуває конкретного змісту саме в контексті дії права.

Не всі розділи підручника виконані на однаковому теоретичному рівні, що, проте, є характерним для колективних наукових праць. Однак, це здатне призвести до зменшення його цінності саме як підручника.

Що стосується найбільш принципових та змістовних положень курсу. Заслуговує на схвалення намічений шлях до розширення горизонту загальнотеоретичних досліджень, зокрема за рахунок прискіпливого звернення до проблематики правових систем сучасності, детального викладення відповідного матеріалу, оскільки без цього навряд чи вдасться сподіватися на визначеність щодо сучасного розуміння природи права, можливостей правового регулювання суспільних відносин.

Як це й годиться, даний розділ починається із визначення загальною поняття правової системи, її структури та видів. Хоча цьому розділу явно бракує логічного завершення у вигляді спроби визначити місце та роль національної правової системи України на правовій карті світу. Крім того, що видається особливо важливим, цей розділ заслуговує на те, щоб його викласти значно раніше, оскільки він має певне методологічне значення для всього курсу, всіх його розділів.

Як для академічного курсу відмінними рисами підручника є широке наукове підґрунтя тематики, що викладається. Це стосується як звернення до джерел політичної та правової думки минулого, передусім її класичних взірців, так і доктринальних позицій сучасних вчених, що на етапі плюралізації методології юриспруденції заслуговує на виключно позитивну оцінку. Втім, більш правильним було б надання підручнику академічного статусу після апробації його першого видання чи декількох видань у наукових та педагогічних колах.

Щодо інших окремих положень академічного курсу, то можна теж сформулювати низку більш часткових зауважень щодо як їх змісту, так і формулювання. Проте вагома частина з них має дискусійний характер, оскільки по-різному тлумачиться вченими-правознавцями.

Слід підкреслити, що рецензований підручник є першим в Україні з підготовлених школою теоретиків права Інституту держави і права НАН України ім. В. М. Корецького. І не лише першим, але й, як можна зробити висновок на основі викладеного, досить вдалим. Він виконаний на достатньо високому теоретичному та методологічному рівні, збуджує думку, ставить проблеми та пропонує шляхи їх вирішення, є, безперечно, творчою цілісною та завершеною роботою. Академічний курс вдало поєднує як класичні знання в галузі теорії держави і права, так і новаторський підхід, і тому є вагомим кроком на шляху до оновлення вітчизняної правової науки та навчального курсу з теорії держави і права.

*М. Панов*, доктор юридичних наук, професор, проректор з наукової роботи Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України;

*О. Петришин*, доктор юридичних наук, професор, головний вчений секретар АПрН України, академік АПрН України;

*М. Цік*, доктор юридичних наук, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік АПрН України

## **Актуальне дослідження проблем участі громадян України в управлінні державними справами**

Конституція України 1996 р., закріпивши істотні державні перетворення, проголосила український народ носієм суверенітету, єдиним джерелом влади. Для того щоб таке проголошення не залишалося декларацією, повинні існувати реальні процедури виявлення і здійснення волі народу, перетворення народовладдя з формального атрибуту держави на реальний політико-правовий інститут і механізм. Актуальність проблеми залучення громадян до вирішення питань державного значення зумовлена як її недостатньою теоретичною розробленістю на сучасному етапі, так і практичною значущістю цих проблем та їх вирішення. Сьогодні вкрай необхідним є таке дослідження з урахуванням чинного конституційного законодавства, нових чинників, політико-правових реалій.

Монографія О. Чуб<sup>1</sup> є першим в Україні комплексним конституційно-правовим дослідженням конституційного суб'єктивного політичного права громадян України на участь в управлінні державними справами. Авторка проаналізувала значний обсяг нормативних джерел та спеціальної правової, у тому числі зарубіжної, літератури, присвяченої цьому аспекту здійснення народовладдя. Тема дослідження є вельми актуальною як в теоретичному, так і практичному аспектах, у ньому містяться нові ідеї і підходи до аналізу проблем залучення громадян України до управління державою. Характерною рисою роботи є її спрямованість на вдосконалення чинного законодавства в досліджуваній сфері.

У монографії ґрунтовно аналізуються конституційно-правові, історичні, міжнародно-правові аспекти забезпечення права громадян України на участь в управлінні державними справами, що раніше не піддавалися аналізу у вітчизняній правовій науці або були вивчені недостатньо. Вперше визначено основні риси та сформульовано авторське визначення участі громадян України в управлінні державними справами як правомірної публічної діяльності громадян України з метою впливу на прийняття, виконання та контроль за реалізацією рішень державного значення безпосередньо або через представників в органах усіх гілок державної влади, гарантованої закріпленням у Конституції України відповідного суб'єктивного права (с. 46–48).

Важливо, що в роботі на належному науково-теоретичному рівні проаналізовано розвиток ідеї участі громадян в управлінні державними справами в конституційних актах, що приймалися на території України в різні історичні періоди, у правовій науці радянських часів та сучасній науці конституційного права. У монографії чітко і логічно висвітлено особливості конституційно-правового регулювання відповідного суб'єктивного права громадян України на сучасному етапі та правомочностей, що входять до його складу. Цілком доречною видається спроба авторки проаналізувати в порівняльно-правовому аспекті міжнародно-правові стандарти права громадян на участь в управлінні та досвід їх втілення у конституціях зарубіжних країн і в Україні.

Позитивним аспектом монографії є розгляд у конституційно-правовому дослідженні права громадян України на участь в управлінні через механізм його реалізації. При цьому в роботі ґрунтовно дається визначення поняття та структури конституційно-правового механізму реалізації права громадян України на участь в управлінні державними справами, форми такої реалізації, аналізуються недоліки механізму, а також чинники, що впливають на його ефективність.

<sup>1</sup> Чуб О. О. Конституційне право громадян України на участь в управлінні державними справами. – Х.: Одиссей, 2005. – 232 с.

Запропоновано аргументоване визначення конституційно-правового механізму реалізації права громадян України на участь в управлінні державними справами як системи конституційно-правових засобів нормативного (матеріального і процесуально-процедурного) й інституційного характеру, що забезпечують втілення цього права в суспільно-політичне життя. Авторка обґрунтовано звертає увагу на необхідність удосконалення інституційного елемента механізму реалізації права громадян на участь в управлінні державними справами, зокрема шляхом створення Українського центру навчання виборчим технологіям при Центральній виборчій комісії або при одному з провідних юридичних навчальних закладів України (с. 108–109).

Виявлено ознаки і зміст правомочностей громадян України з участі в управлінні державними справами. Вперше викладено цілісну систему форм участі громадян України у виборчому та референдумному процесах. Слушно зазначено, що при реалізації рівного права доступу громадян України до державної служби слід переважно використовувати конкурсний відбір як найбільш об'єктивну процедуру зарахування на державну службу. Звернено увагу на необхідність визначення у конституційному законодавстві України процедури і вимог до складання і підписання колективних письмових звернень. Цілоком справедливою є теза авторки щодо спірності положень Закону «Про судоустрій України» про обов'язок громадян брати участь у відправленні правосуддя як народні засідателі і присяжні, оскільки в Конституції України не закріплено такий конституційний обов'язок, і подібна участь є їх суб'єктивним правом.

Цікавим є підхід авторки до вивчення конституційно-правових гарантій права громадян України на участь в управлінні державними справами, які висвітлено у вигляді багатоступеневої системи: 1) загальні конституційні гарантії всіх прав і свобод людини і громадянина, що поширюються й на право участі в управлінні; 2) окремі (особливі) конституційні гарантії групи політичних прав і свобод, основоположним серед яких є право на участь в управлінні державою; 3) спеціальні гарантії права брати участь в управлінні державними справами; 4) специфічні гарантії прав — правомочностей, які входять до комплексного права політичної участі (с. 188–193).

Загалом монографія О. Чуб є важливою подією в науці конституційного права України, оскільки в ній всебічно досліджено різноманітні форми здійснення влади народу в умовах становлення України як демократичної, правової держави.

*Ю. Тодика*, завідувач кафедри конституційного права України  
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого,  
доктор юридичних наук, професор, академік АПРН України



## Творчий і допитливий погляд у корінь проблем

Гадаю, що мої колеги зрозуміють та підтримають мене в почутті, яке виникло при прочитанні мною монографії В. Кравчука «Корпоративне право»<sup>1</sup>. Таким почуттям є повне задоволення від результатів *своєї* праці. Мені так приємно було читати деякі висловлення, які сприймаються як упевненість, що не допускає іншого! Наприклад, стосовно того, що позиція щодо речового характеру корпоративних відносин сьогодні практично ніким не обстоюється, або про невірність у своїй основі намагання втиснути корпоративні правовідносини до одного з уже відомих видів цивільних відносин — речових або зобов'язальних. Приємно тому, що для того, аби автор мав змогу так легко це стверджувати, слід було добре попрацювати, понаписувати численні статті, чимало виступити на конференціях, взяти участь у різного роду заходах, доводячи цю позицію, щоб нарешті дійти того, що сьогодні здається майже аксіоматичним.

І я хочу сказати, що ті напрацювання, які вже відбулися в Україні з питань корпоративного права, автор, безумовно, добросовісно використав, опрацював і пішов далі. Так і має бути в науці, бо нічого на місці не стоїть. І не можна не погодитися з паном Кравчуком у тому, що, на жаль, ґрунтовних наукових досліджень теорії корпоративного права немає. Трошки, правда, гірко це читати, але так воно і є. З моменту виходу моєї монографії у 1998 р. «Акционерные общества: корпоративные правоотношения», з якої, можна сказати, розпочалися дослідження у цій сфері, та збірника моїх статей «Акционерні товариства: акції, власність, корпоративне управління» (2002 р.) я так і не спромоглася закінчити декілька монографій, які мають той чи інший ступінь готовності. І більше сотні статей, написаних мною з цього приводу, ситуації не рятують. Добре, що О. Кібенко видала монографії з тематики корпоративного права і корпоративного управління, в тому числі з урахуванням англійського досвіду<sup>2</sup>, не говорячи вже про навчальні посібники. Вважаю, що має високий рівень дослідження А. Пилипенко та В. С. Щербини (1995 р.), видані були О. Вінник та В. Щербиною, В. Луцем, Р. Сивим та О. Яворською й навчальні посібники з акціонерного права. Та є й інші автори, які опрацювали в тому чи іншому ступені корпоративну тема-

<sup>1</sup> Кравчук В. Корпоративне право. – К.: Істина, 2005. – 720 с.

<sup>2</sup> Див.: Кібенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании – К.: Юстиниан, 2003; її ж. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи. – Х.: Страйд, 2006.

тику. Це С. Артеменко, А. Блюмхардт, Н. Глусь, В. Ливинець, О. Регу-рецька, О. Щербина, а також О. Онуфрієнко, В. Посполітак, які розглядали в основному проблематику цінних паперів. Однак цього непрошено мало. Я вже не говорю про те, скільки я побачила видань з корпоративного права й управління в лондонському книжковому магазині, досить згадати, скільки дослідників присвятили цій тематиці свої праці в Росії. Це сотні вчених, науковий багаж яких становить не одну монографію, не говорячи про навчальні посібники.

Тому ще раз підкреслюю: ми маємо бути вдячні пану Кравчуку, котрий довів, що, будучи молодою людиною, займаючись практичною діяльністю і очолюючи кафедру, можна видавати наукові праці, які б обговорювалися юридичною громадськістю, викликали спори, дискусії, які, врешті-решт, нам просто потрібні, як повітря.

Познайомившись у минулому році з автором на конференції з корпоративного права в Івано-Франківську, я відчула, що його заклик до читачів висловити свої відгуки є чесним і відвертим, а пан Кравчук якраз і є тією людиною, яка не очікує і не хоче сумнівних дифірампів, котрими пестрять сьогодні рецензії. Він очікує, як кажуть, конструктивної критики, яка йому буде корисною для подальшої праці. І це вірно, адже ніякі похвали користі не принесуть. Я переконалася в такій рисі пана Кравчука і на другій зустрічі на конференції у Львові, на яку він запросив мене у квітні цього року. І, треба сказати, я поїхала туди із задоволенням і час витратила немарно, бо спілкування такого камерного характеру з приводу численних проблем, котрі було обговорено нами на конференції, надає такі результати, які аж ніяк не можна порівняти з помпезними заходами, де, як правило, ні собі, ні людям.

Це все я веду до того, що я дуже вдячна пану Кравчуку за те, що нарешті можна висловитися по-дружньому критично, заздалегідь знаючи, що ця критика сприйметься, як слід, як корисна допомога, а не як образа. А з іншого боку, все це взаємно збагачує. Тому я лише декілька слів присвячу позитивній квінтесенції, аби перейти до обговорення.

Безумовно, рецензована книга, як на мене, є одним із небагатьох в Україні монографічних видань, які гідно увійдуть в історію української цивілістики. Я з таким же задоволенням читала монографії Р. Майданика та І. Кучеренко. Крім того, мої судження спираються на головних «оцінщиків» — нашу наукову молодь. Мої студенти та аспіранти із захопленням обговорювали і (продовжують це робити) саме ці три монографії, відмічаючи їх цікаві наукові положення, концепції, аргументи, стиль викладення, перебіг думок та розгорнутий аналіз. І я з ними пов-

ністю погоджуюсь. Я впевнена, що пан Кравчук написав добротну наукову працю, яку одразу відмічаєш. Це приклад того, коли результат говорить сам за себе без докладення додаткових, а часто й марних зусиль сучасних заходів «промоушена». Іншими словами, якщо це добре, так воно добре. Однак досить про це.

З перших же не тільки сторінок, а й рядків виникає відчуття, що автору ніколи та і нема чого розганятися, як казав мій вчитель, немовби важкий бомбардувальник: ніяких історичних екскурсів, ніяких угруповань точок зору, ніяких тобі «перш ніж аналізувати це питання, слід зупинитися...». Але не можна при цьому зауважити, що в цьому творі не вистачає науки — зовсім ні. Вже так набридлі оті однакові вирази «слід приєднатися до позиції...» і подібні ним. Одразу ж пан Кравчук закидує читача проблемами і оголошує висновками. Можливо, і мені в рецензії не слід одразу ж давати цьому оцінку — чи це добре, чи погано. Можливо, треба б було витримати паузу, накопичивши ще матеріалу для критики, але ж, уподібнюючись авторові, все ж таки зазначу, що від такого натиску виникає подвійне враження — поряд із зацікавленістю вбачається деяка кустарщина. Бігом-кругом пострибали від предмета до позначення кола відносин, які автор зараховує до корпоративних, називаючи при цьому лише бачення трьох українських та однієї російської дослідниці — і ось тобі і все. Як сказав би Вінні-Пух: «Нічого не розумію», а саме: (а) чому не розібрані аргументи авторів наведених визначень і чому не позначені й інші, не менш важливі; (б) чому не приділяється увага проблематиці комплексності в праві, про що я неодноразово зауважувала в своїх працях, адже це ж важливе питання, бо ми вже маємо одне «право» — господарське, з яким не знаємо, куди дітися, хоч галасвіта біжи, хай тут господарюють собі. Завтра буде «смітєве право», післязавтра таке, що й умисно не придумаєш; (в) нарешті, куди ж подівся метод, який супроводжує предмет, якщо вже говорити про корпоративне право як про галузь права, як то робить пан Кравчук? Можливо, він відвертає метод взагалі і додержується думки про достатність лише визначення одного предмета для того, щоб стверджувати про існування окремої галузі — це також потребує не просто пояснень, а складних умовиводів.

Отже, від перших сторінок складається враження юридичного авангарду, коли широкими мазками автор щось намітив, а виявилось, що це не ескіз, а завершений твір.

Окрема річ про правову природу корпоративних правовідносин, яку пан Кравчук вважає комплексною, а в баченні корпоративних відносин

цивільно-правовими звинувачує концептуальну помилку в аргументації. В той же час автор чітко не вказує, в чому ж полягають ці концептуальні вади. Навряд чи можна погодитися з ним у тому, що до складу корпоративних відносин входять різні — і зобов'язальні, і управлінські, і трудові, і фінансові. До речі, не зрозуміло, чому одні з них автором називаються, виходячи з відповідної галузі права, в той час як інші — із підстав, про які неважко здогадатися, але що потребує пояснень (наприклад, називаючи відносини зобов'язальними, можна логічно міркувати, що вони є цивільними, а якщо йдеться про управлінські, то це адміністративні відносини? Чи, можливо, це не має значення, тоді який критерій покладено в основу такої класифікації?).

Автор слушно зазначає, що всі корпоративні відносини стосуються центральної категорії «цієї галузі» — юридичної особи, тобто, я би сказала, що вона є епіцентром корпоративних відносин, навколо якої вони й складаються — аби забезпечити існування цього правового механізму. Але він обрушується на позицію щодо включення до предмета корпоративного права діяльності юридичних осіб, вказуючи, що нею є будь-яка форма активності, що виявляється в різних суспільних відносинах, а відтак, регулюватиметься і різними галузями права. В такому разі стає важко щось зрозуміти, адже раніш ним же позначалося, що і корпоративні відносини мають різну природу. В подальшому ж автор пропонує перейменувати корпоративне право на «право юридичних осіб». Знов-таки це потребує додаткових пояснень, зіставлення з розкритикованою автором пропозицією щодо діяльності юридичних осіб.

Якщо ж піти ще далі, то давайте візьмемо який завгодно традиційно цивілістичний інститут — майно, наприклад. Так, для всебічного регулювання відносин з приводу майна «підключаються» різні галузі права — і того ж фінансового, і податкового, і адміністративного, якщо є необхідність у державній реєстрації прав, і митного у певних випадках, а у разі виникнення питання про захист — ще й багатьох інших. Те ж саме можна сказати про цінні папери, власність, інтелектуальну власність.

До чого я веду? Проблем у цьому питанні надто багато, щоб, обмежившись декількома виразами на трьох сторінках, робити нічим не доведені висновки.

Взагалі ж, аби впевнитися в тому, що корпоративне право є правом усіх юридичних осіб, а не лише корпоративного устрою, слід також сумлінно попрацювати, зважити і довести всі аргументи. Тим більше, що це неминуче потягне за собою нашу проблематику істотної відмінності таких господарських товариств, як повні та командитні, від това-

риств з обмеженою, додатковою відповідальністю та акціонерних товариств. Останні ж ще мають підвищений ступінь відмінності від усіх інших. Якщо ж цим колом охоплювати і кооперативи, і громадські організації, то слід виявити сутнісну субстанцію корпоративних відносин — і все це не може укладатися в такий незначний обсяг, як це зробив пан Кравчук.

У цьому аспекті робота не позбавлена й інших дрібних недоліків, наприклад, говорячи про підприємницьких юридичних осіб, автор раптом переходить на іншу термінологію — «комерційні організації»; наводить класифікацію юридичних осіб залежно від їхніх цілей, позначаючи на першому місці підприємства. Де взялася унітарна юридична особа, поймає в подальшому унітарним підприємством? Що це за гусак лапчастий? Звідки він і чому автор не тільки вважає, що всі розуміють, про що йдеться, а й що стосовно них також можна говорити про корпоративні відносини?

Причому все це робиться без усяких пояснень. Якби автор пояснив, що він, будучи цивілістом, тим не менш вважає недосконалою класифікацію юридичних осіб за Цивільним кодексом і гадає, що краще було б залишити підприємства як юридичні особи, встановити такий їх вид, як комерційні тощо, тобто підтримати позицію Господарського кодексу, то було б зрозуміло, що цивіліст став ренегатом. А так виходить мішанина, яка не не користь читачеві і не надає змоги з'ясувати в цілому ту проблему, яку автор ставить за мету розв'язати. Так само й щодо повних товариств, вказуючи, що їх вищим органом є збори учасників, уже в наступному абзаці автор погоджується з тим, що ці товариства є винятком і органів не мають, а діють через своїх учасників.

Не можу погодитися з баченням автором корпоративних норм як виключно норм, встановлюваних органами юридичної особи. Тобто, корпоративне право в його розумінні є внутрішнім правом кожної юридичної особи і цих «корпоративних прав» існує стільки, скільки є в країні юридичних осіб? Гадаю, що це не так, і у своїх працях я намагалася це довести. Правда, пан Кравчук, мабуть, із ними незнайомий, бо в книзі немає на них посилань. Це зовсім не особистий докір, а вказівка ще раз на те, що твердження не мають зависати в повітрі, вони не існують самі по собі. Якщо вже інші вчені висловлювалися з цього приводу, то їх аргументи слід розібрати, відхилити або підтримати, а не замовчувати. Я говорю за себе, але можу навести багато праць, які пану Кравчуку не тільки бажано, а й необхідно було використати для того, щоб його монографія ґрунтувалася на міцному фундаменті.

І особливо важливо відмітити те, що пан Кравчук такою позицією стосовно корпоративних норм суперечить сам собі, адже він, мабуть, забув, що він назвав свою книгу «Корпоративне право». Тоді логічно було б розкрити корпоративне право в об'єктивному розумінні як «несукупність» локальних норм, що регулюють відносини стосовно юридичних осіб. За цим слідувало б поняття суб'єктивних корпоративних прав. Автор же будує свою працю за звичайним принципом, забуваючи те, що він говорив спочатку. Він розглядає і поняття, ознаки та види юридичних осіб, їх атрибути, і все, що завжди дослідниками аналізується, коли пишеться робота, спираючись на позитивне право.

Починаючи ж із другого розділу, матеріал викладається як класика жанру. Тут уже є все — і точки зору, і історія питання, і критика, і аргументи. Тобто «злісна» критика на цьому в мене закінчується. Я повністю підтримую автора у цілій низці таких важливих його тверджень. Одним з них є поняття організації як створеної для досягнення певної мети форми взаємодії зацікавлених осіб. Таке розуміння організації і відповідної ознаки юридичної особи — організаційної єдності — доводить безгрунтовність тверджень про те, що не може йтися про організаційну єдність у компаніях однієї особи, адже в неї начебто відсутня організація. Я постійно зауважувала на невірність такого розуміння.

Далі пан Кравчук розглядає різні види організацій крізь призму статусу юридичної особи, зачіпаючи навіть питання про доцільність надання такого статусу органам державної влади та державним установам. Усі ці судження є цікавими, але й тут слід висловити докір автору в неналежному рівні опрацьованості сучасного стану дослідження цього питання. Гадаю, що посилення при цьому лише на роботу В. Грибанова буде замало, тим більш, що в Україні є ґрунтовні дослідження з цих питань. Але не тільки в цьому докір, а ще й в тому, що вже тут якраз і знайшла свій прояв методологічна помилка автора, зроблена ним на початку роботи, про яку вказувалося — швидко й абияк розглянути фундаментальні питання корпоративного права. Читаючи про так званих юридичних осіб публічного права, задаєшся питанням: а при чому тут корпоративне право?

Абсолютне погодження викликає позиція автора щодо неприпустимості віднесення до ознаки юридичної особи її державну реєстрацію. Це дійсно, не на що не схоже. Як може бути, щоб юридичний факт, із яким пов'язується створення юридичної особи (тобто ще до її існування), вважати ознакою, яка є характерною і основоположною рисою, характеристикою цього утворення як певного юридичного явища? Не буде

реєстрації — не буде юридичної особи. А вже коли вона є, тоді слід вести мову про її ознаку. Так само ми не можемо охарактеризувати людину, доки вона не народилася. Яка вона буде — жебрак чи забезпечена особа, відповідальна чи разгільдйя — всі ці ознаки вона набуває за своє життя.

Важливими є міркування автора щодо організаційно-правової форми юридичних осіб та її елементів. З цього приводу можна посперечатися, але висловлена автором позиція, поряд із позицією І. Кучеренко, вже надає бадьорості, адже можна сподіватися, що критична маса досліджень такого рівня приведе до того, що наш законодавець почне прислуховуватися до науковців і припинить нарешті ті жахи, які у нас в Україні відбуваються з різновидами юридичних осіб типу орендних, приватних та спільних підприємств, а також пропозиціями продовжити моделювання видів юридичних осіб. Тобто, на всяк смак і за принципом «чого бажаєте». Гадаю, що тут слід зайняти жорстку позицію, якої дотримується й автор — перелік організаційно-правових форм має бути вичерпним. Хотілося б при цьому, щоб автор позначив своє бачення цих форм і висловив пропозиції щодо змін до законодавства.

Можна привітати спробу автора розв'язати проблему з правоздатністю юридичної особи. Дійсно, важко вийти зі становища, коли Цивільний кодекс визначає лише загальну правоздатність юридичних осіб, а втім, це не може бути так стосовно банків, страхових компаній, торговців цінними паперами тощо. Для прояснення ситуації з правоздатністю автор використовує термінологію «загальна», «спеціальна», «виключна», «розширення правоздатності», «обмеження правоздатності». Так от, аби стверджувати, що щось зрозуміло стало з цього питання, так і ні, бо автор, використовуючи термінологію, не наводить пояснень, а іноді допускає хибне бачення, наприклад, коли стверджує, що з анулюванням ліцензії суб'єкт втрачає спеціальні права, які він мав. Про що йдеться? Про суб'єктивні права? Так він їх не втрачає, якщо вони виникли під час дії ліцензії, а якщо йдеться про можливість набуття суб'єктивних прав у подальшому, так це ще не права.

Можна наводити ще приклади того, що автор мав допрацювати, ретельніше підійшовши до матеріалу, але обсяг рецензії не дозволяє це зробити, хоча автору я надам і додаткові свої зауваження і похвали.

Втім, безсумнівно, всякому, хто писав таку об'ємну і багатопарову працю, відомо, наскільки важко зв'язати матеріал в єдиний комплексний вузол, в якому все узгоджено і враховано. Тим більш, коли йдеться про нашу сучасну українську юриспруденцію. Це дуже і дуже складно, і вже

то добре, що автор надав нам можливість поміркувати, побачити все вкупі як таку композиційно заплутану і недосконалу масу, яку навіть не відважишся назвати комплексним законодавством, бо все це нагадує скоріше якусь какофонію. Гадаю, що це також важливо для нас як правників. І це є результативним для пана Кравчука, який продемонстрував такий стан українського корпоративного законодавства, що нам слід, закасавши рукава, щойно братись за роботу з його вдосконалення, бо початок уже покладено.

*І. Спасибо-Фатеева*, член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор

## **Актуальне дослідження проблеми оптимізації діяльності прокурора у сфері боротьби зі злочинністю**

Рецензоване наукове видання<sup>1</sup> підготовлено відомим вченим-криміналістом, директором НДІ проблем кримінології, криміналістики і судової експертизи Міністерства юстиції Республіки Беларусь, кандидатом юридичних наук, доцентом Олександром Сергійовичем Рубісом. Головна ідея монографічного дослідження полягає в необхідності вивчення можливостей наповнення прокурорського нагляду криміналістичним змістом з метою вдосконалення діяльності органів прокуратури. Реалізація цієї ідеї, на думку автора, передбачає створення і розробку теорії криміналістичного забезпечення діяльності прокурора у боротьбі зі злочинністю (с. 6, 7). Тому такий підхід характеризується сміливістю та науковою оригінальністю.

О. С. Рубіс підготував якісну та методологічно обґрунтовану монографію, в якій з криміналістичної точки зору висвітлено діяльність прокурора на усіх етапах боротьби зі злочинністю. На сьогодні зазначена проблематика залишалася недостатньо дослідженою, а окрема криміналістична теорія взагалі відсутня.

Архітектоніка роботи О. С. Рубіса є логічною і охоплює найбільш важливі проблеми. За своєю структурою монографія складається з вступу, п'яти розділів, п'ятнадцяти підрозділів, висновків і бібліографічних посилань.

<sup>1</sup> *Рубис А. С.* Криминалистическое обеспечение деятельности прокурора в сфере борьбы с преступностью. – Мн.: Изд-во БГУ, 2005. – 271 с.



У першому розділі «Методологічні засади дослідження діяльності прокурора у сфері боротьби зі злочинністю» автор на підставі системного підходу аналізує діяльність прокурора та його функції. Акцентовано увагу на тому, що діяльність прокурора — самокерована, автономна і функціональна система (с. 16). Зроблено висновок про те, що виникла необхідність розширити поняття предмета прокурорського нагляду, наповнити його криміналістичним змістом (с. 15).

Позитивним є те, що автор ретельно розглядає розвиток різних поглядів на діяльність прокурора у кримінальному процесі (с. 19–35). Зроблено спробу вичленувати криміналістичний зміст компетенції прокурора. При цьому компетенція прокурора реалізується через криміналістичну складову його діяльності, спрямовану на організацію і контроль за встановленням елементів криміналістичної структури злочину, необхідних для здійснення процесів виявлення фактів неправа та доказування адекватного етапу боротьби зі злочинністю (с. 35).

Під час дослідження функцій прокурора використано діяльнісний підхід, оскільки доказування належить до одного з видів соціальної діяльності (с. 41). Автор підкреслює, що без наявності у прокурора системних криміналістичних знань здійснення ефективного прокурорського нагляду є нереальним (с. 44).

У другому розділі «Поняття та сутність криміналістичного забезпечення діяльності прокурора» досліджується діяльність прокурора щодо управління інформаційними процесами доказування і висвітлюється організаційна структура цієї діяльності з актуалізації доказів. Цікавим є розгляд процесу криміналістичного доказування, який складається з сьоми етапів (I. Етап встановлення кримінально-правової моделі злочину; II. Етап побудови криміналістичної моделі застосування кримінально-процесуального закону для розслідування конкретної кримінальної справи; III. Етап здійснення збирання інформації по даній моделі з метою встановлення всіх структурних елементів системи «злочин»; IV. Етап перевірки і оцінки встановлених фактичних даних, шуканих фактів і криміналістичних методів їх виявлення; V. Етап побудови моделі діяльності з доказування; VI. Етап трансформації криміналістичної моделі діяльності з доказування у відповідні процесуальні форми, тобто етап побудови і реалізації процесуальної моделі доказування; VII. Етап реалізації доказів — формування і обґрунтування висновків) (с. 92–94).

У третьому розділі «Принципи і методичні засади криміналістичної складової діяльності прокурора» відображені намагання автора створити систему принципів прокурорської діяльності та розкрити її методи,

а також цілі регульованого впливу прокурора на інформаційне забезпечення процесу доказування. Звернення до зазначених проблем є позитивним, хоча певні положення монографії у цьому сенсі мають дискусійний характер. Зокрема, це стосується принципів діяльності прокурора (принцип здійснення діяльності прокурора на підставі системного підходу; принципи структурної єдності криміналістичної складової діяльності прокурора на всіх етапах боротьби зі злочинністю; принцип реконструктивності і перевірюваності встановлених слідчим елементів системи «злочин»; принцип комплексності; принцип обов'язкового використання в діяльності прокурора методів подолання протидії; принцип координації діяльності з виявлення і доказування злочинів; принцип забезпечення діяльності прокурора по нагляду за виявленням і доказуванням злочинів криміналістичними знаннями; принцип законодавчого і нормативного забезпечення діяльності прокурора по нагляду за виявленням і доказуванням злочинів) (с. 108–113).

Відрізняється суттєвою науковою новизною розгляд автором методів діяльності прокурора. Так, запропоновано певну систему методів, які недостатньо відображені в криміналістичних джерелах: метод організації, управління і контролю за проведенням тактичних операцій; метод першочергового встановлення матриці; метод криміналістичного моделювання; метод криміналістичного аналізу; метод структурного аналізу; метод системно-комунікаційного аналізу; методи психофізіологічні; метод криміналістичного аналізу матеріалів кримінальної справи; метод криміналістичного ототожнення; методи оцінки доказів та ін. (с. 119–129).

У четвертому розділі «Криміналістичне забезпечення діяльності прокурора з виявлення злочинів» звернено увагу на проблеми формування теорії виявлення злочинів та роль прокурора в оптимізації такої діяльності. У цьому плані проведено ретельний аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства і надано суттєві пропозиції щодо його змін і доповнень.

У п'ятому розділі «Криміналістичне забезпечення діяльності прокурора з реалізації доказів» висвітлено проблеми діяльності прокурора при здійсненні доказування на етапі попереднього розслідування і в суді, а також розглянуто специфіку участі прокурора у забезпеченні подолання протидії діяльності з виявлення і доказування злочинів.

Вивчення монографії дає змогу констатувати, що матеріал викладено доступно до сприйняття мовою, окремі положення проілюстровано даними судово-слідчої та прокурорської практики. Автор вміло оперує літературними джерелами, коректно критикує певні позиції.

Отже, рецензована монографія О. С. Рубіса є помітним внеском у криміналістику і може претендувати на закладення підґрунтя для створення окремої криміналістичної теорії. Безперечно, положення роботи характеризуються науковою новизною і мають теоретичну та практичну значущість, а саме видання монографії підтверджує появу нового напрямку в криміналістиці.

***В. Шепітько***, член-кореспондент АПрН України,  
доктор юридичних наук, професор

## **Міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: новий крок у осмисленні»**

5–6 грудня 2005 р. у м. Києві відбулася Міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: питання теорії та практики». Її організаторами стали Організація безпеки та співробітництва в Європі, Національний університет «Києво-Могилянська академія», Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, а також Українська правнича фундація.

На конференцію були запрошені провідні науковці України, представники органів законодавчої, виконавчої та судової гілок влади, а також гості з Німеччини, США, Росії, Литви, Італії. Для забезпечення наступництва ідеї верховенства права до роботи конференції були залучені студенти, аспіранти та молоді викладачі з Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного університету «Києво-Могилянська академія», Донецького національного університету, Луганської академії внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України, Львівського національного університету імені Івана Франка.

Робота конференції проходила у чотирьох напрямках:

- Верховенство права: питання доктрини;
- Верховенство права у законодавчому процесі;
- Верховенство права у судочинстві;
- Верховенство права у діяльності виконавчої влади.

Конференція була першою спробою комплексного дослідження верховенства права. Її учасники прагнули розкрити поняття і значення верховенства права на філософському і теоретичному рівнях, а також у межах окремих галузей права в контексті реалізації принципу верховенства права в українській правовій системі та з урахуванням досвіду зарубіжних країн (на прикладі Німеччини і США). Важливе значення мало розкриття змісту верховенства права з позицій міжнародного права на прикладі практики функціонування Європейського суду з прав людини.

З вітальним словом від організаторів конференції виступили президент Національного університету «Києво-Могилянська академія» **В. Брюховецький**, Координатор проектів ОБСЄ в Україні **Джеймс Шумейкер**, Міністр юстиції України **С. Головатий**. Розповівши про історію виникнення принципу верховенства права, **С. Головатий** наголосив на особливій актуальності цієї ідеї в аспекті сучасних ліберальних тенденцій розвитку суспільства. Тому роль, яку відіграє принцип верховенства права, полягає в забезпеченні і гарантуванні свободи кожної особи.

З доповідями з питань за першою темою виступили: завідувач кафедри державно-правових наук факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» **М. Козюбра**, професор університету Зарубіжного публічного та міжнародного права ім. Макса Планка **Хартвіг Матіас**, представник Президента України в Конституційному Суді **В. Шаповал**.

**М. Козюбра** прагнув встановити певні опорні позиції, які б дали змогу уявити зміст принципу верховенства права: праворозуміння, співвідношення з категорією справедливості та принципом верховенства Конституції. Практичне значення верховенства права він вбачав у тому його розумінні, коли цей принцип розглядається в аспекті прав людини. **Хартвіг Матіас** підкреслив, що роль, аналогічну принципу верховенства права, у Німеччині виконує принцип правової держави, який полягає у таких засадах: виключна компетенція парламенту, поділ влади, забезпечення прав людини, пропорційність, визначеність, заборона зворотної дії закону, довіра, ефективний правовий захист та деякі інші. Зокрема, принцип пропорційності передбачає додержання необхідної відповідності між цілями і засобами, які слугують забезпеченню цих цілей, або розумного співвідношення між протиставленими один одному благами. Так, втручання держави у свободу окремої людини має бути зумовлене досягненням принаймні не меншого блага чи користі. **В. Шаповал** акцентував увагу присутніх на плідній ролі ідеї природного права в розумінні принципу верховенства права в аспекті як правотворчості, так і правозастосування.

В обговоренні філософсько-правових і загальнотеоретичних проблем розуміння верховенства права виступили **А. Козловський**, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Чернівецького Національного університету імені Юрія Федьковича, **М. Братасюк**, професор кафедри гуманітарних дисциплін юридичного факультету Київського національного університету внутрішніх справ, **О. Петрішин**, головний вчений секретар Академії правових наук України, **А. Георгіца**, завідувачка ка-

федри міжнародного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, **А. Довгерт**, завідувач кафедри міжнародного приватного та митного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, **Н. Шевченко**, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Підсумковий аналіз здійснив **С. Головатий**, Міністр юстиції України.

За темою «Верховенство права у законодавчому процесі» найбільш радикальною була доповідь заступника начальника Нижегородської академії Міністерства внутрішніх справ РФ **В. Баранова** «Техніко-юридичні засоби вираження верховенства закону». Він стверджував, що взагалі ідея верховенства права настільки, наскільки вона розходиться з законом і законністю, є небезпечною для стабільності і правопорядку. Скільки законів втратило свій авторитет і просто було зведено нанівець лише через їх «недоцільність», «аморальність», «неефективність» та інші схожі підстави. Тому неприпустимо використовувати розпливчате визначення принципу верховенства права. Замість цього має впроваджуватись принцип верховенства закону, який повинен бути чітко виражений за допомогою техніко-юридичних засобів. Так, слід розробити закон або декілька законів, які б очолювали всю систему права і стали критерієм правомірності всіх інших нормативно-правових актів.

У доповіді заступника керівника Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України **А. Нижника** звернуто увагу на конкретні шляхи та проблеми трансформації правової системи України до верховенства права.

З питань місця і значення верховенства права в окремих галузях права виступили **А. Колодій**, начальник кафедри конституційного права Національного університету внутрішніх справ України, **В. Луць**, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління, **Л. Луць**, професор кафедри теорії та історії держави і права Львівського національного університету імені Івана Франка, **О. Шмигова**, аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Підсумковий аналіз здійснив **А. Ткачук**, голова Інституту громадянського суспільства.

З питань верховенства права у судочинстві з доповідями виступили суддя Федерального суду США **Футей Богдан**, судді Європейського суду з прав людини **Владимир Загребельський** та **Дануте Йоцине**, суддя Верховного Суду України **В. Маринченко**, суддя Федерального адміністративного суду Німеччини у відставці **Ханс Йоахім Бонк**, Голова Вищого адміністративного суду України **О. Пасенюк**.

Дуже важливими для розуміння верховенства права були доповіді суддів Європейського суду з прав людини **Дануте Йоцине** та **В. Загребельського**, які по суті утверджували міжнародно-правовий аспект принципу верховенства права. Останній полягає у тому, що кожне національне законодавство має враховувати міжнародне право, особливо його частину щодо міжнародно-правових стандартів у сфері прав людини. Тому ефективним механізмом реалізації цього принципу є діяльність Європейського суду з прав людини, який дає змогу захистити права особи, якщо способи захисту національної правової системи не можуть цього забезпечити. Тобто, право, зокрема права людини, не тільки не вичерпуються позитивним національним законодавством, а й містяться у положеннях міжнародних актів, що мають пріоритет над національним законодавством. Європейська конвенція про захист прав та основних свобод, що є правовою основою для діяльності Європейського суду, відповідно до принципу субсидіарності, про який говорила **Дануте Йоцине**, повинна впроваджуватися у національну правову систему тими способами і засобами, які обере сама держава. Тобто, передбачається, що їй краще відомо про особливості свого законодавства і найбільш доцільні способи, якими можна забезпечити ефективне втілення в життя положень конвенції. В обговоренні також брали участь **І. Войтюк**, ректор Академії суддів України, **М. Савченко**, професор кафедри державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», **А. Мелешевич**, декан факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія». Підсумковий аналіз здійснив **В. Шишкін**, суддя Конституційного Суду України.

За темою «Верховенство права у діяльності виконавчої влади» з доповіддю виступив **В. Авер'янов**, завідувач відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Насамперед він наголосив на необхідності переосмислення самої концепції державного управління, яке має розглядатись як надання особливого роду послуг. Саме при такому підході, коли вважається, що держава слугує особам, надаючи їм різні, зокрема управлінські, послуги, можлива реальна реалізація принципу верховенства права у сфері виконавчої влади. Тоді діяльність кожного державного службовця, чиновника буде спрямована на забезпечення потреб особи, її прав. На розвиток цієї теми виступили: **Д. Лук'янець**, завідувач кримінально-правових дисциплін Української

академії банківських справ, **В. Тимошук**, заступник голови Центру політико-правових реформ, **С. Максимов**, професор кафедри філософії Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Підсумковий аналіз здійснив **І. Коліушко**, голова Центру політико-правових реформ.

Підбиваючи підсумки дводенної роботи конференції, можна говорити про її важливе значення на якісно новому етапі розвитку нашої правової системи. І хоча конференція не ставила перед собою завдання остаточно визначитись щодо проблеми розуміння та реалізації верховенства права, проте, як наголосив **М. Козюбра**, необхідно було розставити акценти щодо загального підходу. На його думку, такий акцент полягає у тому, що людина дійсно повинна стати мірою всіх речей, зокрема права; права людина слід визнавати головним критерієм діяльності держави та її органів.

Усі учасники конференції висловили надію, що вона буде не останньою у дослідженні цієї проблеми. Щодо розставлених акцентів **С. Головатий** наголосив на необхідності створення курсу, присвяченого правам людини, оскільки зараз про них згадується лише в окремих розділах деяких правових дисциплін.

За матеріалами конференції буде видано спеціальний випуск журналу «Українське право».

*Матеріал підготували:*

**С. Максимов**, доктор юридичних наук, професор НЮА України,

**О. Лиховид**, студент Інституту підготовки кадрів  
для органів прокуратури НЮА України

### **Академічна лабораторія прав людини і громадянина: підсумки першого десятиріччя**

У червні 1996 р. Президія Академії правових наук України ухвалила рішення про створення свого першого на західноукраїнських теренах держави наукового підрозділу — Львівської лабораторії прав людини і громадянина. А вже наступного місяця було затверджено Статут цієї установи як юридичної особи.

Згідно зі Статутом Лабораторія покликана сприяти науковому обґрунтуванню здійснення державної політики, Конституції України,



діяльності державних органів у галузі прав людини в напрямку вдосконалення їх юридичного забезпечення й імплементації відповідних міжнародних принципів та норм. Задля цього Лабораторія мала проводити дослідження фундаментальних проблем теорії і практики здійснення прав людини і громадянина в Україні та брати участь у: розробленні і науковому експертуванні законодавчих та інших нормативно-правових актів України, що стосуються прав людини і громадянина; підготовці й обґрунтуванні пропозицій щодо поліпшення юридичного забезпечення прав людини і громадянина в Україні відповідно до міжнародних стандартів; інформаційно-аналітичній діяльності щодо розвитку міжнародного й національного законодавства з прав людини, функціонування відповідних міжнародних контрольно-наглядових та юрисдикційних органів, здійснення вітчизняних та зарубіжних досліджень цієї проблематики; вивченні стану дотримання прав людини в Україні, заходів, спрямованих на забезпечення й вивчення прав людини; поширенні знань серед юристів та населення про права людини і громадянина та юридичні механізми їх здійснення й захисту; наукових, практичних та просвітницьких конференціях, симпозіумах, семінарах з питань прав людини і громадянина; організації навчально-просвітницьких акцій з цих питань; розробленні програмних і навчально-методичних матеріалів з питань вивчення прав людини у вищій школі.

З огляду на специфіку означених завдань, а також зважаючи на відсутність вітчизняних аналогічних наукових інституцій, «взірців», Лабораторії довелося започаткувати низку таких заходів, які були, власне, новаторськими, образно кажучи, — піонерськими.

Так, Лабораторія вперше в Україні:

— вдалася до розпрацювання сучасних концептуально-методологічних засад теорії загальносоціальних («природних») прав і свобод людини;

— розпочала перекладати державною мовою, реферувати й публікувати рішення Європейського Суду з прав людини (1997 р.);

— провела у Львові міжнародну двотижневу школу для молодих викладачів юридичних факультетів Беларусі, Молдови й України з питань використання у навчальному процесі Європейської конвенції з прав людини та практики її застосування Європейським судом з прав людини (спільно з Інститутом конституційної та правової політики — COLPI, м. Будапешт). По закінченні роботи цієї школи її слухачам було видано відповідні сертифікати Лабораторії та COLPI (2001 р.);

— провела міжнародний симпозіум з релігійних прав людини, участь в якому взяли науковці з п'яти зарубіжних країн — Німеччини, Австрії,

Польщі, Беларусі, Литви (спільно з юридичним факультетом Регенсбурзького університету (Німеччина) та юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка, 2004 р.);

— організувала «круглий стіл» з антропології права і прав людини (спільно з Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка, 2005 р.);

— започаткувала систематичне проведення Всеукраїнських конкурсів учнівських і студентських творів-есе з прав людини (спільно із Українською секцією Міжнародного товариства прав людини та Харківською правозахисною групою, з 1997 р.);

— підготувала й опублікувала збірку афоризмів і прислів'їв народів світу щодо прав, свобод та обов'язків людини і громадянина (2001 р.);

— сформувала й видала спеціалізований каталог літератури та інших джерел з проблематики прав і свобод людини і громадянина, який налічує понад 3700 назв (1996–2005 рр.) й окремі фрагменти якого публікувались ще раніше — у 1999–2000 рр. — у київському часописі «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі»<sup>1</sup>;

— організувала декілька наукових конференцій молодих науковців, аспірантів та студентів на тему «Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави» (спільно з Одеською національною юридичною академією та юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка (2002, 2003, 2004 рр.);

— почала щорічно проводити обласні олімпіади школярів-старшокласників з прав людини (спільно із обласним управлінням Львівської обласної державної адміністрації та Західноукраїнським колегіумом (нині — Львівський державний інститут новітніх технологій та управління імені В'ячеслава Чорновола);

— організувала зустріч Голови Європейського суду з прав людини п. Луціуса Вільдхабера зі співробітниками вітчизняної наукової установи — Львівської лабораторії прав людини і громадянина (2005 р.).

То які ж, загалом, основні результати діяльності Лабораторії протягом минулого десятиріччя?

Майже 20 випусків її «Праць», виданих двома серіями (перша — «Дослідження та реферати», друга — «Коментарі законодавства і прав»); низка збірок реферованих перекладів рішень Європейського суду з прав людини; участь в організації близько десяти міжнародних і національних

<sup>1</sup> Див.: Права і свободи людини та громадянина. Матеріали до бібліографії. — Львів, 2006.

конференцій, «круглих столів», тренінгів; шість захищених кандидатських дисертацій із загальнотеоретичних проблем прав і свобод людини — такими є найбільш вагомі здобутки колективу її співробітників.

«Праці» Лабораторії знаходяться нині не тільки в основних вітчизняних публічних і вузівських бібліотеках, а й у бібліотеках Конституційного Суду України, Верховного Суду України, а зрештою й Європейського суду з прав людини.

До найбільш відомих з цих випусків належать монографії: «Права людини і громадянина у Конституції України» (Харків, 1997, автор — П. М. Рабінович), «Реалізація прав людини: проблеми обмежування» (Львів, 2001, автори — П. М. Рабінович, І. М. Панкевич), «Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації» (Львів, 2002, автори — П. М. Рабінович, Н. М. Раданович), «Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини» (Львів, 2004, автори — П. М. Рабінович, С. Є. Федик), «Права людини у природно-правовій думці католицької церкви» (Львів, 2004, автор — С. П. Рабінович), «Актуальні проблеми загальної теорії прав людини» (Львів, 2006, автор — С. П. Добрянський), «Соціальна держава і права людини «другого покоління»» (Львів, 2006, автор — О. З. Панкевич). Ці видання дістали схвальні оцінки у публічних рецензіях та й в інших джерелах<sup>1</sup>.

В ювілейному році Лабораторія також видає у першій серії «Праць» монографії «Право на свободу віросповідання та юридичний механізм його забезпечення в Україні» (автор — Л. В. Ярмол), «Право людини на компенсацію моральної шкоди» (автори — П. М. Рабінович, О. В. Гришук), «Права людини: соціально-антропологічний вимір» (автори — усі нинішні наукові співпрацівники Лабораторії).

Щодо останнього — 13-го у серії першій — випуску «Праць» слід зазначити, що у діяльності Лабораторії він є у певному сенсі етапним. Адже, з одного боку, він концентровано втілює підсумки попередніх досліджень, демонструє їх загальний науковий рівень, а з другого — має слугувати наступною концептуально-методологічною «сходинкою», з якої розгоргатиметься подальша реалізація евристичного потенціалу колективу Лабораторії.

Тож, мабуть, є підстави констатувати, що Львівська лабораторія прав людини і громадянина (яку декілька років тому було включено до структури Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України) стала помітним науковим осередком вітчизняної теоре-

<sup>1</sup> Див.: Право України. – 2002. – № 6; 2003. – № 10; 2004. – № 4, 12; 2005. – № 9.

тичної юриспруденції — своєрідним «методологом» досліджень праволюднинної проблематики.

Результати досліджень Лабораторії знаходять попит у правотворчій, правоінтерпретаційній, правозастосовній та правопросвітницькій практиці. Її співробітники брали участь, зокрема, у проектуванні «Основних засад державної політики у галузі прав людини» (ухвалених постановою Верховної Ради України 10 липня 1999 р.), підготовці на запит Конституційного Суду України висновків стосовно певних конституційних подань (2001–2003 рр.), а як фахівці — у розгляді Конституційним Судом України одного з таких подань (2001 р.), обговоренні на засіданнях Науково-консультативної ради при Верховному Суді України проектів постанов його Пленуму (2003–2005 рр.), систематичному викладанні «праволюднинних» курсів у вищих юридичних навчальних закладах м. Львова, навчальних семінарах і тренінгах із суддями, адвокатами, прокурорами (1997–2005 рр.).

При цьому заходи з практикуючими юристами проводились Лабораторією, зазвичай, спільно із Верховним Судом України, або Центром суддівських студій при Міністерстві юстиції України, або Спілкою адвокатів України, або Генеральною прокуратурою України.

З огляду на міжнародний статус стандартів прав людини Лабораторія — задля виконання своїх завдань — була «приречена» на дослідження й поширення цих стандартів, а також на безпосередню співпрацю із зарубіжними науковими й практичними інституціями.

Тому цілком природно одним із основних і постійних напрямків її діяльності стали, як зазначалось, рефероване перекладання державною мовою й оприлюднення матеріалів практики Європейського суду з прав людини. Загалом за час існування Лабораторії її співробітники й помічники опрацювали близько 300 таких матеріалів (рішень цього Суду та комюніке його Секретаря про них), які неодноразово видавались окремими збірками<sup>1</sup> й останніми роками систематично друкуються у численних юридичних виданнях України<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Практика Європейського суду з прав людини. Вип. 1, 2, 3, 4. – Львів, 1997–2000 рр.; Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993–2002 р.). – К., 2003; Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 рр.). – К., 2004; Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (2004–2005 рр.). – Львів, 2006.

<sup>2</sup> Див. журнали: «Вісник Верховного суду України», «Вісник господарського судочинства», «Бюлетень Міністерства юстиції України», «Прокуратура. Людина. Закон», «Адвокат», «Право України», «Юридична Україна», «Юридический вестник» та газети: «Юридичний вісник України», «Юридична газета».

Що ж до співпраці Лабораторії із зарубіжними організаціями й особами, то вона відбувалась — у різноманітних формах — зокрема, з Директоратом з прав людини Ради Європи (через Бюро інформації Ради Європи в Україні), Інститутом конституційної та правової політики (COLPI) Інституту відкритого суспільства (м. Будапешт), Центром прав людини Ноттінгемського університету (Велика Британія), юридичним факультетом Регенсбурзького університету (Німеччина), Міжнародним юридичним центром захисту прав людини «Interrights» (м. Лондон), Німецькою секцією Міжнародного товариства прав людини (м. Франкфурт-на-Майні), Управлінням Верховного Комісара ООН з прав біженців (через його Представництво в Україні) та міжнародною організацією «Правова допомога клінікам для біженців» — LARC (м. Будапешт).

Яскравою подією у контактах такого ґатунку була, як згадувалось, зустріч співробітників Лабораторії з Головою Європейського суду з прав людини п. Луціусом Вільдхабером у травні 2005 р.

Ознайомленню юридичної громадськості з результатами діяльності Лабораторії сприяло оприлюднення інформації щодо них у довідкових та періодичних виданнях<sup>1</sup>.

Та усі ці досягнення Лабораторії навряд чи були б можливі, якби не постійна доброзичлива увага, яку приділяли її діяльності президія Академії правових наук України (питання про роботу Лабораторії розглядались нею у 1997, 1999, 2000, 2004 рр.), її президент — академік В. Тацій, віце-президент — академік Ю. Грошевий, а в останній період (після включення Лабораторії до структури створеного у 2001 р. Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування АПРн України) — директор цього інституту, член-кореспондент АПРн України Ю. Битяк, а також заступник директора доцент І. Яковюк.

Окремо слід із вдячністю відзначити систематичну допомогу, яку надавала і надає Лабораторії адміністрація юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (декани — член-кореспондент АПРн України, професор В. Нор, а нині — доцент А. Бойко) і Львівського державного інституту новітніх технологій та управління імені В'ячеслава Чорновола — закладу, в якому розташовано Лабораторію (ректор — професор В. Когут).

<sup>1</sup> Див.; Юридична енциклопедія. — К., 2001. — Т. 3. — С. 533; 2003. — Т. 5. — С. 54; Уряд. кур'єр. — 1999. 30 бер.; 2004. — 21 жовт.; Право України. — 2001. — № 8; Адвокат. — 2001. — № 8; Юрид. вестник. — 2001. — № 4; Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 2; 2001. — № 3; 2004. — № 3; 2005. — № 1; Юрид. вісник України. — 2001. — № 43, 45; Юрид. газета. — 2005. — 14 лист.

Нарешті, не можна не відзначити неабияких зусиль, яких ініціатор створення Лабораторії та її завідувач — професор П. Рабінович доклав до того, аби досягти таких результатів її діяльності, що їх було схарактеризовано вище. Саме вони зумовили поважливе ставлення до Лабораторії з боку різноманітних державних органів, наукових і навчальних закладів, певних правозахисних організацій<sup>1</sup>.

Нині у складі Лабораторії працюють: провідні наукові співпрацівники, кандидати юридичних наук С. Добрянський та І. Панкевич; старші наукові співробітники, кандидати юридичних наук С. Рабінович і Л. Ярмол, наукові співробітники Д. Гудима, Т. Дудаш, Т. Пашук; старший лаборант О. Томіна.

На закінчення варто нагадати, що у рекомендаціях Міжнародної наукової конференції «Методологічні проблеми правової науки» (Харків, 2002 р.) наголошувалось на необхідності «здійснювати подальший розвиток як першочергової теорії прав людини, яка може скласти ядро вітчизняної загальної теорії держави і права»<sup>2</sup>. У вирішення цього актуального завдання, сподіваємось, буде й надалі робити внесок Львівська лабораторія прав людини і громадянина Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України.

*Матеріал підготував*

**С. Добрянський**, кандидат юридичних наук,  
провідний науковий співробітник Львівської лабораторії  
прав людини і громадянина Інституту державного будівництва  
та місцевого самоврядування АПРН України

---

<sup>1</sup> З огляду на ефективне керівництво Лабораторією професора П. Рабіновича було відзначено Дипломом Голови Конституційного Суду України та Подякою Міністра юстиції України (2003 р.), а за поданням Президії АПРН України нагороджено Грамотою Кабінету Міністрів України (2004 р.).

<sup>2</sup> Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 237.

# НАШІ ЮВІЛЯРИ

---



Виповнилося 50 років від дня народження визначного науковця в галузі історії держави і права, відомого державного і громадського діяча, доктора історичних наук, професора, академіка НАН України і Академії правових наук України, віце-президента НАН України, Заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії

України в галузі науки і техніки **Володимира Михайловича Литвина**.

В. М. Литвин народився 28 квітня 1956 р. у с. Слобода-Романівська Новоград-Волинського району Житомирської області.

У 1978 р. закінчив історичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет ім. Тараса Шевченка) та до 1986 р. працював у цьому ж навчальному закладі старшим методистом учбового відділу історичного факультету. В 1986–1989 рр. очолював управління Міністерства вищої і середньої спеціальної освіти УРСР, а також викладав на історичному факультеті КДУ. З 1989 по 1991 р. — лектор, консультант, помічник секретаря ЦК Компартії України. З 1991 по 1992 р. — доцент історичного факультету КДУ. З 1992 по 1994 р. навчався в докторантурі цього ж навчального закладу.

В 1994–1996 рр. В. М. Литвин працював помічником Президента України з питань внутрішньої політики, заступником Глави Адміністрації Президента України з гуманітарних питань, першим помічником Президента України — Керівником групи помічників та референтів Президента України. У 1999–2002 рр. — Глава Адміністрації Президента України. В 2002–2006 рр. — народний депутат України, Голова Верховної Ради України.

У 1984 р. В. М. Литвин захистив кандидатську дисертацію, у 1995 р. — докторську дисертацію на тему «Політична арена України: дійові особи та виконавці». Науковий ступінь доктора історичних наук присуджено у 1995 р. Вчене звання професора присвоєно у 1996 р.

У 1997 р. В. М. Литвина обрано членом-кореспондентом НАН України, у 2000 р. — академіком Академії правових наук України, у 2003 р. — академіком НАН України. На загальних зборах НАН України 6 травня 2006 р. його обрано віце-президентом НАН України.

З роботою на державних посадах В. М. Литвин поєднує викладання в КНУ та дослідження суспільних процесів. Займається здебільшого проблемами новітньої політичної історії України. З-під його пера вийшло близько 200 публікацій. Відомим широкому загалу його зробили наукові праці «Політична арена України: дійові особи та виконавці», «Україна: політика, політики, влада». Масштабність, широта фактичної бази, об'єктивність оцінок відрізняють його роботу «Україна на межі тисячоліть: (1991–2000 рр.)», «Україна за роки незалежності. 1991–1998» (у співавт.), «Відзнаки Президента України: Ордени, медалі, нагородна зброя» (у співавт.), «Створення бази економічного зростання» (у співавт.), «Греки на українських теренах» (у співавт.), «Новітня історія України: Підручник» (у співавт.), «Україна: досвід та проблеми державотворення (90-ті роки ХХ ст.)». До дев'ятої річниці незалежності України вийшло друком унікальне авторське видання «Україна: хроніка поступу. 1991–2000», що стало першою ластівкою літописного хронографічного осмислення новітньої історії нашої Вітчизни.

В. М. Литвин — член президії ВАК України, спеціалізованих вчених рад в Інституті історії НАН України, на історичному факультеті КНУ, редколегій журналів «Український історичний журнал» та «Інтелектуальна власність», голова наглядової ради Національного музею історії Великої Вітчизняної війни, член Комісії з питань відтворення видатних пам'яток історії та культури при Президентіві України. Здійснює наукове керівництво підготовкою дисертаційних досліджень.

В. М. Литвин брав участь у розробленні проєктів Конституції України, змін до Конституції України та інших законопроєктів, що впливають з рішень Всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, зробив значний особистий внесок у розвиток історичної й юридичної наук, підготовку наукових кадрів, побудову демократичної, правової держави України. Йому присвоєно звання «Заслужений діяч науки і техніки України» (1998 р.), нагороджено Державною премією України в галузі науки і техніки (1999 р.) за серію монографій «Українська фалеристика та боністика», багатьма орденами зарубіжних країн.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і сумлінне ставлення до своїх обов'язків, відданість справі здобули В. М. Литвину авторитет і повагу широкої громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Михайловича Литвина** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.





Виповнилося 60 років від дня народження відомого правознавця нашої країни, фахівця в галузі цивільного права, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Олександра Васильовича Дзери**.

О. В. Дзера народився 9 травня 1946 р. у с. Шапіївка Сквирського району Київської області. У 1972 р. закінчив юридичний факультет Київського університету імені Т. Г. Шевченка за спеціальністю «Правознавство». В 1972–1973 рр. працював слідчим прокуратури Подільського району м. Києва. З 1974 р. — асистент, потім доцент, а з 1998 р. — професор кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, дотепер — завідувач кафедри цивільного права цього ж факультету.

Кандидат юридичних наук з 1976 р. Вчене звання доцента присвоєно в 1986 р. Доктор юридичних наук з 1996 р. Вчене звання професора присвоєно в 2001 р.

У 1997 р. обраний академіком Академії наук Вищої школи України.

О. В. Дзера читає лекції та проводить практичні заняття з нормативного курсу «Цивільне право України» і спецкурсу «Теоретичні проблеми права власності» на юридичному факультеті КНУ. Підготував 6 кандидатів юридичних наук. Здійснює наукове керівництво підготовкою кандидатських дисертацій аспірантів і здобувачів.

О. В. Дзера є членом вченої ради юридичного факультету КНУ, спеціалізованої вченої ради КНУ, заступником голови Експертної ради ВАК України з юридичних наук.

О. В. Дзера — автор близько 100 наукових публікацій загальним обсягом понад 150 д.а. Він є співавтором, науковим редактором 14 підручників і навчальних посібників з цивільного і сімейного права, які широко використовуються у навчальному процесі юридичних вищих навчальних закладів і факультетів. Серед них, зокрема, «Сімейне право України» (1997), «Зобов'язальне право» (1998), «Цивільне право України» в двох книгах (1999), «Право власності в Україні» (2000), «Цивільне право України» в двох книгах (2002), «Сімейне право України» (2002), «Цивільне право України» (2004), Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / За ред. розробників ЦК України (2005, ст. ст. 177–178, 202–206), Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця (2005, 12 д.а.) та ін.

О. В. Дзера в 1997, 1998, 2000 рр. нагороджувався дипломом лауреата конкурсу на краще юридичне видання. Підручник «Цивільне право України» у двох книгах за редакцією докторів юридичних наук О. В. Дзери і Н. С. Кузнецової був визнаний Спілкою юристів України найкращим підручником 2000 р. О. В. Дзера є лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого 2002 р. за підготовку і видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

О. В. Дзера є членом редакції журналу «Вісник господарського судочинства», науково-консультативної ради Вищого господарського суду України, науково-консультативної ради Київського апеляційного суду, суддею Третейського суду при Українському національному комітеті Міжнародної Торгової Палати.

Високий професіоналізм, широка ерудованість, порядність, душевна теплота і чуйність здобули О. В. Дзері заслужену повагу і любов його колег, учнів та друзів.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Олександра Васильовича Дзеру** з ювілеєм, бажають йому козацького здоров'я, щастя, творчої наснаги і подальших успіхів у роботі.



Виповнилося 50 років від дня народження відомого правознавця нашої країни, вченого в галузі екологічного права, директора Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України, члена-кореспондента АПрН України, професора, Заслуженого юриста України **Василя Васильовича Костицького**.

В. В. Костицький народився 20 червня 1956 р. у с. Заріччя Надвірнянського району Івано-Франківської області. Його науково-практична діяльність розпочалася після закінчення Львівського університету ім. Івана Франка, де він навчався на юридичному факультеті у 1973–1978 рр. З 1978 р. працював інструктором, помічником заступника голови Львівського облвиконкому. Одночасно навчався в аспірантурі Інституту держави і права АН СРСР. У 1986 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Проблеми вдосконалення управління охороною навколишнього середовища на рівні області». З 1987 по 1991 р. працював старшим викладачем і доцентом у Львівському лісотехнічному інституті. З 1991 р. В. В. Костиць-

кий — на посаді заступника міністра охорони навколишнього середовища. У 1993–1995 рр. очолював кафедру теорії та історії держави і права Прикарпатського університету ім. В. Стефаника.

У 1995 р. В. В. Костицькому присвоєно вчене звання професора. У тому ж році він був обраний член-кореспондентом Академії правових наук України.

Як висококваліфікований фахівець В. В. Костицький здобув не тільки національне, а й міжнародне звання. Так, з 1991 р. він був старшим радником з питань екології Європейської економічної комісії від України, зараз є віце-президентом фракції християнських демократів у ПАРЄ, співпрацює з науковими структурами різних країн — США, Канади, Німеччини, Росії, Польщі та ін.

Наукові інтереси В. В. Костицького пов'язані з проблемами екологічного права, міжнародного екологічного права, теорії держави і права, конституційного права, приватного права і підприємництва, прав людини тощо. Він є співавтором майже 20 законопроектів і постанов Кабінету Міністрів України з проблем екології та понад 50 законопроектів з питань судово-правової реформи, власності, захисту прав особи, охорони здоров'я, свободи віросповідання.

В. В. Костицький є автором більш 100 наукових праць, серед яких: «Економіко-правові проблеми охорони і використання лісів Українських Карпат» (1993), «Екологічне законодавство України» (1998), «Лісове право України» (1999), «Організаційно-правовий механізм регулювання в галузі охорони довкілля» (1997), «Місцеві ради і раціональне природокористування» (1992) та ін.

В. В. Костицький очолює Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України. На цій керівній посаді він виявив себе як талановитий та енергійний керівник. Так, за його безпосередньою ініціативою були організовані і проведені наукові семінари, присвячені правовій реформі в Україні, зокрема: «Проблеми формування вищих спеціалізованих судів в Україні», «Цивільний і Господарський кодекси в Україні: сфера правового регулювання», «Право і релігія» та видані збірники нормативно-правових актів «Суди в Україні» (1999), «Право і релігія» (2000), «Мале підприємництво в Україні» (1999), «Закони України про охорону здоров'я» (2000).

Під керівництвом В. В. Костицького здійснюються дослідження з проблем екологічного законодавства України та його впливу на розвиток підприємницької діяльності.

В. В. Костицький є головним редактором економіко-правового журналу «Малий і середній бізнес», віце-президентом Української екологіч-

ної академії наук, головою Української спілки підприємців малого і середнього бізнесу.

Нагороджений орденом «За заслуги» III ст. (1996) та орденом Рівноапостольного князя Володимира (2000).

В. В. Костицький користується повагою і заслуженим авторитетом серед юридичної спільноти України. Йому притаманні об'єктивність, принциповість, почуття відповідальності за доручену справу.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Василя Васильовича Костицького** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі.

## Пам'яті Віктора Федоровича Погорілка

З глибокою скорботою сприйняла юридична громадськість України трагічну звістку про те, що 25 квітня 2006 р. після нетривалої, але тяжкої хвороби передчасно пішов з життя визначний вчений-правознавець, талановитий педагог, знаний громадський діяч, заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, завідувач відділу конституційного права і місцевого самоврядування цього Інституту, доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України, член-кореспондент Національної академії наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, лауреат Державної премії в галузі науки і техніки **Віктор Федорович Погорілко**.

Життєвий шлях В. Ф. Погорілка почався на Донеччині у с. Маринівка Шахтарського району, де він народився 12 серпня 1938 р. Після закінчення юридичного факультету Київського державного університету ім. Тараса Шевченка в 1963 р. працював в органах прокуратури Вінницької області. У 1966 р. поступив до аспірантури сектору держави і права АН УРСР (зараз — Інститут). З 1969 р. працював науковим співробітником у цьому Інституті. У 1973–1991 рр. він старший викладач, доцент, професор, завідувач кафедри у Вищій партійній школі при ЦК КПУ (з 1988 р. — Інститут політології і соціального управління). В 1970 р. — захистив кандидатську, а в 1988 р. — докторську дисертацію. З 1991 р. — завідувач відділу законотворчості Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, а потім — відділу конституційного права і місцевого самоврядування. У 2001 р. призначається заступником директора Інституту з наукової роботи. Одночасно з 1996 р. завідував кафедрою, а згодом працював на посаді професора Київського університету права НАН України. Поряд з науковою та викладацькою безпосередньо займався організаційно-практичною діяльністю. З 1998 р. — член Міжвідомчої комісії з питань місцевого самоврядування при Кабінеті Міністрів України, у 1993–1994 рр. — заступник Голови Центральної виборчої комісії по виборах народних депутатів України, у 1994–1999 рр. — член Національної ради з питань телебачення і радіомовлення, з 2001 р. — заступник Голови Всеукраїнської міжвідомчої координаційно-методичної ради з правової освіти населення, з 1998 р. — член Спілки юристів України, з 2000 р. — член Міжнародної асоціації конституційного права. Член редакційної колегії «Юридичної енциклопедії». Брав участь у підготовці Декларації про державний суверенітет України, проекту Конституції України 1996 р., низки законопроектів.

В. Ф. Погорілко — автор понад 200 наукових праць, переважно з проблем конституційного права, конституціоналізму, прав і свобод людини і громадянина, виборчого права, парламентаризму, муніципального права тощо. Основні праці: «Функції держави» (1985); «Місцеві ради в механізмі здійснення функцій радянської загальнонародної держави» (1986); «Український парламентаризм: минуле і сучасне» (1999, у співавт.); «Референдуми в Україні: історія і сучасність» (2000, у співавт.), «Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики» (2001, у співавт.); «Органи державної влади України» (2002, у співавт.); «Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика» (2003, у співавт.), Конституційне право України (1999, 2000, 2001, у співавт.); «Конституція незалежної України» (2000, у співавт.); «Муніципальне право України» (2001, у співавт.); «Виборче право України» (2003, у співавт.); «Конституційне право України. Академічний курс» (2006, у співавт.) та ін. Автор багатьох статей в «Юридичній енциклопедії».

Протягом ряду років В. Ф. Погорілко читав повний курс «Конституційне право України» в державних і недержавних вищих навчальних закладах України, був завідувачем кафедр, відділів і лабораторій у вищих навчальних закладах і науково-дослідних установах, членом спеціалізованих рад по захисту кандидатських і докторських дисертацій, опонентом на захисті дисертаційних робіт. Особисто підготував понад 20 докторів і кандидатів наук.

Неодноразово виступав з доповідями на міжнародних наукових конференціях, «круглих столах», семінарах, у тому числі за кордоном, де його знали і поважали як вченого з широким діапазоном знань.

За участь у розробці проекту Конституції України та активну законотворчу роботу В. Ф. Погорілко був нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня (1996 р.); за активну наукову роботу — орденом «За заслуги» II ступеня (1999 р.). В 2002 р. йому присуджено премію НАН України ім. М. П. Василенка. Нагороджений Почесною Грамотою Верховної Ради України та Почесною Грамотою Кабінету Міністрів України, почесними відзнаками міністерств і відомств України.

Всі, хто працював з В. Ф. Погорілком, відзначали його людську доброту, скромність і ширість, готовність завжди прийти на допомогу тим, кому вона була потрібна. Він охоче ділився своїми глибокими, всебічними, енциклопедичними знаннями, разом з тим був вимогливим у роботі і особистих стосунках до себе і своїх підлеглих. В. Ф. Погорілко залишився у нашій пам'яті взірцем сучасного науковця і юриста-прак-

тика, безмежно відданого своїй справі. В пам'яті його родини він завжди згадуватиметься як чудовий сім'янин і люблячий батько двох чудових доньок, яких він випестував разом зі своєю дружиною Тамарою Сергіївною.

Президія відділення державно-правових наук і міжнародного права Академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» глибоко сумують з приводу важкої втрати — передчасної кончини **Віктора Федоровича Погорілка** і висловлюють свої щирі співчуття його рідним і близьким.

# ЗМІСТ

---

---

## **ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ**

<b>Рабінович П.</b> Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького суду та Конституційного Суду України) .....	3
<b>Скрипнюк О.</b> Проблеми розвитку демократичного державного управління в контексті забезпечення прав і свобод людини в Україні.....	16
<b>Погребняк С.</b> Втілення принципів права в юридичних актах.....	21
<b>Шевчук С.</b> Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект .....	32

## **ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА**

<b>Тодика О.</b> Концепція «відкритої держави» і проблеми здійснення народовладдя .....	43
<b>Барабаш Ю.</b> Правові засади функціонування парламентської коаліції: проблеми теорії та практики.....	51

## **ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

<b>Гончаренко В.</b> Законодавчі органи в Українській Народній Республіці.....	61
<b>Лозо В.</b> Правова охорона річок в історії екологічного законодавства ЄС .....	71

## **ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО І ФІНАНСОВОГО ПРАВА**

<b>Цветков В., Селіванов В.</b> Людський вимір як методологічний підхід до аналізу і перетворення державного управління в Україні .....	81
<b>Щербина В.</b> Адміністративно-господарські санкції майнового характеру: проблеми застосування.....	97
<b>Ковальчук А.</b> Законодавче забезпечення фінансових запозичень у місцеві бюджети .....	106

## **ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

<b>Денисов В., Мельник С.</b> Становлення інституту односторонніх актів держав у міжнародному праві .....	114
<b>Щокін Ю.</b> Недержавні учасники процесу утворення міжнародно- правових звичаїв .....	129



**ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ**

**Спасибо-Фатєєва І.** Венчурний капітал і венчурні компанії як основа перетворень інноваційного середовища в Україні..... 141

**Тертишніков В.** Підготовка цивільних справ до судового розгляду.... 149

**Пучковська І.** До питання щодо сфери застосування притримання як засобу забезпечення виконання зобов'язань ..... 153

**Атаманова Ю.** Центр інноваційних технологій як елемент державної інфраструктури інноваційної системи: організаційні та правові аспекти. .... 160

**Загородній С.** Договір про професійну підготовку у вищому навчальному закладі: проблема номінологічного позначення ..... 169

**ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ**

**Коновалова В.** Моральні засади судочинства: стан і тенденції..... 178

**Наден О.** Кримінальне праввідношення — предмет кримінально-правового регулювання ..... 185

**Тимошенко В.** Кримінологічна характеристика відмивання (легалізації) доходів, одержаних злочинним шляхом у сфері наркобізнесу ..... 193

**Шило О.** Судовий захист як вид державного захисту прав і законних інтересів людини в правовій державі..... 203

**Капліна О., Маринів В.** Проблеми усунення захисника від участі у кримінальній справі..... 214

**Галабала М.** Генезис загальної частини кримінального законодавства ..... 223

**НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ**

**М'яких Г.** Ідея прав жінки в ліберально-демократичній думці України кінця ХІХ — початку ХХ ст..... 233

**Оклей І.** До питання становлення і розвитку законодавства про пенсійне забезпечення: історико-правовий аспект..... 237

**Костюк Ю.** Порядок відшкодування шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням власності громадян..... 245

**РЕЦЕНЗІЇ**

Крок до оновлення загальнотеоретичної правової науки та навчального курсу з теорії держави і права (**М. Панов, О. Петришин, М. Цвік**)...259

Актуальне дослідження проблем участі громадян України в управлінні державними справами (**Ю. Тодика**) ..... 262  
Творчий і допитливий погляд у корінь проблем (**І. Спасибо-Фатєєва**).....265  
Актуальне дослідження проблеми оптимізації діяльності прокурора у сфері боротьби зі злочинністю (**В. Шенітько**) ..... 272

**НАУКОВЕ ЖИТТЯ**

Міжнародна науково-практична конференція «Верховенство права: новий крок у осмисленні» (**С. Максимов, О. Лиховид**)..... 280  
Академічна лабораторія прав людини і громадянина: підсумки першого десятиріччя (**С. Добрянський**) ..... 286

**НАШІ ЮВІЛЯРИ**

**Володимир Михайлович Литвин** ..... 287  
**Олександр Васильович Дзера**..... 289  
**Василь Васильович Костицький**..... 290  
**Пам'яті віктора федоровича погорілка** ..... 293

## *Оголошення*

### **Конкурс на присудження Премії імені Ярослава Мудрого**

Оголошується конкурс на присудження запроваджені спільним рішенням президії Академії правових наук України та вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Премії імені Ярослава Мудрого, яка має за мету колективне визнання видатних заслуг науковців-правознавців та практиків-юристів України в розбудові правової демократичної держави України.

Премія має 4 номінації: 1) за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з правознавства; 2) за видатні заслуги в галузі підготовки юридичних кадрів; 3) за видатні заслуги в законотворчій, судовій та правозастосовчій діяльності; 4) за підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти.

Висунення кандидатів на присудження Премії провадиться: рішеннями комітетів Верховної Ради України, Верховним Судом України, Конституційним Судом України, Вищим господарським судом України, Вищим адміністративним судом України, колегіями Генеральної прокуратури України, колегіями центральних правозастосовчих органів, вченими радами юридичних навчальних і наукових закладів.

Премія присуджується таємним голосуванням на засіданні Комітету з присудження Премії імені Ярослава Мудрого, який створюється із представників юридичної громадськості України спільним рішенням президії Академії правових наук України і вченої ради Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Особам, яким присуджується Премія, видається диплом Лауреата, пам'ятний нагрудник знак — медаль і грошова винагорода.

У конкурсі на присудження Премії імені Ярослава Мудрого можуть брати участь: автори монографій, підручників, циклів наукових праць (кандидати та доктори юридичних наук); особи, які мають видатні досягнення в підготовці докторів і кандидатів юридичних наук, або видатні досягнення у службовій чи громадській діяльності, в галузі підготовки юридичних кадрів, у законотворчій та правозастосовчій діяльності.

Конкурс може проводитися за участю як однієї особи, так і групи осіб (як правило, не більше восьми). За результатами конкурсу присуджується по 3 (три) премії з кожної номінації.

Подання на конкурс повинно мати конкретний характер і бути підтверджено необхідними документами. До нього обов'язково додаються наукові праці, що подаються на конкурс, а також такі документи: а) рішення колективного органу про висунення кандидатур (кандидатів) на присудження Премії; б) перелік наукових праць авторів (осіб); в) довідка про особу, яку висунено на присудження Премії; г) розгорнута інформація щодо видатних заслуг особи з тієї чи іншої номінації. Документи мають бути оформлені відповідно до вимог діловодства і підписані керівником установи.

**Термін подання документів на присудження Премії імені Ярослава Мудрого — до 15.10.2006 р. на адресу: 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77. Тел. для довідок: 704-11-51, 704-19-01, факс. 704-11-51.**

## *Оголошення*

# **Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України**

## **ОГОЛОШУЄ**

**у вересні 2006 р.** прийом до аспірантури з відривом і без відриву від виробництва за спеціальністю:

*12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень.*

Вступники до аспірантури мають подати на ім'я директора Інституту до 15 серпня 2006 р. такі документи:

- 1) заяву;
- 2) особовий листок з обліку кадрів;
- 3) список опублікованих наукових праць.

Особи, які не мають опублікованих наукових праць, подають наукові доповіді (реферати) з обраної теми наукової спеціальності;

- 4) медичну довідку про стан здоров'я за формою № 286-у;
- 5) копію диплома про закінчення вищого навчального закладу із зазначенням одержаної кваліфікації спеціаліста або магістра;
- 6) посвідчення про складання кандидатських іспитів (за наявності складених кандидатських іспитів);
- 7) оригінали паспорта та диплома.

**Документи подаються за адресою:**

Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80, Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України.

Телефон для довідок: 8 (057) 700-36-39.

Збірник наукових праць

Вісник  
Академії правових наук  
України

№ 2 (45)

Відповідальний за випуск  
***В. Прудников***

Редактор *К. Гулий*  
Коректор *Т. Зуб*  
Комп'ютерна верстка  
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 26.06.06.  
Формат 60×84 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17,5. Вид. № 247.  
Тираж 500 прим. Зам.

Видавництво «Право» Академії правових наук України  
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевська, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.  
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27

## **До відома юридичної громадськості**

*Запрошуємо науковців і практичних працівників надсилати свої статті до редакційної колегії Вісника.*

*Статті мають бути обсягом не більше 12 друкарських сторінок, у 2-х примірниках, надруковані через 1,5 інтервали, українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.*

*З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.*

*Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.*

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з позицією редакційної колегії