

Пропонуються результати наукових досліджень із питань екологічного, цивільного, кримінального, фінансового, господарського, адміністративного права. Окремі статті присвячуються питанням теорії держави та права, конституційного права.

Для науковців, правників, студентів.

The results of scientific research of ecological, civil, criminal, financial, economic, administrative law questions are proposed to the reader's attention. Some articles are devoted to some questions of state theory and law, constitutional law.

The issue is intended for scientists, practicing lawyers and students.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепикова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); Г.І. Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М. Вінник, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.; Н.Ю. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О. Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; В.О. Глушков, д-р юрид. наук, проф.; І.А. Безклубий, д-р юрид. наук, проф.; Ю.Д. Притика, д-р юрид. наук, проф.; Т.В. Боднар, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.
Адреса редколегії	02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 20.09.2010 (протокол № 1)
Атестовано	Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	01601, Київ-601, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

ЗМІСТ

Портнов А. Роль Конституційного Суду України в процесі ухвалення та реалізації конституційних законів	3
Вінник О. Акціонерна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання	7
Краснова М. Формування наукових підходів щодо договорів в екологічному праві як міжгалузевого правового інституту	9
Комзюк Л. Порівняльний аналіз конституційно-правових концепцій самостійності України Драгоманова і Міхновського	13
Пацурія Н. Господарська страхова діяльність: види, ознаки, поняття	18
Лисенко А. Міжнародна спільнота в боротьбі з корупцією	22
Дячук Л. Римське визначення шлюбу у візантійському праві	25
Захарова О. Процесуальні гарантії в цивільному процесі	32
Савгіря О. Склад та структура Кабінету Міністрів України: проблеми законодавчого регулювання	34
Куцевич М. Значення національного принципу чинності Кримінального кодексу України для захисту інтересів громадян України за кордоном	38
Шамрай В. Генезис правового світогляду Миколи Міхновського	40
Лукач І. Історія становлення корпоративного права в Англії та США	43
Крижанівський В. Генезис незалежної судової влади	46
Малишев Б. Розуміння права як теологічно обумовленого явища у концепції Богдана Кістяківського	49
Бондарєва М. Нотаріальне процесуальне правовідношення: теоретичний аспект	51
Сахарук І. Вдосконалення правового регулювання захисту від дискримінації окремих категорій працівників	53
Обрусна С. Організаційно – правові засади управління судовою системою України: сучасний стан та перспективи розвитку в умовах судової реформи	57
Грудзур О. Перспективи визнання суб'єктом провакації хабара загального суб'єкта злочину	60
Курко М. Напрями розвитку конституційного права громадян на освіту в Україні	62
Верес М. Державні органи регулювання трудових правовідносин і професійні спілки в Україні (1917–1919 рр.)	65
Пірон І. Правовий механізм забезпечення зайнятості населення України в 1919–1921 роках	69
Рабенко С. Актуальні питання здійснення судового контролю за рішеннями Міжнародного комерційного арбітражу в Україні	73
Черних С. Організована злочинність як об'єкт адміністративно-правової протидії	78
Бондар І. Поняття нововиявлених обставин у цивільному процесі	80
Пшеничнюк Д. Розвиток ідеї тісного та реального зв'язку в англійському міжнародному приватному праві	82
Гудов Я. Європеїзація українського права як чинник світового розвитку	87

CONTENTS

Portnov A. The role of the Constitutional Court of Ukraine in the mechanism of approving and realizing constitutional laws	3
Vinnik O. Joint-stock form state private partnerships: problems of the legal adjusting	7
Krasnova M. The formation of scientific approaches to treaties in the environmental law as the inter-branch legal institution	9
Komzyuk L. Comparative analysis of constitutional and legal concepts of independence of Ukraine by Drahomanov and Mihnovskyi	13
Patsuriya N. Economic insurance activity: kinds, characteristics, concept	18
Lysenko A. An international association is in a fight against a corruption	22
Dychuk L. Roman definition of marriage in the Byzantine law	25
Zaharova O. Process of law due civil procedure	32
Sovgiriya O. Composition and frame of the Cabinet of Ministers of Ukraine: problems of legislative regulating	34
Kucevich M. Meaning of the national principle of acting of the Criminal code of Ukraine in the defence of Ukrainian citizens interests abroad	38
Shamrai V. Genesis of legal world view of Mykola Mikhnovskiy	40
Lukach I. History of the formation of corporate law in the UK and the U.S.	43
Kryzhanivskyi V. Genesis of independant judiciary	46
Malyshev B. Understanding of law as a teleological determinated phenomenon in Bohdan Kistiakivskiy's doctrine	49
Bondareva M. The theoretical level of procedural legal relationship of notary action	51
Saharuk I. Improvement legal adjusting of protecting from discrimination of separate categories of workers	53
Obrusna S. Organizational and legal principles of the judicial system of Ukraine: major problems and prospects of development in the judicial reform	57
Hrudzur A. Prospects of the recognition of general subject of crime as subject of bribery provocation	60
Kurko M. Directions of development of constitutional right for citizens on education in Ukraine	62
Veres M. State labour organs of Ukraine in the sphere of labour relations and professional union (1917–1919)	65
Piron I. Legal mechanism of people employment providing in 1919–1921 in Ukraine	69
Rabenko S. The topical issues of judicial control performance after the International commercial arbitration awards in Ukraine	73
Chernyh S. Organized crime as the object of administrative legal counteraction	78
Bondar I. A notion of new matters of civil process	80
Pshenychnyk D. Devoted to the elaboration of idea of real and closest connection in English laws	82
Gudov Ya. Europeanization ukrainian rights as a factor of the world	87

РОЛЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ В ПРОЦЕСІ УХВАЛЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАКОНІВ

Стаття присвячена питанням визначення поняття конституційного судочинства та структури конституційного процесу.

Ключові слова: конституційне судочинство, конституційний процес, Конституційний Суд України.

Стаття посвячена вопросам определения понятия конституционного судопроизводства и структуры конституционного процесса.

Ключевые слова: конституционное судопроизводство, конституционный процесс, Конституционный Суд Украины.

The article is devoted to the definition of constitutional court proceeding and structure of constitutional process.

Keywords: constitutional court proceeding, constitutional process, the Constitutional Court of Ukraine.

Формування сучасного українського конституціоналізму зумовлене ефективністю конституційно-законодавчого регулювання суспільних відносин, основою якого є система конституційного законодавства при визнанні пріоритету Конституції та конституційних законів. Введення конституційних законів у законодавчу практику держави сприятиме впорядкуванню і підвищенню якості, стабільності конституційного законодавства, зміцненню режиму конституційної законності. Однак, проблемі конституційних законів в Україні не приділено належної уваги як з боку законодавця, так і з боку науковців.

Конституція України не передбачає можливості прийняття цього виду законів. Водночас, "конституційні закони України існують де-факто і не ідентифікуються нормативними положеннями чинного законодавства" [1, с. 336]. Така ситуація сприяє тому, що потенціал конституційних законів в сучасній Україні не використаний і це створює несприятливі наслідки щодо конституційної практики, яка об'єктивно потребує конституційних законів з метою ефективного регулювання важливіших суспільних відносин. Зокрема, як слушно наголошується в юридичній літературі, "проблематичність забезпечення чинною Конституцією України стабільності політичного і правового життя зумовлена тим, що досі не прийняті базові закони, покладані чітко регламентувати передбачені Основним Законом України норми" [2, с. 43].

Дефіцит необхідних конституційних законів в умовах формування вітчизняного конституціоналізму заповнюється актами тлумачення Конституційного Суду України. Зокрема, відсутність конституційного закону про Президента України викликала необхідність офіційного тлумачення положень Конституції, що визначають межі компетенції глави держави (справа про повноваження Президента України реорганізувати центральні органи виконавчої влади) [3]. Відсутністю відповідного конституційного закону та практичною необхідністю "вдосконалення нормативної бази, яка розкривала б зміст права недоторканності Президента України і спеціальної процедури – імпідменту – з метою створення належного конституційно-правового механізму їх застосування" зумовлено прийняття Рішення Конституційного Суду України від 10 грудня 2003 р. (справа щодо недоторканності та імпідменту Президента України) [4]. Такі рішення, за своєю суттю, розкривають ті питання, які повинні бути врегульовані конституційними законами.

Така сама ситуація простежується і у сфері нормативного визначення повноважень Верховної Ради України. Так, 17 жовтня 2002 р. було прийнято Рішення Конституційного Суду України по справі щодо повноважень Верховної Ради України [5]. Це рішення присвячено питанням, які мали стати предметом регулювання конституційного закону про парламент (про Верховну Раду України), а також органічного закону про Регламент Верховної Ради України [6]. Про це йшлося у листі Голови Верховної Ради України (мотивувальна частина приведеного вище

рішення), на думку якого, "процедурні питання роботи Парламенту повинні бути врегульовані законом про регламент Верховної Ради України" [7]. Далі у листі вказувалось, "що порушені в конституційному поданні питання є предметом законодавчого регулювання" [8]. Думається, що подібне ствердження можливо застосувати і до Рішення Конституційного Суду України від 19 травня 2004 р. по справі про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України [9].

У наведених прикладах практики Конституційного Суду України є як позитивні, так і негативні сторони. Позитивним вбачається те, що завдяки інтерпретаційній діяльності органу конституційної юрисдикції забезпечується необхідна правова основа функціонування органів державної влади і місцевого самоврядування, долаються прогалини в конституційному законодавстві. Негативним є, по-перше, те, що ці акти тлумачення не можуть вирішити проблему відсутності необхідних щодо формування системи конституціоналізму конституційних законів. По-друге, Конституційний Суд України не повинен бути засобом заповнення прогалин у праві, він не може вирішувати питання за законодавця, по суті, вторгаючись в компетенцію законодавчого органу. Тлумачення правових, зокрема конституційно-правових норм, повинне бути чітко обмежене його основною задачею – розкриття значення та змісту правової норми, що роз'яснюється, не здійснюючи при цьому законодавчої діяльності.

Отже, необхідним для створення ефективної системи конституційного законодавства як нормативної основи сучасного конституціоналізму є введення в законотворчу практику України конституційних законів, як конституційно і законодавчо закріпленого самостійного виду законів використовуючи досвід зарубіжних держав, а також з урахуванням особливостей української конституційно-правової теорії та практики.

Передусім теоретично та практично важливим є чітке визначення і законодавче закріплення вичерпного переліку питань, що підлягають винятковому регулюванню конституційними законами. Адже від цього значною мірою залежить впорядкованість та ефективність всієї системи конституційного законодавства – нормативної основи сучасного конституціоналізму.

Вирішуючи питання щодо предмета (об'єкта) безпосередньої регулятивної дії конституційного закону, слід враховувати класичні його характеристики як акту, який ближчий до Конституції країни, є її продовженням. Ця теза детермінує особливу юридичну силу законів, що розглядаються, по відношенню до інших законодавчих актів. Вітчизняні і зарубіжні юристи-теоретики та практики виходять, як правило, з мовчазної згоди про те, що конституційні закони повинні регулювати "найважливіші", "основоположні", "фундаментальні" суспільні відносини. З цим важко не погодитися. Безумовно, закони – "супутники Конституції", як і вона сама, повинні регулю-

вати ті відносини, що є фундаментом, на якому зводиться будівля всіх інших соціальних зв'язків у суспільстві та державі, тобто – це конституційні відносини. Цю обставину необхідно в імперативному порядку врахувати при встановленні кола питань (відносин), які слід віднести до предмету виняткового регулювання конституційними законами. Проте визначати ці питання необхідно з максимально можливою конкретизацією.

Унаслідок того, що конституційні закони є юридично необхідним продовженням Конституції, відома умовність і невизначеність предмета їх регулятивної дії теоретично і практично може призвести до недозволено розширеного тлумачення сфер їх регулювання, що значно ускладнить динаміку розвитку конституційного законодавства, девальвує конституційні цінності та принципи. Формування моделі українського конституціоналізму повинне спиратися на узгоджену, структуровану систему конституційного законодавства, яка характеризується оптимальним поєднанням стабільності та гнучкості, що є можливим лише при чіткому визначенні предмета регулювання з боку найважливішого нормативного акту у цієї системи після Конституції – конституційного закону. Звідси є необхідність виділення зі всього масиву конституційних відносин вичерпного, закрито-го переліку питань (відносин), що підлягають регулюванню виключно конституційними законами.

Конституційне законодавство як нормативна основа сучасного українського конституціоналізму покликане, перш за все, закріплювати засади конституційного ладу країни. Так, Конституція України закріплює принципи конституційного ладу, втім їх розкриття та конкретизація повинні здійснюватися за конституційними законами.

В контексті сучасного конституціоналізму, ґрунтуючись на конституційно-правовій теорії, до принципів конституційного ладу України належать: суверенність та незалежність української держави; демократизм; унітаризм; республіканська форма правління; поділ влади; конституційна законність, яка заснована на принципі верховенства права і Конституції; політичне, ідеологічне та економічне різноманіття; місцеве самоврядування. Звідси, до загальних сфер суспільних відносин, які повинні регулюватися конституційними законами, виправдані є зачислити: 1) організацію та порядок проведення референдумів; 2) організацію та діяльність вищих органів державної влади – законодавчої (Верховної Ради України), виконавчої (Кабінету Міністрів України) і судової, а також Президента України; 3) організацію та діяльність Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції; 4) основи забезпечення конституційної законності та конституційно-правової відповідальності; 5) основи створення та діяльності політичних партій в Україні; 6) правовий режим власності; 7) територіальний устрій; 8) основи місцевого самоврядування; 9) порядок використання та захисту державних символів.

Крім того, представляється обґрунтованим традиційне віднесення до виключної сфери регулювання конституційними законами питань щодо внесення змін до Конституції країни.

Предмет регулювання конституційних законів має бути офіційно оформленим. Зокрема, шляхом наведення вичерпного переліку питань, що регулюються виключно конституційними законами, в Конституції (для чого пропонується внести зміни до Конституції України, доповнити ст. 92 новою частиною відповідного змісту) і спеціальному законі.

Конституційні закони мають особливу, порівняно з іншими законами, юридичну силу. Така характеристика

конституційних законів в юридичній літературі є традиційною, більше того, вона підтверджується законодавчою практикою зарубіжних країн. Серед аргументів на її користь, основним є – важливість і висока значимість суспільних відносин, що регулюються цими законами. Фундаментальний характер таких правовідносини детермінують основоположну роль конституційних законів у системі конституційного законодавства. Всі інші нормативно-правові акти – складові (джерела) конституційного законодавства, є "підлеглими" конституційним законам, тобто видаються відповідно до них і не повинні їм суперечити. Конституційні закони мають пріоритетне значення (після Основного Закону) щодо будь-яких нормативно-правових актів. Отже, особлива юридична сила цих законів не викликає сумнівів. Проте не визначенням залишається вербальне її позначення.

Керуючись, що юридична сила всіх нормативно-правових актів – це їхня властивість, яка визначає співвідношення актів між собою, а також зумовлює порядок їх прийняття, зміни та доповнення, представляється доцільним для позначення юридичної сили конституційних законів використовувати вербальну конструкцію – вища юридична сила.

Вища юридична сила конституційних законів України означає: провідне положення конституційних законів в правовій системі України; знаходження їх в ієрархії правових актів відразу за Конституцією України; відповідність до конституційних законів всіх інших нормативно-правових актів.

Юридична сила, роль та значення конституційних законів детермінують необхідність закріплення і неухильного дотримання складнішої, ніж для інших законів, процедури їх прийняття. Зокрема, прийняття конституційного закону як "продовження" Конституції має ґрунтуватися на згоді не простої, а кваліфікованої більшості від складу Парламенту країни. Думається, що в цьому випадку оптимальним є використання традиційного підходу до процедури прийняття таких законів, зокрема, двома третинами від конституційного складу Парламенту, без права вето Президента.

Крім того, з метою формування ефективної системи конституційного законодавства, а також з метою затвердження конституційної законності, як одного з принципів сучасного конституціоналізму, є доцільним введення обов'язкового, попереднього конституційного контролю щодо конституційних законів на предмет їх відповідності Конституції. Зокрема, необхідно передбачити, що проект конституційного закону розглядається Верховною Радою України тільки за наявності висновку Конституційного Суду України про його відповідність до Конституції України.

Така ускладнена процедура прийняття конституційних законів має на меті забезпечити їх стабільність і стійкість, що є необхідним для створення та ефективного функціонування системи конституціоналізму.

Цей висновок підтверджується дослідженнями конституційно-правової практики. Так, у системі чинного конституційного законодавства України можна виділити сукупність законів, які за предметом свого регулювання відносяться до конституційних законів. Наприклад, такими є Закон України від 3 липня 1991 р. "Про всеукраїнський і місцевий референдуми"; Закон України від 16 жовтня 1996 р. "Про Конституційний Суд України"; Закон України від 21 травня 1997 р. "Про місцеве самоврядування в Україні"; Закон України від 5 квітня 2001 р. "Про політичні партії в Україні"; Закон України від 7 лютого 2002 р. "Про судову систему України"; Закон України від 16 травня 2008 р. "Про Кабінет Міністрів

України" та ін. Ці закони приймалися у порядку загальної парламентської законотворчої процедури, що суттєво вплинуло на їхню стабільність. Зокрема, в більшість з перелічених законів були внесені зміни та доповнення, а також їх положення були предметом неодноразових конституційних ревізій з боку Конституційного Суду України, тоді як попередній конституційний контроль (в процесі їх прийняття) допоміг би уникнути подібних дефектів.

Отже, є обґрунтованим виділення таких юридичних ознак (властивостей) конституційних законів, впровадження яких представляється доцільним в Україні: ці закони повинні прийматися виключно з питань, вказаних в Конституції України (наприклад, у ст. 92); їх відрізняє вища юридична сила; повинні прийматися в особливому, ускладненому порядку – двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України; відносно них виключається право вето Президента України.

В зв'язку з останньою характеристикою конституційних законів звертає увагу те, що можливість застосування Президентом України права вето стосовно законів, які по предмету свого регулювання є конституційними законами, аналізувалося Конституційним Судом України при розгляді справи щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України [10]. Не можна заперечувати формально-юридичної обґрунтованості позицій Конституційного Суду України, який виходив з того, що конституційно закріплена процедура прийняття законів про внесення змін до Конституції України "не передбачає окремого порядку підписання та оприлюднення" цих законів. Крім того, Конституційний Суд зазначив: "Конституція України не містить застережень щодо неможливості здійснення Президентом України права вето стосовно будь-яких законів, прийнятих Верховною Радою України, в тому числі законів про внесення змін до Конституції України". Керуючись цим, доходимо висновку про право вето Президента "щодо всіх законів" [11]. Проте, думається, що це рішення надає підстави ще раз докорити Конституційному Суду України в "жорсткому юридичному позитивізмі і неопозитивізмі, вузькому нормативному праворозумінні" (А.М. Мироненко). Зокрема, наведені правові позиції не враховують особливостей юридичної природи законів щодо внесення змін до Конституції, які, до речі, відображені у Конституції України (розділ XIII) і які можливо відокремити, якщо звернутися "до практики "живого права", вимірів її юридичної і соціальної ефективності" (М.П. Орзіх), а також використовуючи принцип верховенства права і Конституції (ст. 8 Конституції України).

Водночас, така практика Конституційного Суду України підтверджує об'єктивну необхідність та важливість внесення відповідних змін до Конституції України щодо особливостей порядку підписання і обнародування законів про внесення змін до Конституції України як конституційних законів.

Резюмуючи викладене, вважаємо, що під конституційними законами, які входять до системи конституційного законодавства – нормативну основу сучасного конституціоналізму, доцільно розуміти закони, котрі вносять зміни до Конституції України, а також закони, що регулюють найважливіші суспільні (конституційні)

відносини, які складаються у процесі здійснення державної та публічно-самоврядної влади і їх відносин з громадянським суспільством та населенням країни.

Роль і значення конституційних законів у системі конституційного законодавства значні, оскільки порівняно невеликий об'єм Конституції не дозволяє охопити своєю дією увесь спектр конституційних відносин, зокрема відносин у системі принципів конституційного ладу України, які вимагають вищого, ніж звичайними законами, рівня регулювання. Тоді як конституційні закони дозволяють створити перехідний приступець між Конституцією та іншими законами у реалізації конституційних положень. Для цього необхідним є введення в законотворчу практику України конституційних законів, як конституційно і законодавчо закріпленого, самостійного виду законів. Звідси, окрім внесення відповідних змін до Конституції України, необхідним є прийняття спеціального закону. Метою такого закону має бути посилення значення конституційних законів у системі нормативно-правових актів, впорядкування і підвищення якості, стабільності конституційного законодавства і зміцнення режиму конституційної законності, а також визначення правових характеристик конституційних законів, сфери їх дії, порядку прийняття та вступу до юридичної сили.

1. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Академічний курс. У 2 т. – Т. 1. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2006. – 544 с. 2. Бабенко К. Конституція як фактор стабілізації та розвитку правового і політичного життя суспільства // Вісник Конституційного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 38 – 44. 3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України (справа про повноваження Президента України реорганізувати центральні органи виконавчої влади) від 28 січня 2003 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 1. – Ст. 20. 4. Рішення Конституційного Суду України від 10 грудня 2003 р. у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень ч. 1 ст. 105, ч. 1 ст. 111 Конституції України (справа щодо недоторканності та імпідменту Президента України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 6. – Ст. 5. 5. Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень ст. ст. 75, 82, 84, 91, 104 Конституції України (справа щодо повноважень Верховної Ради України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 5. – Ст. 11. 6. Про необхідність прийняття Регламенту Верховної Ради України "виключно як закону України" (де мова в Рішенні Конституційного Суду України № 4-рп от 01.04.2008 г. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. ч. 2, 3, 4 ст. 219 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) // <http://www.ccu.gov.ua> 7. Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статей 75, 82, 84, 91, 104 Конституції України (справа щодо повноважень Верховної Ради України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 5. – Ст. 11. 8. Там само. 9. Рішення Конституційного Суду України від 19 травня 2004 р. у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень ч. 2 94 А. Крусян ст. 90, п. 8 ч. 1 ст. 106 Конституції України (справа про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2004. – № 3. – Ст. 5. 10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 73 народних депутатів щодо відповідності Конституції України (конституційності) здійсненого Президентом України права вето стосовно прийнятого Верховною Радою України Закону України "Про внесення змін до статті 98 Конституції України" та розпорядження до нього (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 2. – Ст. 4. 11. Див.: Там само.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 346.3: 346.2: 346.5: 347.725

О. Вінник, д-р юрид. наук, проф.

АКЦІОНЕРНА ФОРМА ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Стаття присвячена проблемам правового регулювання акціонерної форми державно-приватного партнерства в Україні, використанню в її рамках угод акціонерів, а також шляхам вдосконалення правового регулювання відносин такого партнерства.

Ключові слова: державно-приватне партнерство; акціонерна форма державно-приватного партнерства; угоди акціонерів; вдосконалення законодавства.

Статья посвящена проблемам правового регулирования акционерной формы государственно-частного партнерства в Украине, использованию в его рамках соглашений акционеров, а также путем совершенствования правового регулирования отношений такого партнерства.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство; акционерная форма государственно-частного партнерства; соглашения акционеров; совершенствование законодательства.

The article is devoted to the problems of the legal adjusting of joint-stock form state private partnerships in Ukraine, to the use in its scopes of agreements of shareholders, and also ways of perfection of the legal adjusting of relations of such partnership.

Keywords: state private partnership; joint-stock form state private partnerships; agreements of shareholders; perfection of legislation.

Державно-приватне (або публічно-приватне) партнерство як форма співпраці держави/територіальних громад та приватного бізнесу, що використовується в країнах розвинених ринкових відносин та в державах з перехідною економікою [1, 2; 3; 4; 5; 6], з прийняття 01.07.2010 р. Закону України від "Про державно-приватне партнерство" [7] (далі – Закон про ДПП) отримало правову основу для застосування в нашій країні. Як свідчить аналіз цього Закону встановлення відносин державно-приватного партнерства, зазвичай має опосередковуватися відповідними договорами – концесії, про спільну діяльність, угодами про розподіл продукції тощо. Однак не варто забувати й про можливість використання для такого партнерства корпоративної форми, про яку згадується в схваленій 16 вересня 2009 р. Урядом Концепції державно-приватного партнерства в житлово-комунальному господарстві [8], хоча в Законі про ДПП ця форма партнерства залишена без уваги.

Разом з тим, закріплення в Законі про ДПП (ст. 5) відкритого переліку форм ДПП свідчить, з одного боку, про можливість використання корпоративної форми, яка зазвичай пов'язана з укладенням відповідних договорів (засновницьким – якщо ДПП започатковується шляхом заснування, наприклад, акціонерного товариства; договором купівлі-продажу акцій/частки в статутному капіталі діючого товариства, що забезпечують участь в ньому сторін ДПП; акціонерною угодою, яка може укладатися як на стадії заснування такого товариства в межах ДПП, так і в процесі його функціонування), а з іншого – про істотні прогалини в Законі про ДПП щодо регулювання відносин, які виникають при застосуванні такої моделі партнерства. Зазначені обставини зумовили звернення до зарубіжного досвіду, виявлення основних засад правового регулювання відносин корпоративної форми ДПП та напрацювання пропозицій щодо її запровадження в Україні, що і є метою цієї статті.

Прикладом регулювання корпоративної форми ДПП може бути Закон Республіки Словенія "Про публічно-приватне партнерство" від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) [9], який (статті 106-131) передбачає три шляхи використання згаданої форми ДПП:

заснування відкритого/публічного акціонерного товариства за участю публічного партнера та приватного партнера-інвестора;

продаж приватному партнеру-інвестору акцій в державному акціонерному товаристві;

викуп публічним партнером акцій товариства, створеного приватними особами.

При застосуванні такої форми партнерства приватний партнер визначається, як правило, на конкурсних засадах, а особливості правового становища товариства (порядку формування його капіталу, визначення часток партнерів; вимог статуту; порядку управління проектами ДПП, що реалізуються товариством; прав та обов'язків акціонерів як (а) безпосередніх учасників ДПП та (б) інвесторів, які набули акції подібного товариства без обтяження зобов'язаннями щодо ДПП; тощо) визначається вищезгаданим Законом Словенії.

Використання в межах ДПП акціонерного товариства дозволяє, з одного боку, об'єднати партнерів в рамках створеної за їх участю господарської організації, а з іншого – залучити додаткові інвестиції за рахунок емісії додаткових акцій з наступною їх реалізацією інвесторам, зберігаючи при цьому за державним та приватним партнерами контроль над товариством відповідно до укладеної між ними угоди.

Відносини ж між партнерами в цьому випадку можуть опосередковуватися або засновницьким договором, або договором, що в зарубіжній практиці отримав назву акціонерної угоди (Shareholders Agreement) [10; 11; 12]. Вітчизняний Закон "Про акціонерні товариства" [13] (ст. 29) передбачає можливість укладення подібних угод, проте уникає ґрунтового регулювання відносин, що при цьому виникають.

Хоча в праві різних країн згадані угоди мають деякі особливості, все ж таки, узагальнивши їх основні риси, можна визначити акціонерну угоду як угоду акціонерів (потенційних акціонерів), яка визначає особливості реалізації їх корпоративних прав, в т.ч. права на управління товариством та порядку вирішення так званих патових ситуацій (у разі неможливості прийняття рішення загальними зборами через паритетність – 50:50 – голосів акціонерів з протилежними інтересами).

Якщо російський законодавець встановлює значні обмеження щодо укладення таких угод (в т.ч. обов'язковість дотримання вимог закону та статуту товариства) (ст. 32-1 Федерального закону від 26.12.1995 р. "Про акціонерні товариства" [14]) і це підтримується правовою доктриною [15, с. 60–61], то американський варіант акціонерної угоди дозволяє у певних межах відступати від приписів закону, який визначає правове становище таких товариств, з обов'язковим забезпеченням поінформованості наявних та потенційних акціонерів про наявність та зміст такої угоди (ст. 7.32 Модельного Закону США "Про підприємницьку корпорацію" (в ред. 2005 р.) [16].

З огляду на специфіку ДПП і придатність акціонерної форми для реалізації проектів ДПП, доцільно було б внести відповідні зміни і у вітчизняні закони – "Про дер-

жавно-приватне партнерство" і "Про акціонерні товариства", передбачивши можливість встановлення особливих вимог до договору засновників як учасників ДПП (щодо його змісту та строку дії), договору акціонерів за участю державного та приватного партнерів (у разі, якщо в рамках ДПП використовується вже існуюче акціонерне товариство, акціонерами яких є державний та приватний партнери).

Разом з тим, встановлення відносин ДПП в такому випадку має накладати свій відбиток на:

договір засновників (щодо його дії протягом всього строку існування партнерства та змісту – як угоди ДПП),

закріплення за засновниками-партнерами додаткових обов'язків, пов'язаних з партнерством (бути держателями пакетів акцій, розмір яких визначається в засновницькому договорі, протягом всього строку дії партнерства; забезпечувати свою частину реалізації проекту в межах ДПП; своєчасно попереджувати про обставини, які свідчать про їх неспроможність реалізовувати свою частину проекту),

до статуту товариства (щодо мети його створення та діяльності; часток партнерів – державного та приватного – в статутному капіталі; наявності угоди ДПП та її обов'язкового врахування при прийнятті товариством рішень, що прямо чи опосередковано впливають на реалізацію проектів ДПП; вирішення питань, пов'язаних з реалізацією проектів ДПП, за умови їх схвалення державним та приватним партнерами; порядок розгляду між партнерами спорів щодо проектів ДПП; та ін.);

гарантії для акціонерів-інвесторів, які не є сторонами ДПП, щодо отримання дивідендів та інформації про реалізацію товариством проектів ДПП, повернення вкладених інвестицій у разі виходу з товариства;

правового режиму акцій: останні мають бути двох категорій, одна з яких – акції партнерів ДПП, що не підлягають вільному обігу протягом дії ДПП; друга – акції інвесторів ДПП, що засвідчують специфічний набір прав, зокрема: участь в розподілі прибутків від реалізації проектів ДПП; відсутність права брати участь у вирішенні питань, пов'язаних з проектами ДПП; право на інформацію щодо стану реалізації проектів ДПП; право вимагати викупу товариством акцій у разі прийняття товариством рішень, що позначаються на можливостях акціонерів-інвесторів (наприклад, спрямування отриманого товариством прибутку на покриття витрат, зумовлених невиконанням приватним партнером своїх зобов'язань за договорами ДПП); переважне (перед акціонерами-партнерами) право на участь в розподілі майна товариства у разі його ліквідації;

підстави: 1) *заміни приватного партнера* (невиконання/неналежне виконання зобов'язань за проектами ДПП з вини приватного партнера; банкрутство останнього; неспроможність виконати зобов'язання за проектами ДПП, що виявилася в процесі їх реалізації тощо); 2) *додаткові підстави припинення такого товариства*: завершення проектів ДПП; припинення фінансування проектів ДПП; неефективність проектів ДПП, що виявилася в процесі їх реалізації; відсутність претендентів на роль приватного партнера у разі банкрутства, ліквідації попередника чи інших обставин, що свідчать про його неспроможність виконувати зобов'язання в межах ДПП;

санкції за невиконання/неналежне виконання сторонами ДПП як акціонерами такого товариства своїх обов'язків в межах ДПП: сплата штрафних санкцій (неустойки) за невиконання зобов'язань, пов'язаних з реалізацією проектів ДПП; відшкодування збитків, завданих товариству, іншому партнеру ДПП; позбавлення наданих пільг та дозволів (для приватних партнерів).

В Законі України "Про акціонерні товариства" більш ґрунтовно слід врегулювати відносини, пов'язані з угодами акціонерів, зокрема:

– закріпити в ст. 2 поняття акціонерної угоди як договору між засновниками, акціонерами та/або ймовірними акціонерами (особами, які підписалися на акції додаткового випуску (додаткові акції), виявили бажання придбати у товариства викуплені ним акції власних емісій), спрямовану на визначення особливостей реалізації сторонами договору корпоративних прав;

– визначити: (1) відкрите коло відносин, що можуть регулюватися такою угодою; (2) форму угоди – повна письмова; (3) умови її дійсності: відсутність суперечностей із законодавством, статутом товариства, а також дотримання добросовісності при укладенні такої угоди, тобто уникнення зловживання сторонами угоди своїми правами, наприклад, на шкоду міноритарним акціонерам, за винятком передбачених законом випадків, зокрема укладення таких угод в межах ДПП; (4) форми відповідальності, що можуть застосовуватися до порушників умов акціонерної угоди, і можливість судового захисту інтересів сторін договору у разі невиконання учасником/учасниками договірних відносин своїх зобов'язань за такою угодою; (5) наслідки для товариства у разі укладення, невиконання чи припинення/розірвання акціонерної угоди; (6) підстави припинення акціонерної угоди; (7) наслідки відчуження стороною угоди своїх акцій і відповідно – перехід до набувача акцій прав та обов'язків за такою угодою; (8) види акціонерних угод за суб'єктним складом: *акціонерні угоди засновників* (не повинні включати згадані в ч. 3 ст. 9 Закону "Про акціонерні товариства" обмеження щодо строку дії засновницького договору), *акціонерні угоди власників акцій*, *акціонерні угоди за участю потенційних акціонерів* (осіб, які підписалися на акції, або які їх набувають у акціонерного товариства, що продає раніше викуплені у акціонерів акції); (9) можливість визначення спеціальними законами особливих вимог до акціонерних угод у разі їх застосування в межах ДПП, при реалізації пріоритетних інвестиційно-інноваційних проектів, що фінансуються державою, в акціонерних товариствах зі значною (скажімо, понад 25%) часткою держави тощо.

Крім того, використання акціонерної форми ДПП зумовлює й (1) внесення змін в Закон "Про цінні папери та фондовий ринок" [17] щодо особливостей правового режиму акцій товариства за участю державного та приватного партнерів та акціонерів-інвесторів, (2) наділення відповідними повноваженнями Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (ДКЦПФР), яка виконує низку функцій на фондовому ринку [18, статті 6-8]: *регулятивну* (в т.ч. встановлює вимоги щодо випуску та обігу акцій, інформації про їх випуск, порядок їх реєстрації тощо), *організаційно-управлінську* (здійснює реєстрацію випуску акцій та інших цінних паперів, видає ліцензії на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку, веде низку державних реєстрів), *контрольну* (забезпечує контроль за дотриманням законодавства на фондовому ринку, а у разі виявлення порушень – застосовує передбачені законодавством адміністративно-господарські санкції) та ін. Зокрема, ДКЦПФР доцільно наділити повноваженнями щодо: (а) регулювання порядку емісії та обігу акцій товариств, що опосередковують відносини ДПП, шляхом встановлення відповідних вимог, (б) контролю за їх дотриманням та (в) застосуванням санкцій до таких товариств та їх акціонерів-партнерів ДПП, які порушили зазначені вимоги.

Подібні заходи, з одного боку, дозволять розширити межі використання ДПП із застосуванням акціонерних товариств і відповідно – акціонерних угод, а з іншого –

запровадять правові механізми щодо попередження зловживань з боку учасників ДПП, забезпечивши тим самим більшу ефективність партнерства за участю держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад та приватних інвесторів, і в цілому – створять реальні умови для започаткування ДПП в акціонерній формі з точки зору її правового забезпечення.

На теоретичному рівні потребують ґрунтовних досліджень відносини, які виникають в процесі організації та застосування акціонерної форми ДПП, з метою напрацювання найбільш ефективних правових механізмів, що мають забезпечити успішну реалізацію проектів ДПП, в тому числі за рахунок залучення інвестицій шляхом розміщення акцій серед осіб, які не є безпосередніми учасниками ДПП (партнерами), із збереженням за останніми контролю над товариством, який при цьому не повинен завдавати шкоди економічній конкуренції.

1. Публично-частные партнерства (Les partenariats public-privé) [Електронний ресурс] // <http://www.france-jus.ru/index.php?page=fiches&action=fiche&type=droit&droit=353>. 2. В. Агроскин. "О кооперации". Три вопроса о частно-государственной кооперации (11.05.2003 г.) [Електронний ресурс] // <http://prompolit.ru/86878>. 3. Кнаус В.В. Управление развитием государственно-частного партнерства. Автореферат дис... канд. экон. наук. – М., 2008. – 25 с. 4. Public procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised Public-Private Partnerships [Електронний ресурс] / <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/252&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>. 5. Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions COM/2004/0327 final */ // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:EN:NO>

6. Welcome to the Irish Government Public Private Partnership (PPP) website: Legislation [Електронний ресурс] // <http://www.ppp.gov.ie/key-documents/legislation/legislation>. 7. Закон України від 01.07.2010 р. "Про державно-приватне партнерство" // Голос України від 30.07.2010 – № 140. 8. Концепція розвитку державно-приватного партнерства у житлово-комунальному господарстві, схвалена КМУ (розпорядження Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. N 1184-р) // Офіційний вісник України, 2009 р., № 78, стор. 36, ст. 2650. 9. Закон Республіки Словенія "Про публічно-приватне партнерство" від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) // www.mf.gov.si/slov/javnar/53646-ZJZP_EN.pdf. 10. Shareholders Agreement [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rpemery.com/online/shareholders-agreement.htm>. 11. Пенцов Д., де Монмолин Ж., Н. Инеджан. Договоры акционеров по швейцарскому праву. – [Електронний ресурс] Режим доступу : <http://www.clj.ru/discussion/management/100704>. 12. Винник О. М. Акціонерні угоди // Юридична Україна. – 2010. – № 5. – С. 20-28. 13. Закон України від 17.09.2008 р. "Про акціонерні товариства" // ВВР України, 2008, № 50-51, ст. 384. 14. Федеральный закон "Об акционерных обществах" от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/29_3.html#p646. 15. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А. М. Маковского. – М.: Статут, 2009. – 160 с. 16. Model business corporation act annotated : official text with official comments and statutory cross-references, revised through 2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.abanet.org/buslaw/committees/CL270000pub/nosearch/mbca/home.shtml>. 17. Закон від 23.02.2006 р. "Про цінні папери та фондовий ринок" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 31, ст.268. 18. Закон України від 30.10.1996 р. "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 51, ст.292.

Надійшла до редколегії 07.06.10

М. Краснова, д-р юрид. наук, проф.

ФОРМУВАННЯ НАУКОВИХ ПІДХОДІВ ЩОДО ДОГОВОРІВ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ ЯК МІЖГАЛУЗЕВОГО ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ

У статті розглянуто основні наукові напрями дослідження договорів в екологічному праві, які в сучасних умовах дозволяють більш ефективно регулювати відносини в сфері використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки, а також свідчать про формування міжгалузевого правового інституту в складі екологічного права України.

Ключові слова: договори в сфері природокористування; меліоративні договори; ліцензійно-договірні екологічні відносини; публічно-правові договори.

В статье рассмотрены основные научные направления исследования договоров в экологическом праве, которые в современных условиях позволяют более эффективно регулировать отношения использования природных ресурсов, охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности, а также свидетельствуют о формировании межотраслевого правового института в составе экологического права Украины.

Ключевые слова: договоры в сфере природопользования; мелiorативные договоры; лицензионно-договорные экологические отношения; публично-правовые договоры.

The main research directions of contracts in environmental law which nowadays make it possible to regulate the relations of usage of natural resources, environmental protection and ecological safety more efficient, as well as indicate the formation of inter-branch legal institution in the environmental law of Ukraine are considered in the article.

Key words: agreements in the field of natural resources use, agreements on melioration, contract and licensing environmental relations, public agreements.

Концепція сталого розвитку, схвалена на міжнародному самміті з питань охорони навколишнього середовища (Ріо-де-Жанейро, 1992), віддає перевагу раціональному використанню природних ресурсів, охороні їх від незаконного заволодіння, захисту їх корисних властивостей від значного техногенного і атропогенного забруднення з метою забезпечення системи екологічних прав людини і громадянина теперішніх та майбутніх поколінь. Це означає, що світова спільнота прагне виробити на перспективу єдині вимоги в сфері екології шляхом домовленостей про умови та порядки регулювання відповідних суспільних відносин. Натомість перехід до ринкової економіки у країнах, що розвиваються, в тому числі й в Україні, загострив й без того складну екологічну ситуацію. Децентралізація державного управління в економічній сфері, зниження рівня і якості контролю за промисловістю, сільськогосподарським виробництвом, транспортною інфраструктурою, функціонуванням топливно-енергетичного комплексу, стихійне виникнення господарюючих суб'єктів і, особливо, "праг-

нення впровадити нову галузь промисловості – прибуткову екологію" [1], тобто екологічне підприємництво, а також інші причини вимагають суттєвих змін екологічного законодавства, здатних перебудувати систему управління і контролю, особливо такого напрямку, в якому б ефективно реалізовувалася національна екологічна політика, спрямована на врегулювання балансу суспільних, державних та приватних інтересів у цій сфері.

Сучасне екологічне законодавство характеризується наявністю цілої низки імперативних норм, які встановлюють принципи обов'язкової дозвільної системи щодо запровадження на договірних засадах багатьох напрямів господарювання, які тим чи іншим чином пов'язані із використанням природних ресурсів, охороною довкілля та забезпеченням екологічної безпеки громадян. Водночас в екологічному законодавстві існують і норми диспозитивного характеру, які забезпечують регулювання відносин, спрямованих на задоволення приватних потреб та інтересів у цій сфері. Це спонукає науковців екологічного права досліджувати засади регулю-

вання публічно-правових за своїм характером ліцензійно-правових та інших договірних відносин у цій сфері. Тому метою даної статті є аналіз розвитку теоретичних засад договорів в екологічному праві як міжгалузевого правового інституту.

До питань регулювання відносин у галузі використання природних ресурсів та їх охорони за допомогою договорів науковці стали звертатися у другій половині минулого століття при розгляді виконання окремих заходів з покращення природних ресурсів: з меліорації земель [2], з агрохімічного (біологічного) обслуговування підприємств [3], з приведення порушених внаслідок господарської діяльності територій у попередній стан [4], з очищення забруднених територій небезпечними речовинами [5] тощо. Такі заходи здійснювалися шляхом укладання договорів на виконання робіт (послуг), які хоч і мали виражений цивільно-правовий характер, проте вже відзначалися як нетипові договірні відношення [6]. Впровадження правових документів, що передбачали підвищення ролі економічних методів у вдосконаленні механізму використання природних ресурсів, охорони довкілля розглядалося як укріплення правових засад перебування управління економікою держави [7]. Тому з'являються наукові праці, які присвячені питанням договорів на користування природними ресурсами [8], так званим меліоративним договорам [9].

Зокрема, А.К. Соколова в 1993 р. обґрунтувала існування самостійного правового інституту договорів на користування природними ресурсами, запропонувала розширювати сферу застосування договірної форми природокористування, що забезпечить найбільш повну самостійність та ініціативу природокористувачів, їх юридичну рівність та сприятиме більш ефективному та раціональному використанню основних природних ресурсів (земель, вод, лісів, тваринного світу, надр тощо) в умовах переходу до ринкових відносин у вказаній сфері [8, с. 5]. На основі аналізу законодавства цією авторкою аргументована наукова позиція про існування самостійного еколого-правового договору в системі договорів, визначена його природа, ознаки, що відрізняють його від цивільно-правового договору, зокрема, відмежування за об'єктом договорів (природні ресурси чи їх частини), за правовим положенням сторін у договорах (державні, самоврядні органи та суб'єкти права природокористування), за виконанням відповідних зобов'язань, оскільки у еколого-правовому договорі додержання сторонами вимог екологічних нормативів є пріоритетним і обов'язковим [8, с. 6].

Еколого-правовим договором А. К. Соколовою запропоновано визначати угоду двох і більше сторін з приводу використання природних ресурсів та об'єктів, їх відтворення і охорони навколишнього природного середовища, в якій визначаються права і обов'язки сторін для досягнення єдиної мети при додержанні еколого-правових приписів [8, с. 9]. Такі договори класифікуються: за предметом та об'єктом правового регулювання – земельно-правові, водно-правові, лісоправові тощо; за цільовою спрямованістю – оренда природних ресурсів, договір на відтворення природних ресурсів, договір на виконання природоохоронних заходів [8, с. 11]. Особлива увага приділена питанням визначення еколого-правових договорів як самостійної підстави виникнення права на експлуатацію відповідних природних об'єктів, змісту таких договорів, яким визначалася сукупність його умов, прав та обов'язків сторін. Найважливішими умовами еколого-правових договорів визначено: вказівка про конкретний природний об'єкт, з приводу якого виникають відповідні договірні відносини, умови його використання, охорони та відтворення, умови додер-

жання екологічних імперативів при його використанні, а також ціна договору, строки використання; виконання охоронних чи відтворювальних заходів [8, с. 12-13].

Робота А. К. Соколової залишається єдиною науковою працею в Україні, в якій на досить високому науковому рівні проаналізовані засади договорів в екологічному праві, а також запропоновано прийняти спеціальний нормативно-правовий акт про договори у цій сфері. В Україні за останні роки прийнято чимало норм і законів, які забезпечують договірні відносини в сфері природокористування: Кодекс України про надра (1994), Водний кодекс України (1995, ст. 51), Лісовий кодекс України (1994, в ред. 2006, ст.ст. 18, 23), Закони України "Про оренду земель" (1998), "Про угоди про розподіл продукції" (1999), "Про мисливське господарство та полювання" (2000), "Про питну воду та питне водопостачання" (2002), "Про рибу, водні живі організми та харчову продукцію з них" (2003) тощо, які розширюють межі наукового обґрунтування договірних засад у цій галузі.

Л.М. Мороз в 1994 р., досліджуючи зібрану категорію "меліоративні договори", звернув увагу на те, що хоч такі договори й характеризуються в основному їх цивільно-правовою сутністю як різновид особливих, комплексних зобов'язань, між тим таким договорам властиві специфічні ознаки, що свідчать про їх природоресурсну і екологічну спрямованість. Такі ознаки впливають із галузевого законодавства про раціональне використання природних ресурсів, їх охорону, а також із спеціальних меліоративних і природоохоронних правових актів. Переважне значення в меліоративних договорах мають положення земельного, водного, лісового та іншого екологічного законодавства, що обумовлено об'єктом і видом меліорації, об'ємом меліоративних робіт, іншими факторами [9, с. 9]. Основною ознакою меліоративних договорів є те, що такі договори укладаються з приводу особливих – відновлювально-відтворювальних – робіт на нетрадиційних об'єктах – землях, водах, лісах та ін., які не є продуктами людської праці, представляють потенційну цінність як засіб виробництва або просторово-операційний базис у відповідних галузях і сферах господарської та іншої діяльності [9, с. 9].

Класифікує меліоративні договори Л. М. Мороз за такими критеріями: з точки зору підстав виникнення – планові, тобто такі, що укладаються на державне замовлення або на підставах ліцензій; непланові, коли заінтересованими особами щодо їх укладання є відповідні господарючі суб'єкти; по встановленню прав та обов'язків – односторонні та двосторонні; в залежності від предмета договору та залучених до його виконання заходів – однопредметні та багатопредметні (наприклад, гідротехнічна меліорація спрямована на меліорацію земель, пов'язана з будівництвом водойми з метою регулювання водного балансу на цій ділянці земель); в залежності від складу, характеру і періодизації робіт – первинні, супутні або повторні покращення ділянок природних ресурсів і комплексів; в залежності від конкретної форми зовнішнього виявлення – примірні, локальні, індивідуальні; за їх еколого-правовими критеріями: договори на покращення ділянок земель, лісів, водойм, природних комплексів з розміщеними на них об'єктами природи [9, с. 12-13]; по покращенню властивостей природних ресурсів – пов'язані з відновленням (відтворенням) попереднього хімічного, фізичного стану таких комплексів та об'єктів, з їх очищенням від хімічного, радіоактивного та іншого стійкого та небезпечного забруднення (дезактивації). Власне в залежності від виду, характеру та змісту робіт меліоративні договори поділяються на гідротехнічні, агро-меліоративні, агролісомеліоративні, хімічні, біологічні, кліматичні [9, с. 14-16]. Можливий і внутрішній поділ меліоратив-

них договорів: на покращення земель сільськогосподарського та іншого призначення; на проведення іригації, будівництво водосховищ, очищення водойм; на здійснення лісотехнічних заходів, відновлення лісу, очищення лісових ділянок тощо.

Слід зазначити, що відповідно до Закону України від 14 січня 2001 р. № 1389-XIV "Про меліорацію земель" меліорація земель визначається як комплекс саме таких заходів, спрямованих на регулювання водного, теплового, повітряного і поживного режиму ґрунтів, збереження і підвищення їх родючості та формування екологічно збалансованої раціональної структури угідь (ст. 1). Крім цього виконання відновних (відтворювальних) робіт передбачено й іншим галузевим природоресурсним законодавством у нормах Лісового, Водного кодексів України, Законів України "Про охорону земель" (2003), "Про тваринний світ" (1992, в ред. 2001), "Про рослинний світ" (1999).

Відповідну новизну в роботі Л. М. Мороза представляє визначення функцій меліоративних договорів: економічна функція спрямована на покращення природних ресурсів як засобів виробництва, просторового базису при використанні їх у різних сферах господарювання; екологічна функція спрямована на зміни природно-фізичного, хімічного, біологічного та інших станів і властивостей природних ресурсів для досягнення не лише господарського, а й перед усім природоохоронного ефекту [9, с. 17].

Науковий інтерес представляють проаналізовані в цій роботі підстави, зміст та система гарантій меліоративних договорів: управлінські (система державних органів та їх повноваження з організації укладання меліоративних договорів та координації заходів по їх належному виконанню, впровадження примірних (типових) форм договорів), організаційно-господарські (розробка, погодження та реалізація проектів меліоративних заходів, діяльність юридичних служб), технічні (додержання вимог щодо будівельних, екологічних та інших нормативів при здійсненні меліоративних заходів), економічні (належне фінансування, кредитування, стимулювання виконання меліоративних заходів) та власне правові (заходи юридичної відповідальності за порушення умов меліоративних договорів, правил природокористування та вимог охорони навколишнього середовища) [9, с. 28-71]. З метою удосконалення правових засад реалізації меліоративних договорів автором пропонується прийняття спеціальних нормативно-правових актів про економічну (вартісну) оцінку природних ресурсів, встановлення їх споживчої вартості, що дозволить об'єктивно визначити дійсний розміри екологічної шкоди і майнових санкцій за порушення вимог, пов'язаних з меліорацією [9, с. 71].

Останнім часом підвищується науковий інтерес до питань ліцензійно-договірних основ природокористування і охорони навколишнього середовища [10; 11]. При цьому зважається на те, що держава не відмовляється від правового регулювання екологічних відносин імперативними методами з огляду на публічно-правовий характер екологічного права як галузі, тому зазначається, що і ліцензія (спеціальний дозвіл), і договір утворюють підстави для набуття права природокористування і здійснення ряду видів діяльності, які пов'язані з охороною довкілля, оскільки закон забороняє здійснення екологічно значимої діяльності без дозволів (інколи спільно з договором) [10, с. 342]. Відносини, які при цьому виникають, носять складний юридичний склад, регулювання яких здійснює одночасно ліцензія (спеціальний дозвіл) та договір, який укладається на її основі, внаслідок чого суб'єкти даних правовідносин, які укладають угоду вияв-

ляються пов'язаними не лише договорами, але й адміністративним зобов'язанням. Цей факт обумовлює виникнення в екологічному праві інституту ліцензійно-договірного регулювання природокористування та охорони навколишнього середовища [11, с. 2].

Основною функцією системи ліцензійно-договірного регулювання природокористування та охорони довкілля є забезпечення раціонального використання природних ресурсів, виконання заходів з охорони навколишнього природного середовища, захист прав і законних інтересів людини від негативного впливу на його фізичний і духовний стан з боку суб'єктів права природокористування, недопущення проникнення на ринок структур, які ведуть незаконну, некваліфіковану або небезпечну для людини і довкілля діяльність [11, с. 5].

Значення ліцензування та договірної практики визначається й іншими функціями в механізмі правового регулювання екологічних правовідносин. Зокрема, інформаційна функція забезпечує збір, накопичення і розповсюдження інформації про масштаби, види і межі екологічно значимої діяльності, про стан довкілля у місцях її здійснення, про заходи з охорони довкілля тощо. Превентивна функція спрямована на встановлення в ліцензії і договорі меж використання природних ресурсів, здійснення фізичних, хімічних, біологічних впливів на природу, інших екологічно значимих умов здійснення відповідної діяльності, чим досягається попередження виникнення екологічної шкоди. Контрольна функція виражається в тому, що органи, які видають ліцензії (спеціальні дозволи), а також беруть участь в укладенні договору, уповноважені законом від імені держави здійснювати превентивний контроль за додержанням природокористувачем-ліцензіатом вимог екологічного законодавства. Гарантійна функція спрямована на реалізацію прав громадян і юридичних осіб у зазначеній галузі [10, с. 342-343].

Хоч ліцензування і укладення договорів є правовими інструментами реалізації різних методів екологічного права – адміністративно-правового та цивільно-правового, проте вони стосуються переважно одних і тих же суспільних правовідносин, належних до регулювання екологічного права та обумовлених забезпеченням екологічних імперативів (вимог, заборон), що містяться в нормах екологічного законодавства. На таких засадах з метою вирішення питань ліцензійно-договірного регулювання природокористування та охорони довкілля пропонується прийняти Закон "Про екологічне ліцензування", в якому доцільно закріпити поняття, основні принципи, визначити єдину систему ліцензійних органів, їх повноваження, в тому числі й щодо укладання угод на підставі ліцензій, вичерпний перелік видів діяльності, що підлягатимуть ліцензуванню, зміст договорів у зазначеній сфері, питання відповідальності за порушення умов ліцензій та договорів. Резюмовано, що законодавством має бути встановлена більш строга юридична відповідальність для порушників ліцензійно-договірних відносин, включаючи й відповідальність органів ліцензування [11, с. 7].

М. О. Геталова договором у галузі природокористування і охорони навколишнього середовища називає самостійний правовий інструмент, який входить у складну систему правового регулювання договірних відносин у цій сфері. На її думку, на екологічний зміст договору здійснюють вплив імперативні норми права, а також положення екологічного характеру, які сторони самостійно включають у договір [12, с. 4]. Дослідження співвідношення приватного і публічного права в зазначеній галузі послужило основою для здійснення нею

класифікації договірних відносин у цій сфері. В основі виникнення договірних відносин в цій галузі, на її думку лежать: адміністративно-правові договори і угоди, які укладаються між РФ і суб'єктами РФ, між суб'єктами РФ і місцевим самоврядуванням; адміністративні акти і договори, які укладаються на їх основі; договори, які регулюються нормами цивільного права. З цих міркувань доцільно підтримати ідею щодо створення спеціального еколого-економічного компенсаційного механізму, який дозволить урахувати і компенсувати як позитивний екологічний вклад окремих регіонів, так і негативний – різного роду забруднення, які створюються одним суб'єктом і заподіюються збитки іншому (в економічних термінах – це екстерналії, зовнішні ефекти – некомпенсовані впливи однієї сторони на іншу) шляхом укладання угод між цими регіонами [13, с. 40]. На прикладі України такий механізм може бути запроваджений до Донецько-Придніпровського регіону, який справляє найбільший техногенний вплив на всю територію України та на сусідні регіони.

Д. В. Хаустов ставить питання про публічно-правові договори у природоресурсному праві [14], яке виникає тоді, коли в умовах формально-юридичного рівноправ'я бере участь держава (публічно-правове утворення), яка, вирішуючи власні економічні завдання, прагне внести у такі відносини елементи владного впливу, особливо в сфері природокористування, де держава уповноважена від імені народу на здійснення великого спектру управлінських функцій, є власником природних ресурсів і тому виступає у якості сторони зобов'язань: як учасник господарського обігу та як виразник соціальних інтересів. Тому застосування приватно-правових інструментів у цій сфері не можливе через те, що диспозитивні методи регулювання не в змозі належним чином захищати публічні інтереси суспільства у сприятливому для людини навколишньому природному середовищі, забезпеченні екологічної безпеки. В ситуаціях, що складаються очевидна необхідність одночасного поєднання договірних засад з властивими важелями, яка й реалізується в такому правовому інституті як публічно-правовий договір [15, с. 17].

Отже, більшість науковців вважають договори джерелами екологічного права [16, с. 73], включаючи й міжнародні договори [17, с. 690]. Наприклад, за Рамковою конвенцією ООН про зміну клімату та Кіотським протоколом до неї передбачено продаж квот на викиди забруднюючих речовин, до яких Україна приєдналася та розпочала впровадження правових механізмів із цих питань шляхом створення спеціально уповноваженого на це органу [18].

Відповідно до вимог екологічного законодавства на договірних засадах в Україні реалізуються й зобов'язання щодо проведення обов'язкової екологічної експертизи, екологічного страхування, екологічного аудиту, екологічної стандартизації, екологічної нормування, екологічного інформування, екологічної сертифікації тощо (ст.ст. 25¹, 26-30, 31-33, 49 Закону України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища", Закони України "Про екологічну експертизу" (1995), "Про екологічний аудит" (2004), "Про охорону атмосферного повітря" (в ред. 2001 р.), "Про підтвердження відповідності" (2001), "Про об'єкти підвищеної небезпеки" та ін.). На договірних засадах здійснюються відповідно до законодавства й пільгове кредитування для одержання коштів, необхідних на впроваджен-

ня природоохоронних заходів, в тому числі шляхом використання коштів фондів охорони навколишнього природного середовища (ст.ст. 47-48 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища") [19].

Все вищезазначене дозволяє зробити висновок, що в сучасних умовах формується система правових норм, спрямованих на регулювання суспільних договірних відносин, не типових для галузей цивільного чи господарського права, оскільки основними їх об'єктами виступають природні ресурси та природні об'єкти, навколишнє природне середовище як сукупність природних, природно-соціальних умов і процесів, якість та безпечність яких мають забезпечувати екологічну безпеку громадян. Така система правових норм формується у всіх структурних елементах системи екологічного права та законодавства (в природоресурсовому, природоохоронному та антропоохоронному). Загальні засади договорів в екологічному праві формуються в цивільному та господарському праві. Тому таку систему правових норм доцільно визначати як міжгалузевий правовий інститут, обумовлений екологічними імперативами.

1. Міністр охорони навколишнього природного середовища Віктор Бойко: "Хочемо примирити суспільство, економіку та екологію" // Урядовий кур'єр. – 2010. – 8 червня. – № 102. – С. 6. 2. Иконичкая И. А. Правовое регулирование мелиорации земель колхозов // Сельскохозяйственная кооперация в СССР и Франции. – М., 1983. 3. Лурье С. М., Козырь М. И. Договорные отношения сельскохозяйственных предприятий в СССР. – М., 1974. 4. Крассов О. И. Право лесопользования в СССР. – М., 1981. 5. Козырь М. И. Правовые вопросы охраны окружающей среды от загрязнения агрохимикатами. – М., 1989. 6. Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: Учебн. пособ. – Душанбе, 1984. 7. Андрейцев В. И. Правовое обеспечение рационального природопользования предприятий и объединений АПК. – К.: Урожай, 1989. – 200 с. 8. Соколова А. К. Договоры на користування природними ресурсами: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.06. – Харків, 1993. – 18 с. 9. Мороз Л. Н. Улучшение природных ресурсов: Договорные отношения. – Минск, 1994. – 72 с. 10. Бринчук М. М. Лицензионно-договорные основы природопользования и охраны окружающей среды: В Учебнике: Экологическое право (право окружающей среды). – М., 1998. – С. 342-384. 11. Суров А. Ф. Лицензионно-договорные основы природопользования и охраны окружающей среды: Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 1999. – 29 с. 12. Геталова М. А. Договорные отношения в области охраны окружающей среды // Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 2002. – 24 с. Вона ж: Роль договора в области охраны окружающей среды // Журнал российского права, 2004. № 1. 13. Бобылев С. Н. О формировании эколого-экономического компенсационного механизма / С. Н. Бобылев // Экологическое право. – 2003. – № 6. – С. 40-42. 14. Хаустов Д. В. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования: Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 2003. – 25 с. 15. Хаустов Д. В. Публично-правовые договоры в природопользовании / Экологическое право. – 2003. – №4. – С. 17-24; №5. – С. 12-20. 16. Дубовик О. Л. Экологическое право: Учебник / О. Л. Дубовик. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – 584 с. 17. Малишева Н. Р. Джерела міжнародного права навколишнього середовища. В підручн.: Екологічне право України: Академічний курс. – Друге видання / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2008. 18. Положення про Національне агентство екологічних інвестицій України: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 30 липня 2007 р. № 977 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 57. – Ст. 2279. 19. Порядок використання коштів державного бюджету на здеешевлення кредитів для здійснення природоохоронних заходів: затверджений постановою Кабінету Міністрів України постановою від 18 серпня 2005 р. № 773 // Офіційний Вісник України. – 2005. – № 34. – Ст. 2050. 20. Краснова М. В. Договори в екологічному праві: Навчально-методичний комплекс (програма, робоча програма, практикум). Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет, кафедра трудового, земельного і екологічного права. – К., 2009. – 43 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ КОНЦЕПЦІЙ САМОСТІЙНОСТІ УКРАЇНИ ДРАГОМАНОВА І МІХНОВСЬКОГО

У статті порівнюються концепції самостійності України, втілені, зокрема, у досить досконалих для свого часу конституційних проектах видатних вітчизняних мислителів М. Драгоманова і М. Міхновського. Доведено, що обидві концепції сприяли боротьбі за незалежність України.

Ключевые слова: конституционное право, концепции самостоятельности.

В статье сравниваются концепции самостоятельности Украины, воплощенные, в частности, в достаточно совершенных для своего времени конституционных проектах известных мыслителей М. Драгоманова и М. Михновского. Обосновывается, что обе концепции содействовали борьбе за независимость Украины.

Ключевые слова: конституционное право, концепции самостоятельности.

The concepts of independence of Ukraine embodied in particular, in a fairly advanced for its time, draft constitution by Dragomanov and Mikhnovskyi outstanding domestic thinkers are compared in the article. It is proved that both concepts contributed to the struggle for Ukrainian independence.

Key words: constitutional law, concepts of independence.

Проблема самостійності України завжди була в центрі уваги вітчизняної державно-правової думки, закономірним результатом розвитку якої стало прийняття парламентом доленосних Декларації про державний суверенітет України та Акта проголошення незалежності України, нової Конституції, які закріпили створення української держави. Але чи означає успішне уконституювання незалежної України, що вже відбувся той синтез антагоністичних політико-ідеологічних напрямів української думки, про нагальну потребу якого для збереження державності писав видатний дослідник історії ідей І.Лисяк-Рудницький? [1, с. 92].

Позитивна відповідь на це питання була б, з нашої точки зору, передчасною. Адже не лише продовжується небезпечне політичне протистояння, але відсутнє навіть конструктивне співробітництво і зближення цих напрямів на інтелектуальному рівні (особливо це стосується взаємної непримиренності націоналістичної, комуністичної і ліберальної течій). Це протистояння перешкоджає об'єктивному дослідженню й актуалізації здобутків української політико-правової думки, роблячи неможливим формування досконалої національної правової системи, яка б відповідала правовим традиціям нашого народу.

У цьому контексті значний науковий і практично-політичний інтерес становить, на нашу думку, порівняльний аналіз концепцій самостійності України Михайла Драгоманова (1841-1895) [основні підсумки досліджень див.: 2-10] та Миколи Міхновського (1873-1924) [основні підсумки досліджень див.: 10-16], яких фахівці вважають родоначальниками, відповідно, ліберально-демократичної і радикально-націоналістичної течій українського визвольного руху. У вказаних концепціях, викладених, зокрема, у відомих переважно науковцям конституційних проектах 1884 [публікації див.: 17-21] і 1905 [публікації див.: 22-24] років, які стали визначальними в подальшому розвитку відповідних напрямів вітчизняної політико-правової думки, бачимо не лише принципові відмінності, але й багато подібних, часом майже ідентичних положень, що свідчить про спадкоємність політико-правових традицій, закладених основоположником теорії українського конституціоналізму М.Драгомановим.

Наше дослідження базується на припущенні, що більш продуктивним як з наукової, так і з політичної точок зору було б не протиставлення концепцій М.Драгоманова і М.Міхновського як федералістської і самостійницької, що й досі домінує як в історико-правовій науці, так і в побутовій правосвідомості [зокрема, див.: 25, с. 1-7; 26], а **потракування їх як різновидів самостійництва**. Оскільки самостійництво М.Міхновського ніким не ставиться під сумнів, бо є оче-

видним, то доведення правильності нашої гіпотези зводиться, по суті, до обґрунтування самостійницького спрямування концепції М.Драгоманова.

Це обґрунтування варто розпочати з драгоманівської самохарактеристики. Дискутуючи з Б. Грінченком, Драгоманов писав: "... Я ніяк не можу згодитись на раду д. Вартового [псевдонім Б.Грінченка. – Л.К.] "зректись усяких заходів коло політичної самостайності української"..." [27, с. 471].

Ключовою для розуміння суті концепції Драгоманова є наступна його теза: "Незалежність певної області чи нації може бути досягнута або її повним відділенням в окрему державу (сепаратизм), або забезпеченням її самоуправління без цього відділення (федералізм)" [21, с. 253]. Як бачимо, федералізм тут не протиставляється незалежності (як синонім Драгоманов вживав також поняття "самостійність"), а розглядається як одна з форм її досягнення.

Для адекватної оцінки концепції Драгоманова дуже важливо пам'ятати, що він розрізняв поняття "політична самостійність" і "державна самостійність", вказуючи на "larsus calami" (промах пера. – Л.К.) Б.Грінченка в цьому питанні [27, с. 472]. Це пройшло повз увагу дослідників доктрини Драгоманова.

Всупереч усталеному твердженню, Драгоманов ніколи не був противником державної самостійності України. Навпаки, він висловлював жаль з приводу того, що українці не мають своєї національної державності, адже на певному історичному етапі "більша частина інших пород людських в Європі складали свої держави" [28, с. 293]. В листі до своєї дочки Ліди та її чоловіка Івана Шишманова від 21 березня 1889 р. Драгоманов, говорячи про історичну долю болгар і українців, наголошував, що "для правильного розвитку народів їм треба мати державну незалежність!" [цит. за: 29, с. 7]. Погляди М.Драгоманова на національну державу близькі до принципу національного самовизначення, обґрунтованого видатним швейцарським правником Й.К.Блюнчлі: "Скільки народів, стільки держав" [див.: 30, с. XLIII; 28, с. 322]. На думку Драгоманова, "як там не єсть, а своя держава, чи по волі, чи по неволі зложена, була й досі ще єсть для людей спілкою задля оборони себе од чужих і задля впорядкування своїх справ на своїй землі по своїй волі" [28, с. 293]. Саме тому він, за його ж словами, "ніколи не "нападав" принципіально на український сепаратизм, на "стремління до державної окременості", до того, "щоб виділити російську Україну в особну від Росії державу", бо не мав "проти нього нічого з боку принципіального" [27, с. 470-471]. Але, як реаліст-прагматик, він не бачив – у тих історичних умовах – "сили, ґрунту для політики державного відриву (сепаратизму) України від Росії..." (хоча "навіть радий був би",

якби його "думки в цій справі були перекинені фактами" [31, с. 540], а тому й виступав проти пустих розмов про український сепаратизм [27, с. 471].

Не маючи змоги (за браком місця) детально розглянути здобутки і прорахунки драгоманівського аналізу факторів, які зумовлювали, на його думку, неможливість і недоцільність боротьби за державну незалежність України, вкажемо лише на найважливіші з них:

- дуже важко, майже неможливо відокремитися від Росії (українців "хіба всесвітній катаклізм може політично одірвати од великорусів") [32, с. 302];

- через етнічну спорідненість (українці, як і росіяни – "сини русів", тобто братні народи [31, с. 556]) і масове зросійщення немає яскраво вираженої національної окремішності українців від росіян та її усвідомлення народом;

- слабкість українського національно-визвольного руху [31, с. 541; 27, с. 471-480];

- відсутні міжнародні чинники, які б сприяли боротьбі за самостійну українську державу [28, с. 293-294];

- не варто докладати неймовірно великих зусиль, щоб у результаті здобути "тільки державну волю й спільку", бо "тепер вже люди переросли державні спільку й прямують і волею, й неволею до якихось інших" [28, с. 293-294] (ця думка засвідчує вплив на Драгоманова анархістських ідей П.-Ж.Прудона, який, проте, у зрілому віці зменшився);

- доцільніше добиватися, щоб "державні пута, котрі тепер плутаються на ногах українських", розтопилися у "вільній спільці всеслов'янській" та в європейській федерації [28, с. 326];

- Росія вже здійснила і ще може допомогти здійснити ряд історичних українських національних завдань (зокрема, Драгоманов прозорливо передбачав приєднання за допомогою Росії західноукраїнських земель) [27, с. 26];

- існують спільні українсько-російські інтереси в багатьох сферах, які краще можуть бути реалізовані в спільній державі [31, с. 540; 27, с. 446];

- з гуманних міркувань українцям не варто добиватися власної державності "через велике повстання й криваву війну", майже неминучі в такому випадку [31, с. 294] (цікаво було б знати, чи змінилася б ця позиція Драгоманова, якби він міг передбачити мільйони жертв Голодомору, що став однією з найбільших катастроф в історії людства?);

- загроза неминучого конфлікту Тевтонії і Славії (передбачення назрівання світової війни), яка вимагає слов'янської солідарності, а не міжусобиць [33, с. 178-179].

Тому, зробивши висновок про нереалістичність і неприйнятність політики, спрямованої на здобуття **державної самостійності** України, Драгоманов, як український патріот, присвячує свої зусилля теоретичній розробці автономістсько-федералістської концепції **політичної самостійності** України, відштовхуючись від тези, що "без **політичної самостійності, чи автономії** [виділено нами – Л.К.], не може бути і автономії національної" [27, с. 471; 34]. Остання фраза чітко показує, що для Драгоманова поняття "політична самостійність" і "автономія" – синоніми. Додамо до цього, що мається на увазі не вузька, обмежена адміністративно-територіальна автономія, а така широка **політична автономія** [27, с. 471-472] у федеративній державі, яка, за словами М.Грушевського (зі статті "Якої ми хочемо автономії й федерації"), "більше-менше наближається до державної самостійності" [35, с. 121].

Політична автономія України, на думку Драгоманова, повинна забезпечити національну незалежність [21,

с. 4, с. 253], здійснення "завдань її внутрішньої і зовнішньої політики" [19, с. 23], всіх суттєвих інтересів морального і матеріального життя [21, с. 4], "свою вправу" [31, с. 466], "свою волю" [28, с. 282], можливість для української нації бути "господарем дома" [28, с. 322] і повернення її в сім'ю великих "культурних" європейських націй [19, с. 17, с. 23].

Концепція Драгоманова, вказуючи найдочільнішу – на той час – форму національного самовизначення, передбачала досягнення "повної самостійності для вільної спільки (**федерації**) громад на всій Україні" [34, с. 1], створення умов для всебічного "політичного, економічного і культурного визволення і розвитку українського народу" [19, с. 9].

Автономістсько-федералістське бачення Драгомановим майбутнього України не варто вважати різновидом бездержавництва чи антидержавництва, адже у разі здобуття політичної самостійності України відкривалась можливість, при потребі, боротися за її державну незалежність, без цього ж проміжного етапу така боротьба була приречена на поразку. Цю поетапність здійснення завдань самовизначення нашого народу (підтверджену історичним досвідом української революції 1917-1921 рр.) можна описати словами самого Драгоманова: "Я знаю, що поперед іюля мусить бути март, значить і працювати треба, і говорити про те, щоб март наступив, а потім і про іюль поговоримо" [36, с. 447; 27, с. 449]. Такий підхід повністю узгоджувався з його розумінням перспективи політичного розвитку людства, якою він вважав всесвітню федерацію вільних народів [3, с. 84-85 та ін.].

Отже, можемо зробити проміжний висновок, що державно-правові ідеї Драгоманова щодо форми та перспектив самовизначення українського народу в сукупності становлять автономістсько-федералістську концепцію політичної самостійності України і тому їх не варто протиставляти, як несамостійницькі, концепції державної самостійності України, яку започаткував М. Міхновський.

Сутнісна спорідненість концепцій самостійності України М.Драгоманова та М.Міхновського ґрунтувалась на спільності багатьох засадничих цінностей і політико-правових ідеалів двох видатних мислителів, на першому місці серед яких був український патріотизм, любов до свого народу, глибока віра в його майбутнє відродження і невтомна праця заради цього відродження.

І Драгоманов, і Міхновський підкреслюють велику цінність нації як форми солідарності між людьми, без якої неможлива і "солідарність загальнолюдська", адже "людство є лише сукупність націй" [37, с. 443, с. 448]; саме "натуральні національні спільки становлять велику вселюдську спільку, де індивідуальність кожної людини, кожної нації не затерта, а навпаки, набирає нової сили, краси й розцвіту" [38, с. 159].

Обидва мислителі органічно поєднують свій патріотизм з космополітизмом. Так, для Драгоманова найбільша цінність – "всесвітня правда", що стала б "вище над усіма національностями" та й мирила їх, "коли вони підуть одна проти другої" [31, с. 469]. Він вбачає цю всесвітню правду в космополітичних думках про братерство всіх людей і народів світу, вказуючи, що "треба любити не тільки свою батьківщину, своє місто, а й увесь світ, усіх людей" [31, с. 470]. У питанні про співвідношення космополітизму і націоналізму підсумкова драгоманівська формула має такий вигляд: "... Космополітизм в ідеях і цілях, національність в ґрунті і формах ..." [27, с. 466].

Подібні міркування знаходимо і в Міхновського. Зокрема, у статті "Націоналізм і космополітизм" він писав: "... Ідея космополітизму і гуманізму не тільки не є противна ідеї націоналізму, навпаки – є тільки впливом її, тільки її продовженням, розвитком. Космополітизм розширює, розповсюджує ідеї вітчизни на цілий всесвіт. <...> Космополітизм та гуманізм виключають тільки національні ненависті та антипатії, національний шовінізм, ... закликають до знищення хиб національних" [38, с. 259]. Все ж, на нашу думку, основоположною ідеєю світогляду Міхновського, як і видатного теоретика сіонізму В.Жаботинського (з яким у нього було багато спільного), був не космополітизм, а "інтернаціоналістична інтерпретація націоналізму" [39, с. 669]. Драгоманов же відкидає "націоналізм, а надто такий, котрий себе сам виразно протиставляє людськості, або космополітизму ..." [27, с. 465-466]. Він незмінно засуджував тих "українських націоналістів, котрі, виступаючи проти космополітизму, рвали єдину провідну нитку безпохибного людського поступу і саму підставу новішого возродження національностей і відкривали дорогу до себе для всякого шовінізму, виключності й реакції" [27, с. 466].

Драгоманов і Міхновський приділяли значну увагу викриттю шовіністичної суті тих псевдоінтернаціоналістів, які маскували свою політику денационалізації українців гаслами дружби народів. Критикуючи російських народників, Драгоманов писав: "Ці дивні інтернаціоналісти не хочуть помічати, що замість людства, та ще й соціалістичного, вони підсувають нам державу аристократичну, буржуазну і бюрократичну, і при цьому немилуче національну, і що їх космополітична проповідь проти "націоналізму" ... спрямована не на тих, що тиснуть чужі національності, а на тих, що відбиваються від тиску, і що підміна замість міжнародності винародовлення підтримує тільки монополію привілейованих" [21, с. 145]. Тому-то він "полемізував 30 років проти російських псевдокосмополітів, котрі не признавали української національності ..." [27, с. 466].

Аргументи Міхновського в цьому питанні майже дослівно співпадають з драгоманівськими. "Здебільшого, – зазначав він, – під юшкою інтернаціоналізму або кос-

мополітизму українському народові накидають обрусіння або полонізацію. Ці чудернацькі інтернаціоналісти не розуміють, що замість вселюдства вони пхають нам буржуазну та бюрократичну державу, до того ще й зовсім національну, і не тямлять, що їх псевдокосмополітичні заклики проти "націоналізму" вимірені не проти тих, проти кого треба, себто не проти тих, хто давить чужі народи, а проти тих, хто тільки одбивається від гніту" [38, с. 159].

До найбільших пріоритетів і Драгоманова, і Міхновського належала ідея соборності України. Широко відоме гасло Міхновського: "Одна, єдина, нероздільна, вільна, самостійна Україна від Карпат аж по Кавказ" [24, с. 134]. Він вважав, що "українська національна думка мусить обніматися всіх українців, де б вони не проживали", на всій Україні, без огляду на чужі державні кордони [40, с. 156]. Менш знайомим є внесок Драгоманова у з'ясування мовної та етнічної гомогенності українського народу на всіх його етнічних землях – "від східних повітів Царства Польського до передгір'їв Кавказу" [19, с. 8], – яким, зокрема, і було створене теоретичне підґрунтя для соборницьких прагнень до об'єднання нашого народу в єдиній державі. Так, у статті "Новые исследования в южнорусской истории" (частково опубліковані нами [див.: 41]), автограф якої зберігається у відділі рукописів ЦНБ НАН України ім. В.І.Вернадського [42], вчений стверджує, що "народні особливості Полтавської і Чернігівської губерній майже тотожні з такими ж на Волині і в Галичині", а "пісню, яку співають у Харківській губернії, ви буквально почуєте під Карпатами в Галичині ..." [42, арк. 14 зв. та арк. 15]. Ідеї культурної і політичної співпраці, солідарності і соборності населення усіх українських земель лейтмотивом проходять через наукові праці і громадсько-політичну діяльність Драгоманова [19, с. 8, с. 23].

З'ясувавши сутнісну спорідненість концепцій самостійності України М.Драгоманова та М.Міхновського, в основі якої була спільність багатьох політико-правових ідеалів, перейдемо до конкретного аналізу їхніх конституційних проектів, порівняльну характеристику яких подаємо, для наглядності, у вигляді таблиці.

Основні положення проектів М. Драгоманова і М. Міхновського

Конституційно-правові інститути і норми	Проект М. Драгоманова	Проект М. Міхновського
Порядок прийняття конституції	всеросійським Земським Собором	Всеукраїнським конгресом
Назва держави	Всеросійський Державний Союз	Всеукраїнська Спілка
Державно-правовий статус України	політична самостійність (автономія) України у складі федеративної Росії	державна самостійність України
Загальні засади конституційного ладу	народ – єдине джерело влади	"уся власть належить народові українському"
	втілено принципи поділу влад, стримувань і противаг; закріплено найвищу юридичну силу конституції, верховенство закону	
Основи правового статусу особи	права і свободи людини і громадянина регулюються на світовому рівні; закріплюється рівноправність громадян; наявність гарантій конституційних прав і свобод	
Форма правління	парламентсько-президентська республіка або дуалістична монархія	президентська республіка
Форма державного устрою	"вільна спілка" (федерація) понад 20 самоврядних областей Всеросійського Державного Союзу, з них 4 (Поліська, Київська, Одеська і Харківська) – на українських етнічних землях (з переважно українським населенням)	спілка (федерація) 9 "вільних і самоуправних земель" (Чорноморська Україна, Слобідська Україна, Степова Україна, Лівобережна Україна або Гетьманщина, Північна Україна, Полісся або Гайова Україна, Підгірська Україна, Горова Україна і Понадморська Україна)
Державний режим	демократичний	
Законодавча влада	двопалатний парламент – Державна Дума (гласні якої обираються виборчими сходами в округах) і Союзна Дума (гласні якої, як представники областей, обираються обласними думами, котрі мають право давати їм накази)	двопалатний парламент, який складається з двох "хат" – ради представників та сенату, які обираються "на підставі загального, потайного, рівного і безпосереднього прямого голосування" і представляють увесь "нарід український"

Закінчення

Конституційно-правові інститути і норми	Проект М. Драгоманова	Проект М. Міхновського
Виконавча влада. Глава держави	глава держави – спадковий імператор або обраний на певний строк Голова Всеросійського Державного Союзу – очолює виконавчу владу, призначає міністрів та обласних намісників, оголошує закони і слідкує за їх виконанням; він може, зі згоди Союзнаї Думи, розпустити Державну Думу, але в цьому випадку розпускається і Союзна Дума; міністри відповідальні перед думами і можуть віддаватися ними під суд	президент – глава держави і виконавчої влади; обирається "усім народом українським через плебісцит на 6 років", призначає і усуває міністрів, є головним вождем війська і флоту, оголошує закони і пильнує, щоб вони були виконані, має право помилування (амністії) засуджених; у разі явного порушення Конституції може бути усунутий з посади "народним судом", який утворюють із себе обидві "хати" і вищий касаційний суд
Судова влада	судоустрій на основі судових статутів 1864 р.; Верховний суд збирається із членів кримінального департаменту Сенату і Союзнаї Думи для суду над міністрами за посадові злочини, а також над членами парламенту за державну зраду; Сенат на загальному зібранні департаментів вирішує питання про невідповідність постанов парламенту основним законам; суд присяжних	мирові і колегіальні судді обираються місцевими радами на 3 роки, а судді другої інстанції і судді вищого касаційного суду призначаються президентом пожиттєво; "суд присяжних є для всіх карних злочинів, а також для переступств пресових і політичних"; виключно судам належать спори щодо громадянських прав; забороняються надзвичайні судові інституції; засідання судів "суть публічні"
Місцеве самоврядування	місцеве самоврядування здійснювалося сходами і зборами громадян та обраними ними представницькими органами – міськими, повітовими та обласними думами, виконавчими органами яких були управи; чітко розмежовувалась компетенція органів самоврядування усіх рівнів	"земські й громадські самоуправи уставляються своїми ... законами"; "кожна земля має свою земську раду, кожна громада свою громадську раду"; "земські й громадські ради вибирають з поміж себе управи, які й суть виконавчою властю"
Державні символи	—	"український народ присвоює собі кольори: блакитний та жовтий"
Порядок внесення змін до конституції	зміни до конституції вносяться за згодою двох третин обох палат парламенту і затверджуються Державним Собором	"основний закон не може бути спинений ані в суцільності, ані в частці"; зміни до конституції вносяться двома третинами голосів членів обох законодавчих хат

Порівняння основних рис проектів Драгоманова і Міхновського, наведене в таблиці, дозволяє стверджувати, що в проекті останнього простежується вплив не лише окремих поглядів Драгоманова і не лише щодо інститутів прав особи і громадянина, народного представництва, самоврядування, як слушно зазначає П. Стецюк [43, с. 125], а майже на всі найважливіші конституційно-правові інститути і, навіть, конкретні норми проекту Міхновського.

Так, і Драгоманов, і Міхновський пропонують прийняття основних законів спеціальним установчим органом, конституантою – відповідно, Земським Собором та Всеукраїнським конгресом (який, як передбачалося у проекті Міхновського, мав схвалити ще й більше десяти конституційних законів).

В обох проектах закріплювалась самостійність України – широка політична автономія чотирьох українських областей у майбутньому федеративному Всеросійському Державному Союзі, які б мали право укладати між собою угоди "відносно задоволення спільних для них потреб" [19, с. 13], (проект Драгоманова) та її повна державна незалежність (проект Міхновського, який, проте, як автор опублікованої у 1906 р. програми Української народної партії, не виключав, як проміжну мету, боротьбу за автономію України [44, с. 75]).

Практично співпадає підхід Драгоманова і Міхновського до регулювання загальних засад конституційного ладу, основ правового статусу особи (зокрема, майже вичерпний для свого часу широкий перелік прав і свобод людини і громадянина, що пропонується в обох проектах), форми державного устрою (федерація), демократичного державного режиму, ролі і функцій двопалатних парламентів, одна з палат яких є представницею інтересів суб'єктів федерації і формується на основі їх рівного представництва.

Чільне місце відводиться в проектах судовій владі та – особливо – місцевому самоврядуванню, виборні органи якого – ради – наділені широкою компетенцією, аж до права видавати закони "у питаннях місцевого життя" і кодифікації звичаєвого права [19, с. 13].

Спільним для проектів Драгоманова і Міхновського є втілення принципу децентралізму в адміністративно-територіальному устрої, багато інших принципів та норм.

Найважливішою рисою, що відрізняє порівнювані концепції і проекти, є підхід до прав національних меншин. Якщо Драгоманов закликає до максимальної толерантності, захищає права меншин, то Міхновський, обстоюючи гасло "Україна для українців" [45, с. 141], припускається щодо них явної дискримінації. Також варто вказати на прояви ксенофобного націоналізму в поглядах Міхновського, брак у його спадщині державницького (на противагу етнічному) патріотизму, концепцію якого пізніше розробив В. Липинський. Більшість з проявів нетолерантності до росіян, поляків, угорців, румунів та євреїв, відображених, зокрема, у сумнозвісних 2-4 та 10 заповідях УНП зумовлені не стільки національними, скільки соціальними факторами ("поки вони ("чужинці-гнобителі") панують над нами і визискують нас") [45, с. 141-142], гостротою і переплетінням цих проблем у національно-визвольному русі українського народу і були типовими для націоналізму пригноблених націй у XIX-XX століттях. Водночас ми, хоч і з певними застереженнями, поділяємо точку зору М. Горелова, який вважає, що в "націоналізмі М. Міхновського переважають світлі фарби національного звільнення й державності" [див.: 46, с. 58]. Заради справедливості варто додати, що й концепція М. Драгоманова виграла б від коригування її державницько-консервативними ідеями в дусі В. Липинського. Як не дивно, навіть Драгоманов (життя і творчість якого вважають яскравим прикладом

національної толерантності не лише українці, але й зарубіжні науковці, і який, за власною самоідентифікацією, за походженням "трохи жид" [див.: 47, с. 474] був безпідставно названий М.Я. Рабиновичем (псевдонім – Бен-Амі), з яким вони співробітничали у газеті "Вольное слово", "перекоханим юдофобом" [див.: 2, с. 58].

Значна частина конституційно-правових ідей М. Драгоманова та М. Міхновського зберігає свою актуальність і в наш час. Зокрема, у зв'язку з посиланнями на Драгоманова сучасних прихильників федералізму, які критикують закріплення у статті 2 Конституції унітарної форми державного устрою України, наведемо такий аргумент мислителя: "Зрештою, нам нічого дуже носитися з самим словом *федералізм*, котре лякає людей, що привикли до звичайних централізованих держав європейських", адже "усі практично позитивні боки федералізму, хоч без цього слова" бачимо в Англії, адміністративна децентралізація якої "після нових законів (local government)" може бути "взірцевою для держави нефедеральної", надаючи всі можливості для місцевого самоврядування [31, с. 545]. Додамо, що Конституцією України (ст. 7) "визнається і гарантується місцеве самоврядування", а відповідно до ст. 132 "територіальний устрій України ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій". Таку форму державного устрою України в сучасних конкретно-історичних умовах ми вважаємо оптимальною, і вона, на нашу думку, не суперечить ідеям Драгоманова. Хоча в поточній політиці варто було б більший наголос зробити на децентралізації, зокрема розширити самостійність регіонів у гуманітарній сфері і надати їм більш широкі повноваження для співробітництва з прикордонними регіонами сусідніх країн, особливо враховуючи неухильне зростання ролі євро регіонів.

Тривають дискусії й про актуальність політико-правової спадщини М. Міхновського [див.: 13; 14; 16 та ін.], які, вірогідно, загостряться після президентських виборів 2010 року в Україні. Ми ж хотіли б тут привернути особливу увагу лише до статті 113 конституційного проекту М. Міхновського, в якій зазначається, що "Основний закон не може бути спинений ані в суцільності, ані в частці" [22, с. 89]. Подібна норма, з нашої точки зору, повинна бути внесена до Конституції України. Адже, як вважають деякі науковці і політики, нині існує можливість скасування чинної Конституції шляхом проведення за народною ініціативою всеукраїнського референдуму з питання введення нової Конституції. При цьому може бути поставлене під сумнів саме існування України як суверенної і незалежної держави.

Таким чином, порівняльний аналіз політико-правової спадщини обох мислителів, зокрема їхніх відомих конституційних проектів, дозволяє зробити висновок, що концепція державної самостійності України М. Міхновського була не лише запереченням ідей М. Драгоманова, але й розвитком його доктрини в нових історичних умовах. Важливо зазначити, що концепція М. Драгоманова мала внутрішній потенціал для такого розвитку і трансформації в державно-самостійницькому напрямі. Якщо ж поглянути на цю проблему ширше, то можна констатувати, що автономістсько-федералістська концепція політичної самостійності України, класичного теоретичного оформлення якій надав М. Драгоманов, була домінуючою протягом майже всієї історії української політико-правової думки. Лише в часи "всесвітніх катаклізмів" (війни, революції і т. ін.) домінували концепції і політика здобуття державної незалежності України, започатковані М. Міхновським, чого не виключала і концепція Драгоманова. Спільність багатьох засадничих цінностей і політико-правових ідеалів, сутнісна спорідненість концепцій самостійності України, велика подібність конституційних проектів Драгоманова і Міхновського, які представляли альтернативні напрями української політико-правової думки, засвідчують історичний факт діалогу між цими напрями. У наш час цей діалог повинен бути доповнений науковою та політичною актуалізацією і теоретичним синтезом кращих досягнень цих та інших альтернативних напрямів, які стануть можливими за умови визнання всіма ними того фундаментального постулату, що Україна як "суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава" (ст. 1 Конституції України) є спільним надбанням усього Українського народу, а не результатом боротьби окремих його частин, представлених прихильниками тих чи інших альтернативних політико-правових доктрин. Тому й відповідальність за подальшу долю своєї спільної Батьківщини, її державну самостійність несуть усі українці. Порозумівшись на цьому, ми віддамо належне всім видатним співвітчизникам, в яких би антагоністичних таборах вони в свій час не боролись за визволення і добробут українського народу, за Українську державу і гідне місце України в світі.

1. Лисяк-Рудницький І. Напрями української політичної думки // Лисяк-Рудницький І. Історичні есе: В 2 т. – К.: Основи, 1994. – Т. 2. – С. 63-93. 2. Гриценко І.С., Короткий В.А., Томенко М.В. "Людина земная з печаттю пророка" // Михайло Драгоманов: автожиттєпис / уклали І.С. Гриценко, В.А. Короткий, М.В. Томенко. – К.: Либідь, 2009. – С. 6-76. 3. Драгоманівський збірник. "Вільна спілка" та сучасний український конституціоналізм / За ред. Т.Г. Андрусяка. – Львів: Світ, 1996. – 256 с. 4. Драгоманов Михайло Петрович // Режим доступу: http://www.ua.wikipedia.org/wiki/Драгоманов_Михайло_Петрович. 5. Кистяковский Б.А. Драгоманов, его политические взгляды, литературная деятельность и жизнь // Драгоманов М.П. Полит. соч. – М.: Б. и., 1908. – С. IX-XXXII. 6. Комзюк Л. Конституційно-правова доктрина М. Драгоманова. – Луцьк: Надстир'я, 1997. – 72 с. 7. Круглашов А.М. [http://www.ua.wikipedia.org/wiki/Міхновський_Микола_Іванович](http://hklb.npu.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_71/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=KCK&P21DBN=KCK&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullw&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=M&S21COLORTERMS=0&S21STR=Драма_интеллектуала: политичні ідеї Михайла Драгоманова. 2-ге вид. – Чернівці: Прут, 2001. – 488 с. 8. Лисяк-Рудницький І. Драгоманов як політичний теоретик // Лисяк-Рудницький І. Історичні есе: В 2 т. – К.: Основи, 1994. – Т. 1. – С. 299-347. 9. Скакун О.Ф. Конституціоналізм Михайла Драгоманова // Штрихи до наукового портрета Михайла Драгоманова. – К.: Наук. думка, 1991. – С. 100-117. 10. Томенко М.В. Історія української конституції. – К.: Основа, 2009. – 464 с. 11. Курас І.Ф., Турченко Ф.Г., Геращенко Т.С. М.І. Міхновський: постать на тлі епохи // Український історичний журнал. – 1992. – № 9. – С. 76-91, № 10-11. – С. 63-79. 12. Мартиненко В. Микола Міхновський – піонер українського націоналізму // Політологічні читання. – 1995. – № 2. – С. 249-263. 13. Міхновський Микола Іванович // Режим доступу: <a href=). 14. Ситник В.П. Громадсько-політична діяльність М. Міхновського: Автореф. ... дис. к.і.н. 07.00.01 – історія України. – К.: КНУ, 2005. – 14 с. 15. Томенко М. Україна та Росія: навіки окремо? (Самостійницька ідея в суспільно-політичному житті на зламі сторіч) // Політологічні читання. – 1992. – № 3. – С. 195-201. 16. Шамрай В. В. Проект української Конституції Миколи Міхновського // Вісник юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2008. – Вип. 79. – С. 37-41. 17. Драгоманов М.П. Вольный Союз – Вільна Спілка: Опыт украинской политико-социальной программы. – Женева: Типогр. "Громады", 1884. – 110 с. 18. Драгоманов М.П. Вольный Союз – Вільна Спілка: Опыт украинской политико-социальной программы // Драгоманов М.П. Собр. полит. соч.: В 2 т. – Париж: Изд-во редакции "Освобождение", 1905. – Т. 1. – С. 272-375. 19. "Вільна Спілка" – "Вольный Союз". Спроба української політико-соціальної програми. Збір і пояснення Михайла Драгоманова // Драгоманівський збірник. "Вільна спілка" та сучасний український конституціоналізм / За ред. Т.Г. Андрусяка. – Львів: Світ, 1996. – С. 7-72. 20. Проект основаній Устава українського общества "Вольный Союз" – Вільна Спілка // Томенко М.В. Історія української конституції. – К.: Основа, 2009. – С. 71-80. 21. Драгоманов М.П. Историческая Польша и великорусская демократия // Драгоманов М.П. Собр. полит. соч.: В 2 т. – Париж: Изд-во редакции "Освобождение", 1905. – Т. 1. – С. 1-273. 22. Основний закон "Самостійної України" Спілки народу українського // Томенко М.В. Історія української конституції. – К.: Основа, 2009. – С. 81-90. 23. Основний закон "Самостійної України" Спілки народу українського: Проект утворений групою членів Української Народної Партії // Самостійна Україна. – 1905. – Вересень. – Ч. 1. 24. Міхновський М. Самостійна Україна // Політологія. Кінець XIX –

перша половина XX ст.: Хрестоматія / За ред. О.І. Семківа. – Львів: Світ, 1996. – С.126-135. 25. Лисяк-Рудницький І. Четвертий Універсал та його ідеологічні попередники // Рудницький І. Історичні есе: В 2 т. – К.: Основи, 1994. – Т.2. – С.1-27. 26. Грицак Я.І. Між федеративністю і самостійністю: українська політична думка у 1890-1914 роках // Грицак Я.І. Нарис історії України: формування модерної української нації XIX-XX ст. – К.: Генеза, 1996. – С. 91-97. 27. Драгоманов М.П. Листи на Наддніпрянську Україну // Драгоманов М.П. Літературно-публіцистичні праці: В 2 т. – К.: Наук. думка, 1970. – Т.1. – С.428-482. 28. Драгоманов М.П. Переднє слово [до "Громади" 1878 р.] // Драгоманов М.П. Вибране ("... мій задум зложити очерк історії цивілізації на Україні"). – К.: Либідь, 1991. – С.276-326. 29. Сохань П. Б.Д.Грінченко – М.П.Драгоманов: діалоги про українську національну справу // Б.Грінченко – М.Драгоманов. Діалоги про українську національну справу. – К.: Б.в., 1994. – С. 3-11. 30. Пріцак О. Історіософія Михайла Грушевського // Грушевський М.С. Історія України-Руси: В 11 т., 12 кн. – К.: Наук. думка, 1991. – Т.1. – С. XL-LXXIII. 31. Драгоманов М.П. Чудацькі думки про українську національну справу // Драгоманов М.П. Вибране ("... мій задум зложити очерк історії цивілізації на Україні"). – К.: Либідь, 1991. – С. 461-558. 32. Драгоманов М.П. На увагу українолюбця у Росії // Драгоманов М.П. Літературно-публіцистичні праці: В 2 т. – К.: Наук. думка, 1970. – Т.2. – С.300-305. 33. Драгоманов М.П. Австро-руські спомини (1867-1877) // Драгоманов М.П. Літературно-публіцистичні праці: В 2 т. – К.: Наук. думка, 1970. – Т.2. – С.151-288. 34. Драгоманов М., Павлик М., Подолинський С. Програма // Громада: Українська часопись. – Рік V.1880. – № 1. Ноябрь-декабрь. – С.1-2. 35. Грушевський М. Хто такі українці і чого вони хочуть. – К.: Т-во "Знання" України, 1991. – 240 с. 36. Драгоманов М.П. До М.Бучинського, 25 декабря 1872 [р.] // Драгоманов М.П. Літературно-публіцистичні праці: В 2 т.

– К.: Наук. думка, 1970. – Т.2. – С. 445-457. 37. Драгоманов М.П. Что такое украинофильство? // Драгоманов М.П. Вибране ("... мій задум зложити очерк історії цивілізації на Україні"). – К.: Либідь, 1991. – С.430-455. 38. Міхновський М. Націоналізм і космополітизм // Політологія. Кінець XIX – перша половина XX ст.: Хрестоматія / За ред. О.І. Семківа. – Львів: Світ, 1996. – С.158-160. 39. Дзюба І. Володимир Жаботинський як прихильник української національної справи // Мала енциклопедія етнодержавознавства / Відп. ред. Ю.І.Римаренко. – К.: Наук. думка, 1996. – С. 669-671. 40. Міхновський М. З закордонної України // Політологія. Кінець XIX – перша половина XX ст.: Хрестоматія / За ред. О.І. Семківа. – Львів: Світ, 1996. – С.156. 41. Драгоманов М. Нові дослідження в південноруській історії // Волинь. – 1993. – 13 липня. 42. Драгоманов М.П. Новые исследования в южнорусской истории // ЦНБ НАН України ім. В.І. Вернадського. – ВР. – Ф. 172. – Од. зб. 2. – Арк. 1-74. 43. Стецюк П. Конституційно-правові погляди М.Драгоманова та їхній вплив на формування українського конституціоналізму першої чверті XX-го століття // Драгоманівський збірник. "Вільна спілка" та сучасний український конституціоналізм / За ред. Т.Г.Андруссяка. – Львів: Світ, 1996. – С. 121-126. 44. Програма Української Народної Партії // Українські політичні партії кінця XIX – початку XX ст.: програмові і довід. матеріали. – К.: Консалтинг, Фенікс, 1993. – С. 72-81. 45. Х заповідей УНП // Політологія. Кінець XIX – перша половина XX ст.: Хрестоматія / За ред. О.І. Семківа. – Львів: Світ, 1996. – С.141-142. 46. Горелов М.Є. Передвісники незалежної України. Історичні розвідки. – К.: Рада, 1996. – 163 с. 47. Драгоманов М.П. До П. Лаврова // Драгоманов М.П. Літературно-публіцистичні праці: В 2 т. – К.: Наук. думка, 1970. – Т.2. – С. 463-475.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, канд. юрид. наук, доц.

ГОСПОДАРСЬКА СТРАХОВА ДІЯЛЬНІСТЬ: ВИДИ, ОЗНАКИ, ПОНЯТТЯ

У статті досліджуються проблеми визначення поняття господарської страхової діяльності, її видів та специфічних ознак.

Ключові слова: господарська страхова діяльність, страхова комерційна діяльність, страхова не комерційна діяльність.

В статье исследуются проблемы определения понятия хозяйственной страховой деятельности, ее видов и специфических признаков.

Ключевые слова: хозяйственная страховая деятельность, страховая коммерческая деятельность, страховая не коммерческая деятельность.

The problems of determination of concept of economic insurance activity, its kinds and specific signs are probed in the article.

Keywords: economic insurance activity, insurance commercial activity, insurance not commercial activity.

Актуальність теми дослідження обумовлена відсутністю в сучасній вітчизняній науковій літературі комплексних розробок питання визначення поняття господарської страхової діяльності, її видів та притаманних їй особливих ознак.

Теоретичну основу досліджуваної проблеми склали роботи наступних вчених: О.А. Беяневич, О.М.Вінник, Г.Л. Знаменського, О.А. Красавчикова, В.К. Мамутова, В.С. Мартем'янова, В.К. Райхера, Л.І. Рейтмана, В.І. Сербовського, В.К. Турбіної, Ю.Б. Фогельсона, Г.Ф. Шершеневича, М.Я. Шимінової, В.С. Щербини, В.П. Янишена та інших авторів.

Цілями статті є дослідження особливостей господарської страхової діяльності за законодавством України, визначення її видів, ознак та науково – обґрунтованого поняття "страхова діяльність", з метою внесення пропозицій щодо внесення відповідних змін та/або доповнень до страхового законодавства.

Страхуванню, як і будь-якому явищу, притаманна соціальна сутність, яка, на думку професор П.М. Рабиновича – є здатністю слугувати засобом задоволення потреб членів суспільства [26, 5].

Специфіка страхового захисту [14] (яка зумовлена випадковістю настання ризику, надзвичайністю заподіяної шкоди, гострою необхідністю попередження, подолання наслідків несприятливих подій і відшкодування завданих ризиком втрат конкретним об'єктам і збитків конкретним суб'єктам) обумовлює формування в суспільстві певної потреби щодо: нагромадження і витрачання ресурсів (як грошових так і натуральних) для здійснення заходів з попередження, подолання або

зменшення негативного впливу ризиків і відшкодування збитків, спричинених їх настанням [13, 3].

З огляду на це, є підстави стверджувати, що потреба у страхуванні для людства обумовлюється наступними обставинами: по-перше, члени суспільства у будь-яких сферах своєї життєдіяльності не були, не є і не будуть вільними від випадкових небезпек, як правило катастрофічних; по-друге, ці небезпеки завдають збитків членам суспільства; по-третє, можливість настання випадкових небезпек і масштаби негативних наслідків від них прогресивно зростають; по-четверте, з'являються нові небезпеки, як наприклад техногенні, екологічні, соціальні.

Економічний розвиток завжди був пов'язаний з ризиком, породженим як небезпечними природними явищами і процесами, так і самою господарською діяльністю людини. При цьому досить істотною обставиною минулого було те, що такі надзвичайні ситуації залишалися по суті одиничними подіями, наслідки яких обмежувалися господарськими системами окремих районів або регіонів країни, у виняткових випадках – національними економіками. Стан справ радикально змінилося в останні десятиліття минулого сторіччя, коли безпрецедентні по соціально-економічних наслідках природні і техногенні катастрофи змусили суспільство замислитися про необхідність посилення ролі страхування у процесі відтворення національної економіки.

Саме тому розширення ринкових відносин підвищує роль і значення страхової діяльності, як особливого виду господарювання, не лише в публічній, а, перш за все, в приватно – правовій сфері.

З огляду на це, підхід до їх системного, комплексного аналізу потребує попереднього вивчення широкого кола супутніх з даним макроекономічним феноменом явищ та процесів [25, 5].

Становлення ринкових відносин у транзитивній економіці України відбувається за умов формування нового інституту приватної власності та виникнення на цій базі класу підприємців-власників, які є провідниками розповсюдження та утвердження ринкових відносин. Проте сучасна історія становлення в Україні інституту приватної власності та ринкових відносин, формування системи підприємництва / господарювання слабо кореспондується із закономірностями світової історії підприємництва. Несправедливий, за відсутності необхідної законодавчої бази, шлях формування інституту приватної власності викривив основні засади ринкового конкурентного суспільства [25, 6].

Саме тому впровадження в Україні системи управління ризиками сприятиме оптимальному розподілу та використанню ресурсів органів державного нагляду (контролю), найбільш ефективному виконанню функцій попередження порушень вимог законодавства, а також забезпечить передумови для розширення страхування як однієї з основ безпечної господарської діяльності, в тому числі малого та середнього бізнесу [25, 23].

Суспільні відносини щодо попередження, подолання, зменшення і відшкодування за рахунок заздалегідь акумульованих коштів руйнівних наслідків несприятливих подій (стихійних лих та/або нещасних випадків), що завдали матеріальних збитків, мають об'єктивний характер і формують зміст економічної категорії *"страхування"*, як ефективного способу боротьби із різного роду небезпеками.

Чинне законодавство України містить інститут страхування [33, 97], переважна більшість норм якого стосуються питань здійснення суб'єктами страхової діяльності даного виду господарювання.

Питання щодо необхідності визначення поняття страхової діяльності, що саме являє собою страхова діяльність, і перш за все його співвідношення із поняттям страхування, є давньою науковою дискусією [28, 47; 29, 13; 30, 79], яка і на сьогодні не втратила своєї актуальності [10, 11].

Ще у 1927 році В.І. Серебровський у своїй праці "Страхування" зазначив, що спірно вбачається сама можливість визначити єдине поняття страхування [27, 4].

Так на думку професора Шахова В.В.: "страхова справа являє собою багатофакторну, динамічну систему, яка складається із постійно взаємодіючих частин. Основними складовими страхової справи є: система страхових компаній, державного страхового нагляду, асоціацій страховиків, галузі, підгалузі, види і різновиди страхування" [31, 15].

Не дивлячись на той факт, що загальновизнаного цілісного науково – обґрунтованого поняття страхової діяльності теорією страхового права не вироблено, фахівцями були зроблені спроби визначити межі страхової діяльності, ті елементи, з яких вона складається та надати даному явищу загального розуміння.

В першій чверті XX століття вчені-економісти намагалися вивести єдине на той час поняття "страхування" як категорії економічної, і надавали своїм визначенням деяких елементів, що притаманні страхуванню як виду господарської діяльності. З цього приводу найбільш характерним є визначення А. Вагнера, на його думку: "страхування це така господарська організація яка усуває, або певною мірою пом'якшує негативні наслідки випадкових непередбачуваних подій для майна певної особи таким шляхом, що воно розподіляє їх на ряд ви-

падків, яким загрожує однакова небезпека, але в дійсності не наступила." [12, 18].

Професор Ідельсон В.Р., ще у 1907 році вбачав у страховій справі: "...такий вид господарської діяльності який отримує вигоду із страхових угод" [17, 3]. Економіст А.Манес вбачав у страхуванні "господарську організацію що діє на підставі взаємності з метою покриття випадкової майнової потреби." [19, 40].

Головним недоліком тих визначення страхування, які існують в юридичних та економічних наукових джерелах, є спроба поєднати під ім'ям "страхування" різні соціальні явища – страхування як економічну категорію, страхування як вид цивільних правовідносин, страхування як вид господарської діяльності, тощо.

Визначення страхування, яке за поданими ознаками більш всього збігається з поняттям страхової діяльності, навів професор Воблий К.Г. у своїй праці "Основи економії страхування" у 1925 році. На його думку, страхування це вид господарської діяльності на основі солідарності і відплатності, що має на меті покриття майбутніх потреб, які викликаються настанням випадкової і разом з тим статистично можливої події [12, 18].

Відсутність в правовому масиві України поняття страхової діяльності, не дивлячись на те, що даний термін широко використовується в нормативно-правових актах, що регулюють страхову діяльність, слід вважати прогалиною, на що вже зверталася увага у юридичній науковій літературі [20, 18-29; 23, 27-39].

Відповідно до ст. 333 Господарського Кодексу України (далі – ГК України) [1] страхування а також допоміжна діяльність у сфері фінансів і страхування відноситься до фінансової діяльності суб'єктів господарювання.

ГК України поняття фінансової діяльності не містить натомість, деякі нормативно – правові акти чинного законодавства України визначаються із поняттям фінансової діяльності. Так, Інструкція про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 27 грудня 2007 року № 480 [8] та Інструкція про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 7 грудня 2004 року № 598 [9] під фінансовою діяльністю розуміють діяльність, яка спричиняє зміни розміру та складу власного і запозиченого капіталу банку. Згідно Наказу Міністерства фінансів України від 28 грудня 2009 року № 1541 "Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку в державному секторі 101 "Подання фінансової звітності" [6] фінансовою діяльністю є діяльність, яка призводить до змін розміру і складу власного та позикового капіталу. У відповідності до Наказу Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 17 червня 2003 року № 157 "Про затвердження Методичних рекомендацій щодо впровадження національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку у сфері громадського харчування і побутових послуг, гармонізованих з міжнародними стандартами" [5] та Наказу Міністерства фінансів України від 31 березня 1999 року № 87 "Про Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 4 "Звіт про рух грошових коштів" [7] фінансовою діяльністю є діяльність, яка призводить до змін розміру і складу власного та позикового капіталу підприємства.

Викладене доводить, що поняття фінансової діяльності у наведених нормативно – правових актах є спеціальними і застосовується виключно для цілей вказаних актів законодавства та не відбивають особливостей та специфіки фінансової діяльності у сфері страхування, тобто діяльності у сфері надання страхових послуг.

Відповідно до п.9 ст.4 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" [2] послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення визнаються фінансовими послугами, які, згідно п. 5 ст.1 вказаного Закону є операціями з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Таким чином, можна казати про те, що страхування є фінансовою діяльністю у сфері надання специфічних послуг. При цьому, якщо звернутися до змісту ч.4 ст. 333 ГК України страхуванням у сфері господарювання є діяльність, спрямована на покриття довготермінових та короткотермінових ризиків суб'єктів господарювання з використанням заощаджень через кредитно-фінансову систему або без такого використання.

В Законі України "Про страхування" [3] страхування визначається лише, як вид цивільно-правових відносин (ст.1), але існує інший, не менш важливий аспект, це страхування у розумінні виду господарської діяльності завдяки, і в процесі якої зазначені правовідносини реалізуються безпосередньо.

Так, ст. 352 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [1] визначає страхування у сфері господарювання, як діяльність спеціально уповноважених державних організацій та суб'єктів господарювання (страховиків), пов'язана з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страхувальникам) щодо захисту їх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків), за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхувальниками страхових платежів.

Таким чином, у ч. 1 ст.352 ГК України під страхуванням розуміється особливий вид господарської діяльності з надання страхових послуг, шляхом захисту майнових інтересів страхувальників (фізичних або юридичних осіб) за рахунок спеціально створених грошових фондів (страхових резервів).

Тобто, йдеться про страхування як особливий вид господарської діяльності з надання страхових послуг – страхову діяльність.

Згідно ст.3 ГК України під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

При цьому, господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом. Господарська діяльність, що здійснюється без мети одержання прибутку є некомерційною господарською діяльністю.

З огляду на викладене слід наголосити, що страхову діяльність, в залежності від мети її здійснення, можна класифікувати на два види:

1) страхова комерційна діяльність (підприємництво), яка здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку;

2) страхова некомерційна діяльність, що може здійснюватись і без зазначеної мети.

Це обумовлює необхідність дослідити специфічні ознаки притаманні кожному із зазначених видів страхової діяльності.

З метою з'ясування суті **страхової комерційної діяльності**, її ролі і місця в економіці країни доводиться звертатися до ст.42 ГК України яка визначає підприємництво як це самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Безумовно, зазначене визначає основні засади страхової діяльності як виду підприємництва, але не зазначає ні змісту, ні правового механізму, ні гарантій належного здійснення страхової діяльності в Україні.

Специфіка страхової діяльності, доводить, що вона є особливим видом господарської діяльності, її результати реалізуються як товар на страховому ринку. Страхові організації (страхові компанії, перестрахові компанії) здійснюють вказану діяльність постійно і на професійній основі для задоволення майнових інтересів інших членів суспільства, з головною метою – отримання прибутку від операцій, які вони проводять, тобто від надання страхових послуг.

Спеціалісти страхової справи визначають страхові послуги як сукупність видів і умов страхування (що заходять свій відбиток у договорах та правилах страхування), які пропонуються страховими організаціями юридичним і фізичним особам. В загальному вигляді страховими послугами виступає діяльність, яка може виконуватись в інтересах страхувальників для забезпечення їх потреби у захисті майнових інтересів, що включає в себе такі елементи, як: можливість вибору конкретного виду [22, 15] і схеми страхування, способу сплати платежів і отримання страхового відшкодування (страхової суми), можливість внесення змін і доповнень до укладеного договору страхування і т.п. [16, с.476; 18, с.41].

Необхідно взяти до уваги той факт, що у правовій науці поняття послуг не є однозначним. Найбільш поширеною є думка, згідно з якою під послугою розуміється діяльність, що спрямована на задоволення різноманітних потреб, створення певних зручностей для громадян і юридичних осіб, результат якої не має упредметненого виявлення [32, с.21].

Стаття 1 п. 5 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" фінансовою послугою визнає операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Діяльність страхових організацій цілком підпадає під наведене означення, що дає підстави стверджувати, що страхова діяльність (справа) є видом діяльності по наданню специфічних послуг.

Світовий досвід доводить, що будь-яка послуга, в тому числі і страхова, досягає найбільшого ефекту в суспільстві тільки за наявності попиту і пропозиції. Тобто за наявності ринку певних послуг.

З огляду на те, що за способом здійснення страхова діяльність даного виду є підприємницькою, її суб'єкти повинні дотримуватися принципів і умов, які законодавство про підприємництво (загальні принципи) та теорія страхового права і законодавство про страхування (спеціальні принципи) висуває, до осіб, які мають намір її здійснювати.

Загальними принципами (визначеними ст.44 ГК України) виступають наступні: вільного вибору підприємцем видів підприємницької діяльності; самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору поста-

чальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, встановлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону; вільного найму підприємцем працівників; комерційного розрахунку та власного комерційного ризику; вільного розпорядження прибутком, що залишається у підприємця після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом; самостійного здійснення підприємцем зовнішньоекономічної діяльності, використання підприємцем належної йому частки валютної виручки на свій розсуд.

В якості спеціальних принципів можна визначити: принцип наявності майнового (страхового) інтересу; принцип найвищої довіри сторін; принцип наявності причинно-наслідкового зв'язку між збитком і подією, яка його викликала; принцип виплати відшкодування в обсягах реально-го збитку (відшкодування фактичних збитків) [21, 90].

Крім того, положення ГК України, щодо свободи здійснення підприємницької діяльності (ст.43), визначення організаційних форм здійснення підприємництва (ст.45), Загальних гарантій прав підприємців (ст.47) та відповідальності суб'єктів підприємництва (Ст.49) повністю розповсюджуються на осіб, які мають намір здійснювати страхову комерційну діяльність, з урахуванням положень спеціального законодавства України.

Можливість здійснення **страхової некомерційної діяльності** в Україні передбачена ст.14 Закону України "Про страхування", відповідно до якої, громадяни та юридичні особи з метою страхового захисту своїх майнових інтересів можуть створювати товариства взаємного страхування в порядку і на умовах, визначених законодавством України. Основні засади правового становища товариств взаємного страхування визначено Тимчасовим Положенням "Про товариство взаємного страхування", затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 1 лютого 1997 року №132 (Тимчасове положення) [4].

Відповідно до п.2 Тимчасового положення товариство взаємного страхування є юридичною особою-страховиком, що створюється відповідно до Закону України "Про страхування" з метою страхування ризиків членів цього товариства.

Законодавче закріплення положення того, що товариство взаємного страхування визнається юридичною особою, страховиком, свідчить, про те, що вимоги чинного законодавства України щодо створення, реєстрації, ліцензування, реорганізації та ліквідації страхових компаній повністю поширюються і на зазначені товариства.

Традиційно товариство взаємного страхування являє собою об'єднання фізичних та /або юридичних осіб, що створене на підставі угоди між ними з метою відшкодування в певних частках, відповідно до прийнятих на себе зобов'язань, збитків учасників [16, 67; 30, 77-78].

Відмінна риса страхових організацій даного типу полягає у тому, що вони не переслідують мети отримання прибутку із операцій, що проводять, оскільки страхують тільки майнові інтереси тих осіб, які є членами даних організацій. Однак, товариства взаємного страхування можуть здійснювати підприємницьку діяльність постільки, оскільки це слугує досягненню мети, для якої вони були створені.

Головною метою створення товариств взаємного страхування вважається підтримка своїх членів при настанні певної випадкової небезпеки та прагнення надати їм страхові послуги по можливості кращі і дешевші [11, 62].

Але на сьогоднішній день в Україні не діє жодного товариства взаємного страхування [15]. Попри це, за про-

гнозами спеціалістів, в Україні товариства взаємного страхування можуть із часом набути помітного розвитку.

Страховальниками товариства взаємного страхування можуть бути його члени, які можуть бути як юридичним, так і фізичними дієздатними особами.

Особливістю страхової діяльності будь-якого виду (страхової комерційної та страхової некомерційної) є поєднання приватних і публічних ознак, які що реалізуються при її безпосередньому здійсненні, і виявляється, зокрема:

1) при укладанні договорів добровільного страхування, і при проведенні обов'язкових видів страхування, що здійснюється на підставі прямої вказівки закону;

2) в процесі дотримання процедури державної реєстрації страховиків, яка є обов'язковою правовою дією, внаслідок якої вони отримують права юридичної особи;

3) в процесі дотримання процедури ліцензування страхової діяльності;

4) у наявності в державі системи органів державного нагляду за страховою діяльністю.

Наведені основні елементи з яких складається страхова діяльність, і які характеризують її як особливий вид господарської діяльності дозволяють сформулювати поняття страхової діяльності:

Страхова діяльність – це врегульована нормами права, здійснювана на підставі ліцензії господарська діяльність суб'єктів господарювання (страховиків), пов'язана з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страховальникам) за рахунок грошових фондів (страхових резервів), які формуються шляхом сплати страховальниками страхових платежів, щодо захисту їх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків)

З огляду на викладене вище, пропонуємо внести наступні зміни і доповнення до чинного законодавства України:

1. Змінити назву ст. 352 Господарського кодексу України шляхом викладення її в наступній редакції:

"Стаття 352. Страхова діяльність".

2. змінити ч.1 ст. 352 Господарського кодексу України шляхом викладення її в наступній редакції:

"Страхова діяльність – це врегульована нормами права, здійснювана на підставі ліцензії господарська діяльність суб'єктів господарювання (страховиків), пов'язана з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страховальникам) за рахунок грошових фондів (страхових резервів), які формуються шляхом сплати страховальниками страхових платежів, щодо захисту їх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків)".

3. доповнити ч.1 ст. 352 Господарського кодексу України абзацом другим наступного змісту:

"Страхова діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є страховою комерційною діяльністю (страховим підприємництвом). Страхова діяльність, що здійснюється без мети одержання прибутку є страховою некомерційною діяльністю."

В якості загального висновку слід зазначити, що негативний вплив світової фінансової кризи на економіку України закономірним чином позначився й на розвитку вітчизняного підприємництва. І в першу чергу мова йде про малий та середній бізнес, який не має достатніх резервних ресурсів та страхових інструментів для самостійного подолання кризового тиску [25, 159].

Проведене дослідження щодо необхідності визначення поняття, видів і ознак господарської страхової діяльності дозволяє зробити наступні **висновки**:

– страховій діяльності притаманні всі ознаки господарської діяльності;

– страхова господарська діяльність в залежності від мети її здійснення, класифікується на дві групи/ два види: 1) страхова комерційна діяльність (підприємництво); 2) страхова некомерційна діяльність;

– особливістю страхової діяльності будь-якого виду (страхової комерційної та страхової некомерційної) є поєднання приватних і публічних ознак при її здійсненні.

Перспективи подальших розвідок у цьому напрямку полягають у розробці цілісної науково – обґрунтованої теорії господарської страхової діяльності.

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – ст. 462. 2. Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №1. – ст. 1. 3. Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР "Про страхування" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78. 4. Тимчасове Положення "Про товариство взаємного страхування" затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 1 лютого 1997 року №132 // Офіційний вісник України. – 1997. – №6. – Ст.65. 5. Наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 17 червня 2003 року № 157 "Про затвердження Методичних рекомендацій щодо впровадження національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку в сфері громадського харчування і побутових послуг, гармонізованих з міжнародними стандартами" // Інформаційно-аналітична система "Ліга – закон". 6. Наказ Міністерства фінансів України від 28 грудня 2009 року №1541 "Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку в державному секторі 101 "Подання фінансової звітності" // Офіційний вісник України. – 2010 р. – № 7. – стор. 211. – ст. 352. 7. Наказ Міністерства фінансів України від 31 березня 1999 року №87 "Про Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 4 "Звіт про рух грошових коштів" // Офіційний вісник України. – 1999 р. – № 25. – стор. 349. 8. Інструкція про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 27 грудня 2007 року № 480 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 5. – стор. 18. – ст. 125. 9. Інструкція про порядок складання та оприлюднення фінансової звітності банків України, затверджена Постановою Правління Національного банку України від 7 грудня 2004 року № 598 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 52. – том 1. – стор. 336. – ст. 3456. 10. Бельх В. С., Кривошеєв І. В. Страхове право. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРИА-ИНФРА*М), 2002. – 224 с. 11. Біленчук Д.П., Біленчук П.Д., Залетов О.М.,

Клименко Н.І. Страхове право України. – К.: Атіка, 1999. – 368 с. 12. Воблый К.Г. Основы экономики страхования. – М.: Анкил, 1993. – 228 с. 13. Граве В.К., Лунц Л.А. Страхование. – М.: Госюриздат, 1960. – 176 с. 14. Енциклопедія страхування визначає страховий захист – як економічні, перерозподільні відносини, які складаються в процесі запобігання і відшкодування збитків, заподіяних конкретним об'єктам страхування // Енциклопедія страхування. – К. – УАФР, 2008 р. – 650 с. 15. Ермилов В. вказує, що історія створення і існування товариств взаємного страхування на терені сучасної України бере свій початок з жовтня 1899 року, коли в м. Одесі було створено перше товариство взаємного страхування "Одеське товариство взаємного страхування фабрикантів та ремісників від нещасних випадків з їх робітниками і службовцями" // Ермилов В. История и перспективы страхования от несчастных случаев (медицинский аспект) // Финансовые услуги. – 1998. – №5-6. – С.66-69. 16. Ефимов С.Л. Энциклопедический словарь. Экономика и страхование. – М.:Церих-ПЭЛ, 1996. – 528 с. 17. Идельсон В.Р. Страхование право. (лекции читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте на Экономическом Отделении, Страховом подразделении в 1907г.). – М.: Анкил, 1993. – 96 с. 18. Короткий словник страхових термінів / Укладачі: Т.А.Ротова, Л.О.Заволока, Т.Є.Терещенко. – К., 1997. – 63 с. 19. Манзс А. Основы страхового дела (Пер.с нем. М.П.Побединского) / под ред. М.И. Ушакова. – С.Пб.:Изд-е М.В.Кечеджи-Шаповалова, 1909. – 173с. 20. Пацурия Н. Б. Страхове право України : навч. посіб. / М-во освіти і науки України / Н. Б. Пацурия. – К. : Юрінком – Інтер, 2006. – 175 с. 21. Пацурия Н.Б. Концептуальні засади страхування: функції та принципи (правовий аналіз) // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – №12. – с.89-98. 22. Пацурия Н.Б. Правила страхування як основна правова форма закріплення умов добровільного страхування // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1998. – №7. – с.14-17. 23. Пацурия Н.Б. Правове регулювання страхової справи в Україні (організаційно-правовий аспект): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2000. – 217 с. 24. Пацурия Н.Б. Страхове право України: Навч. посібник / Н.Б. Пацурия. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 176 с. 25. Про стан та перспективи розвитку підприємництва в Україні: Національна доповідь / К.О. Ващенко, З.С. Варналій, В.Є. Воротін, В.М. Гець, Е.М. Кузьмелюк, О.В., Лібанова та ін. – К., Держкомпідприємств, 2008. – 226 с. 26. Рабинович П. М. Соціальна сутність прав людини: у світлі погребового підходу // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 1. – С. 3-14. 27. Серебровский В.И. Страхование. – М.: Финиздат НКФ СССР, 1927. – 144 с. 28. Страхование дело / под ред. Рейтмана Л.И. – М.:Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. – 524 с. 29. Страхування / під ред. Осадець С.С. – К.: КНЕУ, 1998. – 512 с. 30. Шахов В.В. Введение в страхование. Экономический аспект. – М.: Финансы и статистика, 1992. – 192 с. 31. Шахов В.В. Страхование – М.:ЮНИТИ, 1997. – 311 с. 32. Шминова М.Я. Основы страхового права России. – М., 1993. – 178 с. 33. Щербина В.С. Господарське право : підручник / В.С.Щербина. – 4-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 640 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

А. Лисенко, канд. юрид. наук, доц.

МІЖНАРОДНА СПІЛЬНОТА В БОРОТЬБІ З КОРУПЦІЄЮ

У статті розглядаються актуальні питання боротьби з корупцією шляхом узагальнення міжнародного досвіду і внесення відповідних змін в національне законодавство, відповідно до: "Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією", Конвенції Ради Європи "Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом".

Ключові слова: корупція, корупційний злочин, відповідальність за корупційні діяння, вимогання, публічна посадова особа, член представницького органу, посадова особа міжнародних організацій, іноземний арбітр, фінансові злочини, спеціальні органи, екстрадиція злочинців.

В статье рассматриваются актуальные вопросы борьбы с коррупцией путем обобщения международного опыта и внесения соответствующих изменений в национальное законодательство, в соответствии с: "Криминальной конвенцией о борьбе с коррупцией", Конвенцией Совета Европы "Об отмывании, поиске, аресте и конфискации доходов, полученных преступным путем".

Ключевые слова: коррупция, коррупционные преступления, ответственность за коррупционные деяния, вымогание, публичное должностное лицо, член представительского органа, должностное лицо международных организаций, иностранный арбитр, финансовые преступления, специальные органы, экстрадиция преступников.

In the article the pressing questions of fight are examined against a corruption by generalization of international experience bringing of corresponding changes in a national legislation, in accordance with: "Criminal convention about a fight against a corruption", Convention of CE "About washing, search, arrest and confiscation of profits, got a criminal way".

Keywords: corruption, corruption crime, responsibility for corruption acts, shakedown, public public servant, member of representative organ, public servant of international organizations, foreign arbiter, financial crimes, special organs, extradition of criminals.

Боротьба з корупцією є актуальною не тільки для України, але й для інших держав світу. Корупція в державі загрожує правопорядку, демократії, правам і свободам людини, негативно впливає на установлені в державі моральні засади чесності та соціальної справедливості, на стабільність системи державного управління та економічний розвиток держави в цілому. В Україні коруп-

ція досягла найвищого свого рівня, оскільки в інформаційних новинах самі високопосадовці відверто говорять, що українці змушені "плати", тобто давати хабарі за те, щоб було прийняте правомірне рішення у справі. Це вже межа чи вже поза межею здорового розуму чи розуміння подій, які відбуваються в державі.

Подолати це явище в одній окремо взятій державі практично неможливо, тому міжнародна спільнота стала об'єднувати свої зусилля, щоб більш успішно протистояти цим явищам. У 2003 році держави-члени Ради Європи прийняли **"Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією" (ETS 173)** та додатковий протокол до даної конвенції у 2006 році (ETS 191), які ратифіковані Верховною Радою України (*дивись Закон України №252-V(252-16) від 18.10.2006 р. – ВВР, 2006. – N50. – Ст.497-498*).

Згідно із Конвенцією, в національному законодавстві кожної держави має бути передбачена кримінальна відповідальність за умисне обіцяння, вчинення, пропонування, надання, або вимагання чи одержання будь-якою особою, прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-яким посадовим особам, для них особисто чи для інших осіб, з метою заохочення їх до виконання чи невиконання своїх службових обов'язків, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання будь-якої переваги з метою виконання чи невиконання ними своїх службових обов'язків. При цьому термінологічне поняття **"посадової особи"**, *суб'єкта злочину*, увібрало в себе змістове визначення "державного службовця", "публічної посадової особи", "мера міста", "міністра" чи "судді", відповідно до національного законодавства конкретної держави, а термін "суддя" в європейському законодавстві – включає і посади прокурорів та осіб, які обіймають посаду судді. У випадку судового переслідування державної посадової особи іншої держави – переслідуюча держава може застосовувати визначення посадової особи тільки у тій мірі, у якій це визначення відповідає національному законодавству особи, яка переслідується.

Змістовне поняття **"юридична особа"** (також *суб'єкт злочину*) означає будь-яке утворення, яке має такий статус за чинним національним законодавством, за винятком держав або державних органів, які здійснюють такі владні повноваження, а також міжнародних міждержавних організацій.

Окрім того, за аналогічні дії кримінальна відповідальність має бути передбачена і для членів національних представницьких органів, які здійснюють законодавчі чи виконавчі повноваження, а також іноземних державних посадових осіб та осіб, що є членами будь-якого представницького органу, який виконує законодавчі або виконавчі функції у будь-якій іншій державі.

Кримінальна відповідальність передбачена також і за умисне надання під час здійснення підприємницької діяльності обіцянки, пропонування, вимагання, дачі чи одержання, прямо чи опосередковано, будь-якої неправомірної переваги будь-яким особам, які обіймають керівні посади у приватних підприємствах або працюють на них у будь-якій якості, для них особисто чи для інших осіб, з метою заохочення їх до виконання чи невиконання наданих їм повноважень на порушення їхніх обов'язків.

Окрім того, кожна держава, яка підписала дану Конвенцію, самостійно вживає законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності за вищевказані корупційні дії щодо:

– посадових осіб міжнародних організацій, якщо в них задіяна будь-яка посадова особа або інший співробітник, який працює за контрактом чи за змістом положень **про персонал**, будь-якої міжнародної чи наднаціональної організації чи органу, членом якого є відповідна Сторона, та будь-якою відрядженою чи не відрядженою особою, яка здійснює повноваження, що відповідають повноваженням таких посадових осіб або співробітників;

– членів міжнародних парламентських асамблей за корупційні дії, якщо в них задіяні будь-які члени парламентських асамблей міжнародних або наднаціональних організацій, членом яких є відповідна Сторона;

– суддів і посадових осіб міжнародних судів, якщо в них задіяні будь-які особи, що обіймають посаду судді, або посадові особи будь-якого міжнародного суду, юрисдикцію якого визнала відповідна Сторона;

– кримінальної відповідальності за умисне вчинення, обіцяння, пропонування чи надання прямо або опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-якій особі, яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловживати впливом на прийняття рішень будь-якою вище вказаною особою, незалежно від того, чи така неправомірна перевага призначена для неї особисто чи для іншої особи, а також вимагання, одержання або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги за винагороду незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, чи призводить до бажаного результату.

Водночас держави-члени Ради Європи, які підписали дану Конвенцію, спрямовують свої зусилля і на боротьбу з відмиванням доходів, одержаних від корупційних злочинів, з урахуванням п.1-2 ст.6 Конвенції Ради Європи **"Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом"** (995-029) (ETS 141).

Також кожна держава зобов'язалась активно протидіяти фінансовим злочинам, впроваджуючи такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності у своєму національному законодавстві за нижченаведені умисні дії чи бездіяльність з метою вчинення, приховування чи маскування корупційних злочинів. Зокрема, щодо випускування чи використання рахунку або будь-якого іншого облікового документа чи запису, що містить недостовірну чи неповну інформацію, або ж не оформлення чи незаконне оформлення запису про сплату.

Сторони також зобов'язались увести в своє національне законодавство кримінальну відповідальність за допомогу у вчиненні чи підбурюванні до вчинення будь-якого із кримінальних злочинів, передбачених цією Конвенцією, а також визнати у своєму національному законодавстві підсудними кримінальні злочини, якщо:

а) злочини вчинено повністю або частково на її території;

б) злочинець є її громадянином, посадовою особою чи членом одного із її національних представницьких органів;

в) злочини вчинено однією із її посадових осіб чи одним із членів її національних представницьких органів.

Окрім запровадження кримінальної відповідальності для фізичних осіб, Сторони також домовились і про відповідальність юридичних осіб за передбачені цією Конвенцією кримінальні злочини, а саме: дачу хабара; зловживання впливом та відмивання доходів, вчинених на їхню користь будь-якою фізичною особою, яка діяла незалежно, або як представник того чи іншого органу юридичної особи, та яка обіймає керівну посаду у цій юридичній структурі, із використанням: представницьких повноважень даної юридичної особи; чи повноважень приймати рішення від імені юридичної особи; чи повноважень здійснювати контроль за діяльністю юридичної особи; за залучення такої фізичної особи до вищезазначених злочинів у якості співучасника чи підбурювача. При цьому, відповідальність юридичної особи за фінансові та корупційні злочини, не виключає кримінального переслідування фізичних осіб, які вчиняють кримінальні злочини, передбачені Конвенцією, підбурюють до них або беруть у них участь.

З огляду на тяжкий характер кримінальних злочинів, передбачених даною Конвенцією, кожна Сторона зобов'язалась запроваджувати ефективні, адекватні та стримуючі кримінальні та некримінальні санкції й заходи, а у разі вчинення таких злочинів фізичними особами – позбавлення волі із подальшою можливістю екстрадиції. Також кожна Сторона вживає законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення можливої конфіскації чи вилучення засобів вчинення кримінальних злочинів і доходів, отриманих від злочинної діяльності, чи власності, вартість якої відповідає таким доходам.

Враховуючи загрози, які несе корупція державними інтересам, та з метою підвищення ефективності боротьби з цими явищами, Сторони вважають, що у структурі органів, які здійснюють боротьбу зі злочинністю, мають бути створені спеціальні органи, які повинні мати необхідну самостійність, згідно з основоположними принципами правової системи кожної держави, бути укомплектованими відповідно підготовленим персоналом, мати фінансові ресурси, достатні для виконання поставлених завдань, та здійснювати свої функції ефективно і без будь-якого невинновданого тиску з боку національних владних органів. Конвенцією передбачається створення відповідних умов співпраці національних державних органів та спеціальних органів по боротьбі з корупцією. Органи державної влади чи будь-які посадові особи, відповідно до національного законодавства, повинні з власної ініціативи повідомляти спеціальні органи по боротьбі з корупцією про випадки корупційних діянь чи про достатні підстави вважати, що в діях певних осіб є ознаки корупційних злочинів, передбачених цією Конвенцією, а також на запит спеціальних органів надавати будь-яку необхідну інформацію.

Держави зобов'язались визначити заходи, які сприяють збиранню необхідної інформації та відповідних доказів скоєного злочину, а також конфіскації доходів, одержаних злочинним шляхом. До таких заходів, передбачених національним законодавством, відносяться:

- застосування спеціальних слідчих методів, які забезпечують можливість встановлювати, вистежувати, заморожувати та арештовувати засоби та доходи, отримані корупційним шляхом, чи власності, вартість якої відповідає таким доходам;
- суддям або іншим компетентним органам надати право виносити постанови про доступ до банківської, фінансової чи іншої комерційної інформації або про вилучення такої інформації, при цьому банківська таємниця не може перешкоджати здійсненню цих заходів;
- передбачити заходи належного та ефективного захисту помічників правосуддя – тих, хто повідомляє про кримінальні злочини або в інший спосіб співпрацює з органами слідства, а також свідків, які дають показання стосовно цих злочинів.

Ефективність боротьби з корупцією та організованою злочинністю неможлива без тісної співпраці між державами, яка ґрунтується на основі міжнародних договорів про співробітництво у кримінальних справах чи взаємних домовленостей про допомогу у розслідуванні кримінальних злочинів чи переслідуванні злочинців. Взаємна допомога передбачає швидкі дії щодо запитів, що надходять від національних чи спеціальних органів, які відповідно до чинного законодавства, мають право розслідувати кримінальні злочини чи переслідувати злочинців. При цьому у наданні взаємної правової до-

помоги може бути відмовлено, якщо, на думку запитованої Сторони, задоволення запиту може зашкодити її основоположним інтересам, національному суверенітету, національній безпеці чи громадському порядку. Водночас, сторони не можуть застосовувати правило таємниці банківських операцій, як підставу для відмови у співробітництві. Якщо це передбачено національним законодавством, то Сторона, яка запитує, може вимагати, щоб запит про зняття банківської таємниці, скріплювався дозволом відповідного судді чи іншого судового органу, включаючи і державних обвинувачів, що займається розслідуванням даної кримінальної справи.

Міжнародне співробітництво передбачає й екстрадицію злочинців. Відповідно до п.2 ст.27 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, Сторона, що отримує запит про екстрадицію іншій Стороні з якою вона не має чинного договору про екстрадицію, може вважати цю Конвенцію правовою основою для видачі злочинців, а у стосунках між собою визнавати кримінальні злочини такими, що тягнуть екстрадицію. Екстрадиція може здійснюватись і відповідно до чинного національного законодавства запитованої Сторони чи взаємних договорів, якими може бути передбачена відмова у екстрадиції виключно на підставі громадянства правопорушника, або ж коли запитована Сторона вважає, що вона має юрисдикцію над таким злочином і може передати справу до своїх компетентних органів для переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні корупційного злочину. Також Сторони без попереднього запиту, можуть надіслати одна одній інформацію про виявлені факти, якщо вони вважають, що повідомлення такої інформації може допомогти іншій Стороні у порушенні чи проведенні розслідування кримінальних злочинів, визначених цією Конвенцією.

Додатковим протоколом до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією передбачається впровадження в національне законодавство держав кримінальної відповідальності **"арбітра", "іноземного арбітра"** (особи, яка в силу арбітражної угоди запрошена винести рішення, яке має обов'язкову юридичну силу у арбітражному спорі), **"присяжного засідателя"** – (особи, яка діє як член колегіального органу, або має визначити вину обвинувачуваної особи у ході судового процесу) за умисне обіцяння, пропонування чи надання будь-якою особою, прямо чи опосередковано, будь-якої неправомірної переваги арбітру, який здійснює свої функції відповідно до арбітражного законодавства даної Сторони, для нього особисто чи для інших осіб, з метою заохочення його до виконання чи невиконання своїх функцій; за умисне вчинення, вимагання чи одержання арбітром, який здійснює свої функції відповідно до арбітражного законодавства Сторони, прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги, для нього особисто чи для інших осіб, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги з метою виконання чи невиконання ним своїх функцій.

Таким чином, лише об'єднавши зусилля міжнародної спільноти шляхом вдосконалення національного та міжнародного законодавства, створення на національному та міжнародному рівнях спеціалізованих структур, які фінансово, матеріально-технічно та професійно забезпечені всім необхідним – можна сподіватись на ефективну боротьбу з корупцією та організованою злочинністю.

Надійшла до редколегії 07.06.10

РИМСЬКЕ ВИЗНАЧЕННЯ ШЛЮБУ У ВІЗАНТІЙСЬКОМУ ПРАВІ

В статті розглядаються теоретико-методологічні аспекти лінгвістично-юридичної та історико-правової ідентифікації римського визначення шлюбу у візантійській правовій системі.

Ключові слова: Візантія, право, шлюб, християнські цінності, методологія.

В статье рассматриваются теоретико-методологические аспекты лингвистическо-юридической и историко-правовой идентификации римского определения брака в византийской правовой системе.

Ключевые слова: Византия, право, брак, христианские ценности, методология.

The article deals with theoretical and methodological aspects of linguistically-legal and historical-law identification of the Roman definition of marriage in the Byzantine legalistic system.

Key words: Byzantium, law, marriage, Christian values, methodology.

Дослідження тієї чи іншої галузі візантійського права необхідно починати з поєднання трьох правових традицій: римської правової системи, греко-елліністичних інститутів права та юридичних явищ правової культури етнічних спільнот внутрішнього та зовнішнього "Орієнту" Візантійської імперії. Їх синтез та еволюція на основі християнських цінностей та принципів правової каноністики виражає ціннісно-юридичну суть візантійського права. Графічно це можна зобразити у вигляді головного християнського символу – хреста. Горизонтальна лінія символізує, у нашому випадку, синтез названих традицій, натомість вертикальна – рух візантійської юриспруденції до християнського правового ідеалу. Якщо перша тенденція виявляла себе на іманентному, фактично обмеженому рівні, то друга, маючи безпосередній вплив на якість права, виражала трансцендентний характер цінностей християнства в еволюції візантійського права.

Внутрішні зміни правової системи Візантійської імперії відбувалися в процесі суспільно-історичної еволюції, напруги й тенденції якої, починаючи з IV ст., переважно визначалися (в аксіологічному сенсі) християнськими цінностями та юридичними принципами канонічного права. Починаючи з VIII ст. візантійське право, як свідчить "Еклога" імператора Лева III, уже цілком розвивалося на морально-ціннісних засадах християнства [45, с. 57]. Таким принциповим змінам сприяла низка сакральних, соціальних та етнодемографічних факторів: прийняття на Вселенських соборах основних догматів Вселенської Церкви [24, с. 9-10; 25, с. 115-126]; систематизація норм канонічного права (на "Трульському" "п'ято-шостому" соборі 691 р.) [34, с. 430-599]; суттєва зміна соціальної структури суспільства з тенденцією до егалітаризму [23, с. 160-162; 42, с. 80-81]; якісно нові етнодемографічні імміграційні процеси [3, с. 87], що сприяли більш інтенсивному закоріненню християнських цінностей серед "неофітів"-іммігрантів, порівняно з міським греко-елліністичним населенням Візантії [22, с. 56-59; 42, с. 79; 20, с. 376]; боротьба іконобоців та іконошанувальників [27, с. 407-426] та ін. Усі основні історичні фактори, відтворені нами з відповідних джерел, стали критичною масою, яка в реальному житті візантійського суспільства не мала однолінійного характеру і телеологічного спрямування, але згодом привела до якісно нових, цілком християнських ментальних орієнтацій населення Візантійської імперії.

Тому усвідомлення юридичної природи норм, інститутів та "галузей" візантійського права змушує дослідників використовувати гносеологічні можливості різних теоретичних напрямів юридичної науки та адекватну дослідницьку методологію.

В першу чергу це стосується шлюбного права Візантії, оскільки в процесі історичної еволюції, воно зазнало найбільш значних аксіологічних та нормативно-правових змін. Цей процес тривав від часів Медіоланського едикту (313 р.) Константина Великого [5, с. 48-255], який легалізував християнську Церкву і започатку-

вав процес християнізації права "Ромейської імперії", і до її падіння (1453 р.). Найбільш активна фаза становлення доктрини християнського шлюбу, як свідчать численні джерела, припадає на IV-VIII ст., а формативний період – VIII – XV ст. Таким чином, в результаті правотворчості діячів Церкви, візантійських каноністів та імператорських юристів вперше в історії християнських країн була сформульована правова доктрина та система візантійського шлюбного права, яка виражала правові ідеали християнського шлюбу.

Цілком природно, що процеси та правові явища, абстраговані у викладеному твердженні дедуктивного характеру, викликають значний дослідницький інтерес. Актуальність шлюбного права першої християнської держави – Візантії – полягає й у тому, що у цій країні ще у VIII ст. була сформована правова доктрина сімейно-шлюбних відносин на принципах, які були реалізовані в інших державах лише у добу новітньої історії [3, с. 140-162; 15, с. 74, 84, 89].

Виходячи з методологічного положення про першочергову необхідність аналізу понятійно-категоріального апарату, дослідження шлюбного права Візантії необхідно починати з визначення та розкриття змісту основних юридичних понять. Про актуальність такого методологічного підходу йшлося ще у XIX ст. [10, с. 10]. Особливий інтерес викликають теоретичні визначення візантійського права, які впродовж тисячолітньої історії Візантійської імперії та історії християнських держав мали нормативно-регулятивне значення, набуваючи поступово християнського ціннісного забарвлення. Прикладом такої екзегези є **визначення шлюбу Модестіна** – останнього представника класичної римської юриспруденції. У Римській імперії, як зазначив німецький романіст Юліус Барон, воно не було принципово проведено. Натомість, завдяки еволюції ментальних установок в добу християнізації права це визначення стало більш відповідним суспільним реаліям першої християнської імперії – Візантії.

Слід зазначити, що звернення до римської правової традиції, нормативних приписів, юридичних понять та категорій при дослідженні візантійського права є загальним правилом, оскільки вони (норми, поняття, категорії) у більшості випадків залишилися юридично-технічною основою візантійської правової системи.

Звичайно, розкриття змісту юридичних понять, зокрема, визначення шлюбу з сентенції римського юриста, необхідно починати та здійснювати за методикою доктринального аналізу та тлумачення понятійно-категоріального апарату:

- **філологічне** (лексичне та синтаксичне) *тлумачення* у нашому випадку є важливим при використанні методів перекладу сентенції Модестіна з латинської, грецької та старослов'янської мов;

- **логічне** (догматично-юридичне) або *систематичне тлумачення* встановлює внутрішній зміст та зв'язок даної сентенції з дотичними до неї нормами та визна-

чає її місце в системі шлюбно-сімейного права. Тобто йдеться внутрішню та зовнішню логіку у контексті догматично-юридичної візії відомого визначення;

- *історичне (історико-правове) тлумачення* полягає у з'ясуванні причин походження поняття шлюбу Модестіна, визначенні зв'язків з попереднім станом законодавства і права, а також встановленні його відповідності змінам суспільного життя, що відбулися під час появи або нової актуалізації даної норми. Необхідність історичного тлумачення зумовлена також тим, що часто концепція нового закону повністю визначається принципами попереднього [18, с. 66].

Разом з тим, щоб зрозуміти правовий зміст нормативного визначення шлюбу римського юриста у різні епохи історії Візантії (що *являється дослідницькою метою статті*), недостатньо традиційного в юриспруденції догматичного аналізу, в основі якого лежить формально-юридичний метод. Це стосується й абсолютизації інших напрямів юриспруденції. Не підлягає сумніву, що жодна спроба "вибіркового" використання дослідницьких методів догми, філософії чи соціології права не зможе забезпечити системного бачення предмету дослідження [8], тим більше, в контексті його еволюції. Лише "інтегральний підхід", тобто усвідомлення гносеологічного значення різних напрямів праворозуміння та використання відповідних методів дослідження, є оптимальним та особливо актуальним для історика права. Прикладом доцільності використання інтегральних підходів є суперечлива ситуація, коли ті ж самі визначення юридичних понять у процесі суспільної еволюції поступово набувають нового ціннісно-нормативного смислу. Звісно, поєднання методів різних напрямів юридичної науки дасть нам можливість простежити, як незмінна впродовж століть форма правового припису набирала нових юридичних рис. Окрім того, націлюючись на пізнання правового явища через аналіз визначення відповідного поняття для вирішення поставленої наукової проблеми, необхідно використати відповідні методи історії права та методіку історико-правових перекладів. Залучення усіх згаданих теоретико-методологічних аспектів дослідження необхідно для того, щоб найбільш адекватно історичним реаліям Візантії розкрити юридичний зміст римського визначення шлюбу у візантійському законодавстві, його нормативно-регулятивну роль та функції, особливості предмету та методу правового регулювання.

Для вирішення поставленої наукової проблеми спочатку з'ясуємо витoki визначення шлюбу, що з'явилося в кінці класичного періоду історії римського права. При цьому необхідно взяти до уваги найбільш принципові історичні обставини його походження: 1) генетичний зв'язок римської та візантійської правових традицій; 2) збереження більшості римських правових інститутів в системі візантійського права; 3) поступовий занепад античних сакральних цінностей, що у свій час визначали тенденції розвитку римської юриспруденції; 4) інфільтрація християнських суспільних ідеалів перед визнанням легітимності християнської Церкви в середовищі не тільки соціальних низів, але й еліти суспільства. Прикладом відображення християнських цінностей в праворозумінні пізньоримських юристів є, на наш погляд, вираз знаменитого римського юриста Ульпіана: "... Згідно природному праву усі люди між собою рівні" (D. 50.17.32). Тому цілком можливо припустити, що сукупність цих причин викликала потребу в формально-нормативному визначенні поняття шлюбу.

Необхідно зазначити, що окрім визначення шлюбу Модестіна, в римській правовій традиції було декілька однорідних за юридичним змістом сентенцій, що увійшли у ранньовізантійські (римо-візантійські) та візантійські

збірки права. Попередником Модестіна у визначенні поняття шлюбу був його вчитель, знаменитий римський юрист Domitius Ulpianus [39, с. 13; 12, с. 17, 73-75]. Згодом його сентенція у формі зауваги про шлюб увійшла у Дигести Юстиніана: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (D. 50.17.30). Сучасний російський переклад під редакцією проф. Кофанова має наступну форму: "Браки создаются не сожительством, но согласием (сторон)" [14, с. 529]. Зважаючи на традиційний лаконізм латини та стилістику української мови доцільно, на нашу думку, дану сентенцію перекласти так: **шлюб є не тільки інтимне співжиття, а перш за все консенсус** (згода, взаєморозуміння, лад, договір, угода і т. ін.) *подружжя*. Використані нами вставні слова – "є", не "тільки", "перш за все" та іменник "подружжя", який визначає суб'єктів у стані шлюбу – формально відсутні у тексті оригіналу, але цілком допустимі як з позицій юриспруденції, так і літературної форми. Вони впливають із змісту латинської сентенції і є необхідними для літературної форми українського перекладу. Натомість римлянин не називає суб'єктів шлюбу та не вживає різні пояснювальні слова, позаяк усе це витікає з відповідної лексично-синтаксичної форми латинської сентенції.

Вказане визначення шлюбу не стало універсальним, оскільки лиш частково відобразило основні риси даного інституту. Однак у ньому фіксується правовий принцип, який передбачає розширення рамок античних ментальних стереотипів, відповідно до яких основна функція сім'ї – це збереження та продовження роду. В усі часи давньоримської історії, навіть після визнання легітимності християнства, на жінку дивились як на об'єкт сексуальних задовольнень та репродуктивний механізм сім'ї [4], оскільки цінність інститутів роду та патріархальної сім'ї мала важливе значення в житті давньоримського суспільства [32, с. 41; 39, с. 169-184, 184-188].

Попри відомий лаконізм римських правових визначень сентенція Ульпіана неначе відобразила дві протилежні правові доктрини шлюбу, протиставляючи традиційний та новий погляд на юридичний зміст подружнього життя. Після "Медіоланського едикту" 313 р. вона потрапила на поживний ґрунт християнських цінностей і увійшла в найбільш популярні та репрезентативні збірки візантійського права – Прохирон, Василіки та Шестикнижжя Костянтина Арменопуло. Окрім того, пояснення основного принципу шлюбу пізньоримського юриста потрапило у Синтагму Матвія Властаря – енциклопедію канонічного права Візантії, що увібрала значний пласт норм імператорського законодавства. Шлях для збереження та поширення сентенції Ульпіана в імперії та за її межами очевидно був прокладений грецькими збірками візантійського права. Це підтверджує порівняльний аналіз римського та грецького тексту сентенції.

Так, у Дигестах, як уже підкреслювалось, сентенція Ульпіана подається відповідно латинській термінології, синтаксису та у лаконічній формі (*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*). Натомість у "Шестикнижжі" (1345 р.) Костянтина Арменопуло (як і в його російському перекладі 1831 р.) з'являється стилістично інша версія сентенції Ульпіана: **"Заклучение брака не состоит в совокуплении мужа с женою, но в их согласии взаимном"** (рос.), у якій за змістом римського автора ще чіткіше проглядається християнська основа. По суті, Костянтин Арменопуло, побудувавши свою концепцію перекладу з латини не на протиставленні, а на доповненні, розглядає сентенцію Ульпіана як таку, що визначає *основну умову шлюбу – згоду і угоду наречених*. Саме про це йдеться у примітці до низки норм дотичних до поняття шлюбу, яка належить, очевидно,

останньому візантійському систематизатору права [1, с. 18-19; 29, с. 243]. Текст сентенції Ульпіана формально не змінювався в наступних джерелах візантійського права, але їх стилістика, яка не суперечила першоджерелу, цілком відповідала християнській правовій доктрині. Особливо це помітно в Синтагмі Матвія Властаря, який з огляду на специфіку свого твору замінив поняття "совокупление" (рос.) на "разделение супружеским ложем" (рос). Його переклад з латини на грецьку (1335 р.) та відповідна стилістична редакція окремих нормативних положень, зокрема сентенції Ульпіана [*Брак состоит не в том, чтобы муж и жена разделяли ложе между собою, но в супружеском их согласии* (рос.) [28, с. 103], є найбільш консквентним вираженням християнської ціннісно-правової парадигми. Основним парадигматичним поняттям даної сентенції є лексема **взаєморозуміння (згода) подружжя**.

За ціннісно-правовим змістом сентенція Ульпіана стала передвісником нормативного визначення шлюбу Модестіна, останнього представника класичної римської юриспруденції. Вона цілком відповідала християнським цінностям шлюбу, які у ранньовізантійський період активно, але певний час безуспішно пропагували отці Церкви [4]. Очевидно, не випадково учень Ульпіана Модестін [39, с. 114] став творцем нормативного визначення шлюбу, яке увійшло у джерела візантійського права, а сентенція Ульпіана, як більш лаконічна і така, що була відображенням лише одного правового принципу визначення шлюбу, увійшла у зміст сентенції Модестіна.

Історія її походження та залучення до законодавства першої християнської ("Ромейської") імперії пов'язана з особливостями становлення та розвитку візантійської правової культури. Отже, найбільш повне, нормативно-правове визначення шлюбу у римській юриспруденції сформулював (між 226 – 244 рр., у 1-й книзі десяти томного видання "Правил") відомий римський юрист кінця класичного періоду *Herenius Modestinus* [12, с. 17, 78-79]. Згодом знаменитий візантійський юрист *Tribonianus* (очільник авторського колективу, що здійснював систематизацію нормативних джерел *Corpus iuris civilis*) вніс визначення шлюбу римського юриста у Дигести Юстиніана (527-565 рр.) (1-й фрагмент 2-го титулу 23-ї книги: *дали – D. 23.2.1*). Пізніше сентенція Модестіна увійшла в канонічні джерела права, що надало їй сакральності та перспективу залучення до законодавства Візантійської імперії та усіх християнських країн. Необхідно зауважити, що її юридична сила у канонічному праві ґрунтувалась на відповідності правовій доктрині церковного шлюбу (Номоканон патріарха Фотія, тит. XII, гл. 13). На межі IX-X ст. визначення шлюбу Модестіна увійшла у юридичні збірники імператорів Македонської династії: Ісагогу, Василіки [44, с. 283], Прохірон [19, с. 931] та їх численні переробки. Прохірон – "Ручна книга законів" імператора Лева Мудрого (886-912) – це компактний збірник візантійського права, помилково віднесений дослідниками (у XIX ст.) до періоду правління засновника Македонської династії Василія I (867-886) [29, с. 178-179]. Саме завдяки практичності Прохірону сентенція римського юриста стала відома у правознавчих колах Візантії та за її межами [40, с. 48-71]. Наприкінці існування Візантійської імперії сентенція Модестіна увійшла у "Синтагму" Матвія Властаря [28, с. 103] (1335 р.) – енциклопедичне видання з канонічного права та у кодифікований збірник усього візантійського права – "Шестикнижжя" Костянтина Арменопуло (1345 р.) [1, с. 15].

У зв'язку з цим виникає аксіологічно-гносеологічна проблема відповідності сентенції Модестіна двом протилежним за ціннісною основою правовим парадигмам:

антично-римській та християнсько-візантійській. З'ясування цього питання є одним з головних завдань даної статті, яке вирішується в контексті доктринального тлумачення даного нормативного визначення. Тому поруч з сукупністю юридичних методів дослідження (юридичного позитивізму, соціології та філософії права) відповідний аналіз включає філологічні, логічні та історичні аспекти *доктринального тлумачення* [18, с. 161-162].

Отже, відповідно до методики аналізу юридичних норм та понять права необхідно спочатку вдатися до їх філологічного тлумачення. Однак у нашій ситуації мова йде не про філологічне тлумачення українського чи генетично спорідненого з ним тексту на староукраїнській або церковно-слов'янській мові, а про філологічний аналіз латинських та грецьких текстів. При чому кожне поняття на латині чи грецькій мові має декілька відповідників на українській мові. Тому при наявності різних варіантів лексичних одиниць, перекладених з мов оригіналу, перед дослідником виникає філологічно-юридична проблема. У зв'язку з цим, слід зауважити, що філологічно-юридична проблематика ще не знайшла належного місця у сучасних вітчизняних правознавчих дослідженнях. Втім, ідея поєднання дослідницьких методів філології та юриспруденції давно апробована у науковій літературі [23, 161-162], але її актуальність не втрачена, оскільки тісно пов'язана з методологією історико-правових досліджень. У цьому контексті цілком слушно висловив свою думку сучасний німецький дослідник, перекладач Дигест А. Ваке: "Окрім філологічних проблем, ми часто стоїмо перед значними проблемами юридичного тлумачення, що очікують свого вирішення" [7, с. 30]. На наш погляд, зв'язок обох тлумачень має амбівалентний характер: філологія залежить від юриспруденції і навпаки. Отже, усі названі методологічні аспекти необхідно врахувати при аналізі оригіналу та його перекладів. У нашому випадку це необхідно для того, щоб з'ясувати питання відповідності варіантів перекладу сентенції Модестіна правовим доктринам різних історичних періодів: III-го ст. (публікація в оригіналі), VI-го (в Дигестах Юстиніана) та IX-X-го століть (візантійські зводи).

Принципове значення при дослідженні поставленої проблем має з'ясування походження та обставин використання сентенції Модестіна. Зокрема, це важливо при перекладі з мови оригіналу і необхідно для того, щоб впоратись з впорядкуванням поліваріантної (за змістом і часом виникнення) перекладної лексики, адекватної принципам юриспруденції та філології. "Відтворення юридичних текстів двохтисячолітньої давності на сучасну мову, – зауважив німецький дослідник, – являє значну складність. Зокрема, це зумовлено тим, що термінологія Дигест не являється послідовною, а ядро будь-якого юридичного поняття оточене численними варіантами, що не мають термінологічного значення" [7, с. 38]. Тому у процесі аналізу оригіналу в контексті певного варіанту перекладу сентенції Модестіна необхідно взяти до уваги принципи, специфіку та труднощі перекладу Дигест.

У зв'язку з цим, викликають інтерес і наступні застереження А. Ваке: "... Якщо ти гадаєш, що зрозумів текст, написаний іноземною мовою, то немає гарантії, що ти здатен правильно передати виражену у ньому думку рідною мовою. Адекватне відтворення багатоманітного ходу думки на аркуші паперу вимагає кропіткої праці [*пер. з рос. – Л.Д.*] [7, с. 31]. З огляду на висловлене цілком зрозуміло, що традиційний у юриспруденції догматично-юридичний аналіз є необхідним, але далеко недостатнім для розкриття юридичного змісту того ж поняття у різних суспільно-історичних умовах. Разом з тим, цілком очевидно, що ми повинні враховувати не

тільки цінності епохи та соціальні реалії в філософсько-історичних інтерпретаціях визначення шлюбу, які сприятимуть вибору певного варіанту лексики при перекладі, але й встановити відповідність цих словникових понять корелятивній "філолого-юридичній системі" всередині самої сентенції. Отже, в оригіналі вона має наступну форму, яка виражає відповідний правовий зміст: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feinae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication*" (D. 23.2.1). Автори перекладу 23 книги повного видання Дигест російською мовою (перекладач – к.і.н. Щеголев, науковий редактор – к.ю.н., доц. Є.В. Кулагіна, загальна редакція к.і.н., д.ю.н. Л.Л. Кофанова) запропонували наступний переклад визначення шлюбу Модестіна [*подаємо переклад мовою перекладів та оригіналів*]: "**Брак есть супружеский союз мужа и жены, общность всей жизни, единение божественного и человеческого права**" [13, с. 275]. В цілому перекладена сентенція відповідає вимогам логіки, філології (лексики та синтаксису) та юриспруденції. Очевидно, дещо незвична стилістика перекладу, а саме таких словосполучень як "єднання ...права", "общность всей жизни" (рос.) була необхідною для збереження юридичного смислу та літературної форми. Враховуючи відповідність лексики оригіналу та перекладу можна стверджувати, що перекладена сентенція – це результат допустимого компромісу між філологією та юриспруденцією. Стосовно юридичного змісту та практичного значення визначення шлюбу Модестіна відомий німецький юрист Юліус Барон зауважив, що воно (*визначення*) "в римському праві послідовно не проведено" [2, с. 821]. Тобто сентенція Модестіна не вписувалась у систему римського права класичного, післякласичного та юстиніанівського періодів. В першу чергу її суть не відповідала дохристиянській, античній парадигмі римського права та у значній мірі духу права доби Юстиніана.

В даному перекладі є ще один філологічний (лексичний) нюанс: наявність пояснювального слова "супружеский" (рос.), якого немає в оригіналі. Відсутнє воно також у перекладі І. Перетерського. Відомий знавець римського права та перекладач Дигест запропонував наступний варіант перекладу сентенції: "**Брак есть союз мужа и жены, (далі тотожно перекладу під ред. Кофанова) общность всей жизни, единение божественного и человеческого права**" (рос.) [11, с. с. 530]. З формального боку рацію мав І. Перетерський, оскільки він використав кількість слів тотожних оригіналу, уникнувши пояснювальних лексем, і не порушив ні філологічного, ні юридичного смислу сентенції відсутністю прикметника "супружеский" (рос.), оскільки лексема "шлюб" цілком пояснює характер "союзу" його суб'єктів. Як зауважив А. Вакє, "буквальний переклад, максимально близький до тексту, являється кращою послугою читачу" [7, с. 36], тобто історика чи теоретика права.

Кожний переклад, що не виходить за межі можливо-го, тобто принципів перекладу, збагачує інтерпретацію сентенції римського класика. Втім, наше завдання і полягає в тому, щоб залучаючи різні варіанти перекладів, розкрити її юридичний зміст та з'ясувати доцільність використання у візантійському законодавстві.

У цьому сенсі науковий інтерес викликає переклад сентенції Модестіна видатного романіста, представника німецької юриспруденції Юліуса Барона (1834 – 1898). Російський переклад його фундаментальної праці "Система римского гражданского права" (рос.) здійснив на початку XX ст. засновник психологічного та соціологічного напрямку в юридичній науці проф. Лев Петражицький [16, с. 275]. Переклад сентенції римського класика у Барона – Петражицького отримав наступну форму: "**Брак есть соединение мужчины и женщины, для нераз-**

дельного общения жизни и права" [2, с. 821]. Як бачимо, і юридичний зміст, і філологічна форма цілком узгоджені. Очевидно, цей варіант перекладу стилістично найбільш довершений і в формально-юридичному (догматичному) сенсі не викликає принципових заперечень. Однак, друга частина сентенції характеризується вільним, недослівним перекладом, а саме відсутністю одного з принципів поняття оригіналу. У зв'язку з цим варто звернути увагу на загальний принцип перекладу іноземного тексту: *перекладач не має права щось опускати, він повинен правильно передати всі подробиці, а якщо іноземне слово можна тлумачити порізно, перекладач повинен вибрати найбільш відповідне контексту слово* [7, с. 32]. Для "аналітичної догматики" переклад Барона-Петражицького – цілком задовільний, оскільки в цілому виражає правовий зміст оригіналу. Натомість для історика права важливе значення мають усі деталі, що висвітлюються при кожному перекладі, оскільки кожна з них містить певне семантично-сміслові навантаження, важливе для з'ясування особливостей регулятивно-правового механізму сентенції, його практичного значення та відповідності чи невідповідності тій чи іншій системі цінностей.

Сучасний російський романіст-аналітик Дмитро Дождев запропонував наступний переклад сентенції Модестіна: "**Брак – это единение мужа и жены и объединение всего в жизни, соединение по божественному и человеческому праву**" [17, с. 291]. На наш погляд, у Дмитра Дождева досить вдале поєднання філології з юриспруденцією, що цілком відповідає нормам методики перекладу, оскільки автор при певній зміні смислового навантаження понять останньої частини сентенції уник перекручення правового змісту оригіналу.

Наближену до обох, "середню" позицію між варіантами Перетерського – Кофанова та Дождева зайняв Є.А. Флейшиц (у підручник під ред. І.Б. Новицького та І.С. Перетерського), який зауважив: "**Модестин определил брак, как союз мужа и жены, объединение всей жизни, общение в праве божественном и человеческом**" [35, с. 128]. Отже, три поняття, що ототожнюють або відрізняють останній варіант перекладу від інших, наступні: **союз, объединение (всей жизни), общение (в праве бож. и чел.)**. Поняття "союз" співпадає з перекладом Кофанова та Перетерського, "объединение" як у Дождева, а "общение" з третьою частиною сентенції у Барона-Петражицького, але в Барона "спілкування" ("общение") життя та права" без прикметника "божественного", а у Флейшица – "спілкування в праві божественному та людському". В зв'язку з цим варто зауважити, що "общение" (рос.) в праві є цілком природним явищем, а дана лексема більш відповідає оригіналу, ніж поняття "єднання", але (!) для цього необов'язково одружуватись. У самого ж Перетерського, як уже зазначалось, маємо "єднання божественного та людського права", що цілком відповідає традиції канонічного права, відображаючи християнську правову парадигму [31, с. 226].

У чому ж причина відмінностей між різними перекладами сентенції Модестіна? По-перше, відчувається відмінність перекладів з латинського оригіналу та з грецьких протографів. По-друге, наявними є різні уявлення про відображення сентенцією неоднакових за оцінками романістів суспільних умов. По-третє, відображення в перекладах різних ціннісних орієнтацій і відповідне використання словникових слів-синонімів, які мають певні ціннісно-правові відтінки. Існуючі переклади безперечно збагачують розуміння істориками права змісту визначення шлюбу Модестіна. Разом з тим ми повинні пам'ятати, що з часом змінювались суспільні умови і ціннісні парадигми, еволюційних змін зазнавала стилістика латини і грецької мови, а перекладачі кожної епохи

мали власне "філологічне озброєння", мету і методику, принципи і методологію перекладу. Для того, щоб зрозуміти логіку існуючих перекладів, звернемося до першооснови – сентенції Модестіна на латинській мові і, залучивши перекладну лексику із словників, зобразимо це у наступній формі:

"Nuptiae sunt [шлюб є] coniunctio [1) зв'язок, родинний зв'язок, спорідненість, 2) дружба, близькість; 3) згода, симпатія; 4) шлюб, шлюбні відносини, сімейні стосунки; 5) зв'язок, відношення до когось; 6) спілка, союз, єднання, з'єднання (об'єднання)] maris et feminae et [чоловіка і жінки] et consortium [А [9, с. 188]: 1) співучасть; 2) спілкування; 3) суміщення, змішування, суміш; 4) спільність, спільність майна; В [36, с.250]: (інший словник): 1) "велика агнатська родина", спільність; єдність; спілка; 2) співтовариство; С [38, с. 121]: співучасть, співтовариство, спільність] omnis [1) кожний, всякий, усілякий; 2) всюдисущий, всеможливий, суцільний; 3) увесь, цілий, сукупний, повний] vitae [життя, спосіб життя, побут, засіб життя], divini et humani [божественному і людському] juris [права] communication [спілкуватися, робити спільним, поєднуватись, зв'язуватись]. Таким чином, перекладачі не були обмежені у виборі необхідних лексем. Натомість юристи, зокрема історики права, змушені враховувати наступний стан речей: 1) в залежності від можливостей при догматичному аналізі враховувати наповненість поняття змістом кількох пояснювальних слів. Наприклад, коли ми намагаємось адекватно зрозуміти зміст слова **consortium (в контексті **omnis vitae**) і використовуємо варіанти слів **спільність** (всього життя) або **єднання** (всього життя) ми розуміємо це поняття з врахуванням інших ознак: **співучасть у сімейних справах, спілкування на різних рівнях, спільне вирішення господарських справ, єднання в моральному і матеріальному плані, єднання для продовження роду**; 2) використання окремих лексем з перекладу сентенції необхідно узгодити з відповідним історичним періодом. Наприклад, вираз "велика агнатська сім'я" в якості доповнення змісту поняття **consortium**, що розуміється як **об'єднання, єднання, спільність** (спільнота), ми можемо використати в залежності від історичної епохи, з відповідною соціальною структурою та системою цінностей. Так, починаючи з архаїчного і до класичного періоду римського права, при будь-якому перекладі слова **consortium** ми в кожному разі маємо на увазі названу форму сімейної спільноти ("велика агнатська сім'я"). Натомість при розгляді шлюбно-сімейного права посткласичного і юстиніанівського періодів дане поняття втрачає онтологічну основу, а в наступні часи історії Візантії взагалі стає філологічно-історичним ахронізмом; 3) при аналізі даної сентенції необхідно розглядати використані поняття в межах певного, в даному випадку посткласичного римського або ранньовізантійського періоду, з урахуванням двох видів шлюбу вільних осіб, громадян імперії, які мали **jus connubii**. Тобто йдеться про шлюб **cum manu** та **sine manu**. Стосовно першого виду ми при тлумаченні/розумінні поняття **coniunctio** у визначенні Модестіна використовуємо лексеми **єднання, з'єднання (об'єднання)**. Натомість шлюб **sine manu** корелюється з **coniunctio** перш за все через лексеми **згода, спілка, союз**. Особливість семантичного навантаження слова **coniunctio** залежить від підвладного (**cum manu**) чи непідвладного статусу жінки (**sine manu**) в сім'ї чи родині. **Шлюб** можна визначити як **"союз"**, коли фактично не втрачається правосуб'єктність дружини, якщо є більш чи менш рівноправні суб'єкти шлюбних відносин, коли дружина – **persona sui juris [особою свого права]**. Натомість шлюб **cum manu****

більш змістовно виражається через поняття **єднання**, оскільки воно не суперечить правовому становищу, якого після **єднання** чи **об'єднання** набуває дружина, а саме статус **persona alieni juris [особи чужого (чоловікового або його батька чи діда) права]**; 4) інша річ, при розумінні поняття шлюбу за сентенцією Модестіна необхідно мати на увазі, що йдеться про **matrimonium iustum** – законний шлюб, оскільки передбачається спільне життя на основі **божественного та людського права**, суб'єктами якого є лише особи із статусом римського громадянства, які за визначенням мають **ius connubii [право законного шлюбу]**. У зв'язку з цим, стилістично довершений варіант перекладу Барона – Петражицького без поняття **божественне право** лише в загальних рисах відобразив правовий зміст оригіналу, оскільки у римській правовій традиції поняття "законний шлюб" певним чином корелювалось з відповідними нормами сакрального та приватного права. Щоправда, такий переклад консеквентно виражає як особливості позитивістської парадигми права другої половини XIX ст., так і специфіку праворозуміння юристів доби Юстиніана, коли релігійні впливи звелися до мінімуму. Очевидно, це пояснюється тим, що античний шлюб уже втратив свій сакральний характер, а ранньовізантійський, доби Юстиніана, ще його не набув.

Така наша оцінка підтверджується іншим визначенням шлюбу, які згадував у своїй праці "Система римського цивільного права" німецький вчений-романіст Юліус Барон. Він, зокрема, зауважив, що в римському праві "є два легальних визначення шлюбу" [2, с. 821]: одне – в Дигестах, а друге – в Інституціях Юстиніана. Необхідно підкреслити, що у першому випадку йдеться про ціннісну специфіку перекладу Барона – Петражицького сентенції Модестіна, який відповідає праворозумінню VI ст. Натомість у другому – про автентичний зміст оригіналу.

Звичайно, правова парадигма доби Юстиніана відобразилась не тільки в Дигестах, як в Інституціях Юстиніана. Про це, зокрема, свідчить вищезгадане визначення шлюбу невідомого автора, викладене в Інституціях: **"Nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio consueum vitae, divini et humani iuris communication"** [Шлюб або так званий матронім (законний шлюб) – це об'єднання (спілка) чоловіка та дружини для спільного життя] [21, с. 33]. В результаті великої аналітичної роботи дослідників римського права було встановлено авторів усіх складових частин Інституцій [26, с.89-90, 100]. Це дає нам підстави вважати творцем визначення шлюбу в Інституціях Юстиніана (In. I.9.1) професора університету м. Берита (нині Бейрут), відомого візантійського юриста Дорофея. Порівняння визначення шлюбу у Дигестах та Інституціях свідчить, що візантійський юрист по суті зробив нову редакцію сентенції римського класика. Інакше кажучи, визначення шлюбу Модестіна послужило джерелом сентенції Дорофея, який систематизував, спростив оригінал і зробив його однозначним за змістом. Безперечно, визначення Дорофея є стилістично довершеним, цілком логічним та юридично змістовним. Воно, як і багато визначень доби Юстиніана наповнено духом раціоналізму та реформ. Однак це визначення не викликало інтересу візантійських юристів наступних поколінь, оскільки у своїй довершеності та абсолютній відповідності правовій парадигмі Юстиніана, сентенція Дорофея не зовсім відображала суспільний ідеал наступних періодів та християнську ідею права.

Разом з тим, ранньовізантійські юристи очевидно не завжди враховували стилістику та юридичну доктрину римського права (вилучаючи з Дигест "застарілі" місця) [26, с. 104-105; 44, с. 283]. Праворозуміння доби Юсти-

ніана відзначалося абсолютним прагматизмом, що не завжди сприяло глибинному розумінню римської правової доктрини. Можна сказати, що у візантійських юристів була своя версія розуміння римського права. Не випадково російський юрист Сергій Муромцев взагалі не розглядав період Юстиніана як частину історії римського права, згадавши візантійського систематизатора лише декілька разів, а на Дигести посилається виключно як на уривки з класичного римського права [29, с. 627]. На наш погляд, такий підхід відомого російського юриста справедливий лише частково.

Отже, визначення шлюбу юриста Дорофея не стало зразком у цивільному та церковному праві Візантії, оскільки у ньому відсутні сакральні елементи, що формально збереглися в сентенції Модестіна, а пізніше у її грецьких перекладах набрали християнського юридичного змісту.

Таким чином, першу спробу пристосувати римське визначення шлюбу до суспільних умов доби Юстиніана здійснив відомий візантійський юрист Дорофей. Другий, більш вдалий та перспективний крок, в контексті формування християнської правової доктрини та християнізації візантійського права, здійснив дослідник права з когорті візантійських юристів, які, шляхом перекладів і систематизації окремих збірок *Corpus juris civilis*, намагались створити "грецького Юстиніана". Отже, для подальшого вирішення поставленої наукової проблеми важливе значення має аналіз грецького тексту римського визначення шлюбу та його перекладів.

Грецький текст сентенції Модестіна вперше з'явився не раніше середини VI століття і належав, як нам вдалося встановити, професору Константинопольського університету Стефану, оскільки йому належала грецька переробка Дігест [26, с. 104-105], а його ім'я зафіксовано на полях тексту напроти сентенції у відповідній частині Василік [44, с. 283]. Тому, як свідчить порівняльний аналіз літератури та джерел, у Василіки та Прохірону сентенція Модестіна могла потрапити як з Номоканону патріарха Фотія, так і з перекладу Дигест Стефана [26, с. 104-105; 44, с. 283]. Натомість в Епанагогу-Ісагогу, коротку збірку права 885 р. [37, с. 15-54], визначення шлюбу Модестіна грецькою мовою могло потрапити з Номоканону патріарха Фотія, оскільки глава візантійської Церкви, як свідчить зміст 1-го та 2-го титули Ісагогу (у яких йдеться про співвідношення повноваження патріарха та імператора) [6, с. 206-211], був очевидно автором або редактором юридичного невизнаної імператором Левом VI та його наступниками збірки візантійського права. Надалі сентенція Модестіна з Номоканону патріарха Фотія потрапила у Алфавітну Синтагму Матвія Властаря [27, с. 103], а з Прохірону – в Шестикнижжя Константина Арменопуло [1, с. 15].

Грецький переклад сентенції Модестіна, зафіксований у названих джерелах, виглядає наступним чином: *Γάμος ἐστὶν ἄνδρος καὶ γυναικὸς συνάφεια καὶ συγκλήρωσις πάσης ζωῆς θεοῦ τε καὶ ἀνθρωπίνου δικαίου χοινωνία* (Bas., 28.4.1). Завдяки рецепції візантійського права на Русі-Україні [40, с. 48-71; 41], він з'явився спочатку в церковно-слов'янських перекладах Номоканону патріарха Фотія та Прохірону Лева Мудрого, увійшовши у їх складі у Сербську кормчу книгу (49 глава) у такій формі: "Бракъ есть мужеви и женѣ сочетание и сбытие во всей жизни Божественныя же и человеческия правды общение" [19, с. 931]. Пізніше – в перекладі Алфавітної Синтагми Матвія Властаря, а в першій третині XIX ст. у перекладі Шестикнижжя Арменопуло.

Однак ми не можемо обмежитися лише давньоруським перекладом грецького тексту, оскільки на Русі ще не всі юридичні поняття були відомі. Звичайно, давньорусь-

кий переклад мав свою філологічно-юридичну специфіку, тобто стильові та змістовні особливості, що відповідали правовій культурі наших пращурів. Для того, щоб достеменно з'ясувати зміст грецького оригіналу сентенції Модестіна, ми змушені проаналізувати варіанти вибору лексем для перекладу з грецької на сучасну українську мову за наступною схемою: *Γάμος* [1] весілля, влаштувати весілля; 2) одруження, шлюб, співмешкання; 3) наречена, одружитися з нареченою з благословіння батьків] *ἐστὶν* [ε] *ἄνδρος καὶ γυναικὸς* [чоловіка і дружини] *συνάφεια* [1] доторкнутися, доторкування; 2) зв'язок, контакт; 3) домовленість] *καὶ* [і, та, також] *συγκλήρωσις* [1] той, що бере співучасть (співучасник, суміжний; 2) (συγκλήρω) з'єднати жеребом; *πάσης* [1] весь, цілий, усілякий] *ζωῆς* [життя] (род. від.) *θεοῦ* (*θεός*) [божественний] *τε* [і] *καὶ* [і] *ἀνθρωπίνου* [людський] *δικαίου* [судовиробництва, правосуддя] *κοινωνία* [спільний, державний, суспільний].

З точки зору автора статті переклад може мати таку форму, зміст та його тлумачення: **Шлюб** [в розумінні урочистої (весілля) та законної/юридичної події, оскільки *γάμος* також означає одруження з *благословення батьків*, що надає йому юридичної сили] **є чоловіка і дружини** (угода) **зв'язок** [тут інтимний та духовний, що очевидно впливає з права *доторкнутися* до жінки; останнє можна тлумачити як фізичну та духовну близькість] **співучасть** (*варіант*: спільний жереб) [єднання спільним жеребом] **усього життя, спільність (співучасть) божественного і людського правосуддя** (права). Через поліваріантність значення основна проблема виникає з останнім словом сентенції – *κοινωνία*. Автори грецького тексту ймовірно мали на увазі спільноту (спільність), стосунки якої врегульовуються людським та божественним правом. В контексті ж використання поняття **правосуддя** замість **права** (дослівний переклад лексеми *δικαίου*) цілком ймовірним є словосполучення *δικαίου κοινωνία* – **безприсрадне правосуддя**. Таким чином, при перекладі тексту на рідну мову необхідно враховувати широкий контекст лексем, які не є абсолютними відповідниками іноземних понять.

Певну своєрідність перекладу сентенції Модестіна можна помітити в Алфавітній Синтагмі Матвія Властаря. Переклад Ніколая Ільїнського (1891 р.) має наступну лінгвістично-правову форму та зміст: "Брак есть мужа и жены союз и общий жребий на всю жизнь, общения божественного и человеческого права" [27, с. 103]. Вираз "общий жребий на всю жизнь" опирається на один з варіантів тлумачення слова *συγκλήρωσις* як "спільна доля" [17, с. 291].

Насамкінець розглянемо переклад сентенції Модестіна з Шестикнижжя Арменопуло (1345): "Брак есть **пожизненное соединение и сожитие** мужа с женою и **соучастие** в Божественных и человеческих правах," [1, с. 15], яка найбільш повно відображає християнську правову парадигму. Автор здійснив переклад з оригіналу Шестикнижжя, тобто з грецької мови, але очевидно враховував і латинський текст сентенції. Разом з тим, сполучивши окремі лексеми, присутні у тексті оригіналу, перекладач прагнув досягти їх відповідності християнським принципам шлюбу. Так словосполучення **пожиттєве з'єднання** опирається на відому максиму Нового Заповіту: "Еже оубо Богъ сочета, того человекъ да не разделяетъ" (*Марк. 10. 9*) (*словян.*).

З історико-юридичних позицій сентенція Модестіна є ідеальною конструкцією, що не відображала реалій ні римського класичного [2, с. 821], ні посткласичного, ні юстиніанівського права. При римському шлюбі *cum manu*, тобто з чоловічою владою, між домовладикою і

його дружиною не могла бути *спілка, союз, поєднання* чи *об'єднання*.

Якщо чоловік був домовладикою, підвладна дружина набувала статусу його підвладної дочки. Не було *єдності* чи *єднання права*, оскільки чоловік та дружина мали різні права та обов'язки. Інша річ, *єднання в праві* можна допустити, як визнання суб'єктами шлюбу єднання нерівних прав або сприйняття кожним своїх суб'єктивних прав і визнання інших. Отже, на практиці (доба римської класики, посткласичного та юстиніанівського права) маємо нерівність подружжя в людських правах та рівність у Божественних, що не зовсім кореспондується з визначенням шлюбу римського юриста.

Тим більше не відповідали сентенції Модестіна реаліям шлюбу *sine manu* (без чоловічої влади). Відсутність єдності на економічному ґрунті (роздільність майна, заборона дарувань між чоловіком та дружиною) [33, с. 433-434] та спадкових прав дружини у сім'ї чоловіка, відмінність майнових прав матері та батька в контексті юридичних інтересів дітей – усе це підтверджує нашу думку, що нормативна конструкція поняття шлюбу Модестіна фіксувала не дійсне, а бажане, причому не тільки у часи римської класики, але й у добу Юстиніана.

Натомість юридичний зміст сентенції Модестіна найбільш повно відповідає шлюбним відносинам у Візантії після Юстиніана. У першу чергу, йдеться про правовідносини чоловіка та дружини за Еклогою (726 р.) імператора Лева III (717-741 рр.) [43]. Щоправда, автори збірки уникли загального визначення поняття шлюбу, але норми шлюбно-сімейного права Еклоги цілком концептуально виразили зміст інституту шлюбу та сім'ї, який відповідає основним елементам сентенції Модестіна. Перш за все, візантійський нормативно-правовий акт доби іконоборців передбачав два рівноправних суб'єкти шлюбу, законність якого визнається умовами договору та самого шлюбу. Шлюб за Еклогою – це дійсно *союз чоловіка та дружини*, оскільки однією з основних умов шлюбу передбачалося пряме волевиявлення сторін. По-друге, союз подружжя зберігав рівноправність та єдність сторін усього життя, оскільки дружина не набувала підвладного статусу, а речові відносини мали тенденцію до реалізації принципу спільності майна. Майже повна рівність суб'єктів шлюбу передбачалась у немайнових відносинах. По-третє, передбачалась належність наречених до християнської релігії, рівність в правах і обов'язках в канонічному (*божественному*) та цивільному (*людському*) праві (*Ekloga, T.I, II*). Таким чином, ідеальне визначення шлюбу римського юриста у VIII ст. набуло цілком реального, матеріально-правового значення. Утім, це сталося завдяки тому, що системи цивільного та канонічного права, починаючи з IV ст., мали тенденції до зближення та формування християнської ціннісної основи візантійського, зокрема, шлюбно-сімейного права. Така екзегеза відбувалась з формально незмінним текстом сентенції римського юриста, яка була визнана візантійськими патріархами та імператорами.

Окрім названих причин популярності та практичної користі визначення шлюбу Модестіна були деякі інші, але найголовніша з них пов'язана з його грецьким перекладом, а саме з його філологічно-юридичною специфікою та формальною канонізацією. Потрапивши у грецькомовний Номоканон [31, с. 226-227] завдяки цілковитій відповідності християнським цінностям та правовій доктрині канонічного права, визначення шлюбу Модестіна стало канонічним. Невідомий автор Номоканону підкреслював, що воно "найкращим чином" визначає сутність шлюбної спілки. У зв'язку з цим відомий історик каноні-

чного права А.С. Павлов зауважив: "Дійсно, у цьому визначенні вказані всі суттєві риси шлюбу як інституту, який має свої основи в самій природі людини" [31, с. 226-227]. Тобто, можна сказати, що сентенція Модестіна відповідала природно-правовій доктрині, оскільки її *перший природний елемент*, який фіксує наявність різностатевих суб'єктів шлюбу, об'єднання яких визначено самою природою і має божественну мету: продовження людського роду. У *другій* частині сентенції каноністи не про дві системи права, *божественну і людську*, а про *спілкування подружжя в "релігії та праві"* [31, с. 226-227], що споріднювало два елементи (2-га та 3-тя частини), оцінені з позицій християнської моралі, які неначе перетворювались в єдине ціле.

Натомість переклади світських юристів, у кінцевій частині яких йдеться про *спілкування, єднання, спільність* (і т. ін) у *божественному та людському праві* дають нам підстави вважати наявними, як в оригіналі, так і в неканонічних перекладах, три елементи сентенції: 1) спілка двох різностатевих осіб; 2) єдність життя; 3) співучасть в божественному та людському праві. На наш погляд, кожний з названих елементів можна визначити наступним чином: перший – природно-правовий, другий – суспільно(етично)-правовий, а третій – цивільно-канонічний.

Перший елемент Церква завжди розуміла так, що спілка чоловіка та дружини у своїй основі опиралась на божественний план світоутворення, який передбачав створення першого подружжя, від якого веде свій початок весь рід людський і спілка якого, по замислу Творця, повинна залишатися належним та незмінним зразком шлюбного союзу. Окрім того, божественний закон, який відобразив анатомію та смисл шлюбу, виражається у відомій максимі Божого Одкровення: "Покине тому чоловік свого батька та матір свою, та й пристане до жінки своєї, – і стануть вони одним тілом" (Бут. 2.24). Отже, каноністи у шлюбі бачили не стільки звичайну спілку подружжя, що ґрунтується на цивільній угоді, як у римському праві, а перш за все органічну єдність, освячену волею Творця. Натомість візантійські цивілісти намагались поєднати два принципи: римський – юридичний та канонічний – теологічний.

Другий елемент Церква завжди тлумачила як єднання життя чоловіка та життя жінки у єдине, спільне та нерозривне життя, яке може розлучити смерть одного із подружжя.

Третій елемент сентенції в канонічному перекладі – *спілкування (єдність) подружжя в релігії та праві* – в дохристиянські часи, як зауважував А.С. Павлов, передбачав сакральні функції жінки в сім'ї та її сприйняття чоловіком як *social rei sacrae* [31, с. 228]. Однак у добу Модестіна шлюбні відносини втратили сакральний характер, а спілкування чоловіка та дружини в релігії та праві остаточно перетворилося у фікцію. Для усвідомлення шлюбу християнської епохи цей елемент, згідно якого передбачено *спільне життя в релігії та праві* або відповідність нормам *Божественного та людського права*, важливий у тому, що чоловік та дружина, які належали до християнської релігії, розглядалися як два правоздатні суб'єкти права. Разом з

тим, у стосунках із зовнішнім світом подружжя виступає як єдиний суб'єкт правовідносин, що регулювалися цивільним та канонічним правом.

Варто також зауважити, що **нерозривність життя** (2-й елемент в канонічній версії) та його відповідність християнській релігії і праву (3-й елемент) визначалися візантійськими каноністами як єдиний етичний концепт.

У зв'язку з цим необхідно зауважити, що християнська Церква ще з ранніх часів принципово відстоювала свою позицію і наполягала, що "шлюб її вірних повинні бути так же нерозривні, як нерозривний духовний союз Христа і Церкви" [31, с. 227]. Богослови-каноністи, розвиваючи цю ідею, писали: **якщо християнський шлюб служить праобразом такого великого таїнства віри, то й сам він є таїнством, непорушним особистою волею чи негавомними пристроями подружжя** [31, с. 227]. Таким чином, концепція походження шлюбу як таїнства опиралась на Боже Одкровення (Бут. 2.24), євангельські максими (Марк. 10. 9) та церковне вчення [31, с. 226-230]. Окрім того, в основі таїнства шлюбу закладений принцип нерозлучності подружжя ("що Бог поєднав, – людина нехай не розлучує"), який також опирається на Божий промисел і є відображенням найвищого таїнства християнської релігії – єднання Ісуса Христа та Церкви.

Ціннісно-правова доктрина християнського шлюбу, серцевину якої стало канонізоване визначення шлюбних відносин подружжя, обумовили також тенденції розвитку цивільного шлюбно-сімейного права, надавши його інститутам сакрального змісту. Завдяки рецепції візантійського права сентенція римського юриста стала еталоном визначення шлюбу в законодавстві народів християнського світу.

1. Арменопуло К. Шестикнижие. Перевод ручной книги законов или так называемого Шестикнижия, собранного отовсюду и сокращенного достопочтенным Номофилактом и Судьею в Фессалонике Константином Арменопулом. – Ч.II. Одесса, 1908. 2. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб, 2005. 3. Бенеманский М. Прохирон. – Сергиев Посад, 1906. 4. Браун П. Тіло і суспільство: чоловіки, жінки та сексуальне зречення в ранньому християнстві. – К., 2000. 5. Бриллиантов А.И. Император Константин Великий и Миланский эдикт 313 г. – СПб, 2006. 6. Вальдеберг В.Е. История византийской политической литературы в связи с историей философских течений и законодательства. – СПб., 2008. 7. Ваке А. Переводить Дигесты. // Дигесты Юстиниана / Отв. Ред. Л.Л. Кофанов. Том VIII; Статьи и указатели. – М., 2006.

УДК 347.94

О. Захарова, канд. юрид. наук, доц.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

В статті аналізується процесуальні гарантії цивільного судочинства. Пропонується їх визначення та розкривається сутність та значення в механізмі правового регулювання.

Ключові слова: цивільний процес, процесуальні гарантії, механізм правового регулювання;

В статье анализируются процессуальные гарантии гражданского судопроизводства. Предлагается их определение и раскрывается суть и значение в механизме правового регулирования.

Ключевые слова: гражданский процесс, процессуальные гарантии, механизм правового регулирования.

The procedural guarantees of civil legal proceedings are analyzed in this article. The definition is offered and the essence and their value in the mechanism of legal regulation reveals.

Key words: civil procedure, the procedural guarantees, civil legal proceedings.

Процесуальні гарантії як певна категорія, правове явище не знайшло нормативного визначення в Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК). Не була предметом обговорення вказана тема серед вітчизняних науковців в сфері цивільного судочинства. Окремі дослідники деякі аспекти процесуальних гарантій розглядають крізь призму принципів цивільного процесуального права [2, 33]. Проте жодних класифікуючих ознак процесуальних гарантій, їх структуру, взаємозв'язок дослідники не наводять.

8. Гревцов Ю.И., Козлихин И.Ю. Энциклопедия права. – СПб, 2008. 9. Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. – 11-е изд. – М., 2008. 10. Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження. – К., 2007. 11. Дигесты Юстиниана // Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М., 1997. 12. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. I. – М., 2001. 13. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. IV. – М., 2004. 14. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VII. Полутом 2. – М., 2005. 15. Дячук Л. Майнові права подружжя у візантійському праві іконоборської доби // Про українське право. – Ч.1. – 2006. – С. 16. Дячук Л. Петражицкий Лев Иосифович (1867-1931) // Соціологічна Енциклопедія. – К., 2008. 17. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., 1997. 18. Жоль К.К. Методы научного познания и логика. – К., 2001. 19. Закона градского главы //Кормчая (Номоканон). Отпечатана съ подлинника Патриарха Иосифа. Издание пятое. – СПб, 2004. 20. Иванов С.А. Византийское миссионерство. – М., 2003. 21. Институции Юстиниана. Перевод с латинского Д. Раснера. Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. – М., 1998. 22. Каждан А.П., Литаври Г.Г. Очерки истории Византии и южных славян. – М., 1958. 23. Курбатов Г.Л. История Византии (историография). – Л., 1975. 24. Лебедев А. П. Вселенские соборы IV и V веков: Обзор их догматической деятельности в святы с направлениями школ Александрийской и Антиохийской. – 2-е изд., испр. и доп. – СПб, 2004. 25. Лебедев А. П. Вселенские соборы VI, VII и VIII веков: С приложением к "Истории Вселенских соборов". – 2-е изд., испр. и доп. – СПб., 2004. 26. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV – VIII вв. – Л., 1976. 27. Матфей Властарь, иером. Алфавитная Синтагма: Собрание по алфавитному порядку всех предметов, содержащихся в священных и божественных канонах. – М., 2006. 28. Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. – СПб., 2001. 29. Муромцев С.А. Гражданское право древнего Рима. – М., 2003. 30. Лурье В. М. История византийской философии. Формативный период. – СПб., 2006. 31. Павлов А.С. Курс церковного права. – СПб., 2002. 32. Підпригора О.А., Харитонов Е.О. Римське право. Підручник. – К, 2003. 33. Покровский И.А. История Римского права – Мн..Хервес, 2002. 34. Правила Православной Церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. – Том I. – М., 2001. 35. Римское частное право: Учебник / Под. ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С.Перетерского – М., 2003. 36. Скорина Л.П., Чумакова Л.П. Латинська мова для юристів. – К., 2008. 37. Сокольский В. О характере и значении Эпанаги // Византийский Временник. – 1894. – № 1. – С. 15-54. 38. Трофимчук М., Трофимчук О. Латинсько український словник. – Львів, 2001. 39. Шулин Фр. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И.И. Щукина., под ред. В.М. Хвостова. – М., 1893. 40. Шапов Я.Н. Прохирон в восточнославянской письменности // Византийский временник. Том. 38. – М., Наука, 1977. – С.48-71. 41. Шапов Я. Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI-XIII вв. – М. 1978. – М. 1978. – 291 с. 42. Удальцова З.В. Византийская культура. – М., 1988. 43. Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. – М., 1965. 44. Basilicorum libri. XXVIII, tit. IV, cap. I. – Tom. VI. – Lipsiae, 1870. 45. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Aalen, 1955.

Надійшла до редколегії 07.06.10

Слово "гарантія" походить від французького слова *garantie* – порука; умова, яка забезпечує щось. В сучасному розумінні цього слова – це умови, що забезпечують успіх чого-небудь [5, 328]. Зрозуміло, що таке визначення поняття гарантії не може дати відповідь про природу процесуальних гарантій, але вже можна зробити висновок, що ключовим елементом у визначенні сутності гарантій є певні умови, що, в більшій чи меншій мірі, забезпечують щось. Вочевидь, процесуальні гарантії – це різновид правових гарантій. Останні прийнято

визначати як встановлені законом засоби забезпечення використання, дотримання, виконання і застосування норм права. Є два види правових гарантій – нормативно-правові та організаційно-правові. В свою чергу, нормативно-правові гарантії поділяються на матеріальні і процесуальні [8, 555]. У вищенаведених енциклопедичних джерелах правові гарантії пов'язують з нормами права, їх реалізацією, застосуванням. Якщо звернутися до більш високого рівня узагальнень правових явищ, які забезпечують створення, застосування норм права, то в теорії права цим вимогам відповідає поняття механізму правового регулювання. Механізм правового регулювання – це система правових способів, за допомогою яких здійснюється упорядкування суспільних відносин відповідно до цілей та завдань правової держави. Основні структурні елементи механізму правового регулювання – це норми права, правовідносини та акти реалізації юридичних прав і обов'язків [6, 341]. Таким чином, правомірно процесуальні гарантії в цивільному процесі розглядати як підпорядковане, невід'ємне явище механізму правового регулювання при здійсненні цивільного судочинства. Зазначена постановка питання все ж не дає відповіді про природу процесуальних гарантій. В контексті вищенаведеного визначення правових гарантій процесуальні гарантії, як поняття, в загальному вигляді має також підпорядковуватись цьому визначенню, або, принаймні, не суперечити цій дефініції. Водночас не можна процесуальні гарантії розглядати тільки через механізм засобів забезпечення виконання, застосування норм права або як засоби реалізації принципів цивільного процесуального права.

Можна погодитись, що проблема принципів цивільного процесуального права знайшла достатньо глибоке висвітлення в процесуальній літературі, але, разом з тим залишається не вирішеним питання про стале розуміння і визначення принципів цивільного процесуального права, критерії їх систематизації [4, 149]. В цьому аспекті видається вкрай спірним аналізувати проблеми правової природи процесуальних гарантій через залучення спірних наукових здобутків в сфері визначення принципів цивільного процесуального права. Водночас не можна не помітити певної суперечливості думок дослідників в цій сфері, коли вони розмірковують про співвідношення принципів цивільного процесуального права і їх реального нормативного визначення в законі. В цьому контексті необхідно погодитись з висновками тих дослідників, які приходять до висновку про неможливість існування принципів цивільного процесуального права як ідеї, певного суспільного погляду без нормативного їх оформлення [1, 15; 7, 12]. Видається, що лише у правових нормах принципи набувають загальнообов'язкового значення. В цьому аспекті розрізнити принцип права і певну процесуальну гарантію, коли йдеться про нормативне визначення, наприклад, забезпечення апеляційного, касаційного оскарження судових рішень неможливо і не варто, оскільки це різні сторони одно й того ж правового явища – мети і завдань певного виду судочинства. Між тим процесуальні гарантії, безвідносно до проблем розмежування юрисдикцій спеціалізованих судів, визначені в низці статей Конституції України, зокрема, про процесуальні гарантії йдеться в статтях 8, 55, 59, 61, 62, 63 та інших. Так, в ст. 55 Конституції проголошено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. В ст. 8 Конституції визначено, що звернення до суду для захисту

конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Гарантоване право на судовий захист кореспондується з конституційними приписами, що визначають обов'язки або правосуб'єктність органів судової влади, зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конституції органи судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Отже, попередньо можна зробити висновок, що процесуальні гарантії, в т.ч. в цивільному процесі – це передусім система процесуальних засобів забезпечення реалізації прав учасників певного виду судочинства, визначена Конституцією і Законами України.

Про які процесуальні засоби в цьому випадку йдеться? Передусім необхідно говорити про процесуальні засоби, які забезпечують безумовне виконання завдання цивільного судочинства – це справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. С.В.Васильєв до процесуальних гарантій відносить, окрім власне процесуальних засобів, які забезпечують доступ до правосуддя, процесуальних засобів виправлення судових помилок (забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень) і т.і., ще й організаційні і функціональні принципи цивільного процесуального права [2, 33]. Не заперечуючи допустимість визначення вказаних принципів як процесуальних гарантій, необхідно все ж назвати суб'єктів щодо яких спрямовані ті чи інші процесуальні гарантії. Повертаючись до завдань цивільного судочинства необхідно погодитись, що центральною фігурою в цивільному судочинстві є особа, якій гарантується право звернення до суду за захистом (ст. 3 ЦПК). Звісно, що не менш важливим є гарантування реалізації правосуб'єктності візаві особи, що звертається до суду за захистом, та іншим учасникам цивільного процесу, однак без процесуальних гарантій реалізації права особи на звернення до суду за захистом завдання цивільного судочинства не може бути виконане. Видається, що забезпечення процесуальних прав учасників цивільного процесу, з одного боку, та виконання процесуальних обов'язків іншими суб'єктами цивільного судочинства, це власне квінтесенція процесуальних гарантій. Інший висновок полягає в тому, що права і гарантії не можна змішувати. В науковій літературі зазначається, що конструювання прав має супроводжуватись конструюванням засобів і умов їх забезпечення. Не можна вважати, що встановлення певного права автоматично тягне його гарантію [3, 1].

В науковій літературі справедливо зазначається, що для забезпечення гарантій прав в процесі першочергове значення мають: 1) законодавче встановлення прав учасників процесу; 2) законодавча регламентація умов забезпечення прав учасників процесу; 3) точне виконання посадовими особами приписів законів щодо забезпечення гарантій прав учасників процесу; 4) знання власних прав і обов'язків учасниками процесу та безумовне їх виконання [3, 15].

Розглянути і проаналізувати всі складові забезпечення процесуальних гарантій прав учасників цивільного процесу в рамках цієї статті неможливо, а тому спробуємо дослідити окремі проблемні питання, пов'язані з новим етапом реформування судоустрою України.

Серед процесуальних новел чергового етапу судової реформи заслуговує окремої уваги запровадження автоматизованої системи документообігу суду (ст. 11-

1 ЦПК). Вочевидь це комплекс процесуальних гарантій учасникам цивільного процесу. З одного боку, це процесуальні гарантії, що забезпечують публічні інтереси (об'єктивний та неупереджений розподіл справ між суддями і т.і.), а з іншого боку – це гарантії, що забезпечують інтереси конкретних учасників процесу. Визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи здійснюється автоматизованою системою документообігу суду під час реєстрації відповідних документів за принципом вірогідності, який урахує кількість справ, що перебувають у провадженні суддів, заборону брати участь у перегляді рішення для судді, який брав участь в ухваленні судового рішення, про перегляд якого ставиться питання, перебування суддів у відпустці, на лікарняному, у відрядженні та закінчені терміну повноважень. Поряд з об'єктивними чинниками, що супроводжують розподіл справ між суддями і які можна формалізувати і ввести в програмне забезпечення, законодавець привніс елементи суб'єктивізму. Йдеться про припис законодавця, що справи розподіляються з урахуванням спеціалізації суддів. Але ж спеціалізація судді може бути змінена за його власним розсудом наказом голови відповідного суду або лише за розсудом голови суду. Як і за раніше діючим Законом України "Про судоустрій України" в нових умовах судоустрою суддя судів цивільної і кримінальної юрисдикції призначається на посаду без зазначення певного виду спеціалізації судової діяльності. Попри ці та інші окремі нормативні вади,

все ж видається, що на цьому прикладі допустимо зробити висновок про можливість і допустимість класифікації процесуальних гарантій в цивільному процесі за критерієм їх забезпечення публічних, приватноправових інтересів, або комплексного типу.

Процесуальні гарантії в цивільному процесі необхідно розглядати як підпорядковане, невід'ємне явище механізму правового регулювання при здійсненні цивільного судочинства. В цьому сенсі процесуальні гарантії – це визначена Конституцією, ЦПК, іншими Законами України система забезпечення виконання процесуальних норм органами судової влади, іншими особами для забезпечення реалізації права на судовий захист в порядку цивільного судочинства.

1. Андрушко А.В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: Моногр. – Х.: Консум, 2006. – 172 с. 2. Васильєв С.В. Гражданский процесс: учебное пособие / С.В.Васильев. – Харьков: Одиссей, 2006. – 512 с. 3. Выдря М. Уголовно-процессуальные гарантии в суде. – Краснодар, 1980. – 74 с. 4. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В.Комаров, В.А.Бигун, В.В.Баранкова; под ред. В.В.Комарова. – Харьков: Право, 2002. – 440 с. 5. Словник синонімів української мови. Бурячок А.А., Гнатюк Г.М., Лозова Н.С. та інші. – К.: Наукова Думка, 1999-2000. – Т.1 – 1040 с. 6. Теория государства и права / Под ред.В.Г.Стрекозова. – М., 1996. – 534 с. 7. Тертышников В.И. Гражданский процесс: Курс лекций. Х.: РИРЕГ, 1995. – 228 с. 8. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С.Шемшученко та ін. – К.: Укр. енцикл. 1998. – Т. 1: А-Г. – 672 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

О. Совгиря, канд. юрид. наук, доц.

СКЛАД ТА СТРУКТУРА КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджується зміст понять "склад" та "структура" Кабінету Міністрів України. Аналізується історія законодавчого регулювання цього питання в Україні після проголошення її незалежності та сучасний його стан. Окреслюються тенденції законодавчого, зокрема, конституційно-правового регулювання, зазначених понять у зарубіжних країнах, на основі чого пропонуються зміни до вітчизняного законодавства.

Ключові слова: Уряд; правове регулювання діяльності Уряду; склад та структура Кабінету Міністрів України.

В статье исследуется содержание понятий "состав" и "структура" Кабинета Министров Украины. Анализируется история законодательного регулирования этого вопроса в Украине после провозглашения ее независимости и современное его состояние. Очерчиваются тенденции законодательного, в частности конституционно-правового регулирования, указанных понятий в зарубежных странах, на основе чего предлагаются изменения в отечественное законодательство.

Ключевые слова: Правительство; правовое регулирование деятельности Правительства; состав и структура Кабинета Министров Украины.

The article deals with the content of such concepts as "composition" and "frame" of the Cabinet of Ministers of Ukraine. It also analyzes the history of legal regulating of this issue in Ukraine after its declaration of independence and in the present context. The article outlines tendencies of legislative, in particular constitutional legal regulating of mentioned concepts in foreign countries thereupon changes to national legislation are proposed.

Key words: the Government, legal regulation of the Government activity, composition and frame of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Аналіз питання щодо складу уряду потребує, у першу чергу, з'ясування співвідношення понять "склад" та "структура".

Так, про "склад Кабінету Міністрів України" йдеться у частині 8 статті 83, пункті 2 частини 2 статті 90 (тут йдеться про персональний склад Уряду), частині 1 статті 114, частині 3 статті 115, пункті 9-2 статті 116 Основного Закону. Поняття "склад Уряду" вживається і в Законі України "Про Кабінет Міністрів України" [4], у частині 2 статті 6 якого уточнюється, що посадовий склад – це кількість та перелік посад, а також вживається поняття "персональний склад". За текстом Закону знаходимо посилення на "діючий склад" (частина 6 статті 10), "новий склад" (частина 2 статті 9, частина 2 статті 10, стаття 12), "повний посадовий склад" (частина 2 статті 9), "повний склад" (частина 2 статті 37).

Поняття ж "структура Уряду" у Конституції та Законі України "Про Кабінет Міністрів України" не вживаються. У літературі під "структурою Уряду" пропонується розуміти поняття, що характеризує його з точки зору організаційно-функціональної побудови та означає сукупність його організаційно-вдкремленних ланок (тобто органів галузевої та міжгалузевої компетенції), що здійснюють функції Уряду по державному управлінню у відповідних галузях та сферах [13, с. 23]. Таким чином, у даному випадку під структурою Уряду фактично розуміється структура виконавчої влади.

Нерідко у складі уряду створюються більш вузькі структури, які можуть виконувати деякі (іноді доволі важливі) повноваження уряду. Існують чотири форми таких органів:

- 1) у деяких країнах з впливом англосаксонського права (у самій Великобританії, в Індії тощо) розрізняють

уряд і кабінет. Уряд включає всіх міністрів, молодших міністрів, які за термінологією інших країн, є лише заступниками провідних міністрів, інших осіб, і внаслідок цього має дуже широкий склад (іноді до 85 осіб та більше). Однак уряд ніколи не збирається у повному складі як особливий орган. Засідає і управляє країною кабінет, який нараховує близько 20 або ненабагато більше міністрів, які відбираються прем'єр-міністром та запрошуються ним в свою резиденцію (за місцем проживання), в його робочий кабінет на засідання, зазвичай, один-два рази на тиждень;

2) у деяких країнах континентального права (Франція, франкомовні країни Африки, Італія тощо) розрізняють раду міністрів та раду кабінету. Засідання ради міністрів – це офіційні засідання уряду, що проходять під головуванням президента; на них приймаються найважливіші рішення. Засідання ради кабінету проходять під головуванням Прем'єр-міністра, зазвичай кожного разу за особливим дорученням президента; на них розглядаються головним чином оперативні питання;

3) у країнах тоталітарного соціалізму нерідко всередині уряду створюється особливий орган – президія або бюро уряду. До його складу входять прем'єр, його заступники, іноді окремі міністри. Президія (бюро) приймає рішення з багатьох важливих питань, що належать до компетенції уряду [17, с. 127-128]. Цікаво, що, наприклад, у Російській Федерації відповідно до статті 29 Федерального конституційного закону "Про Уряд Російської Федерації" від 17.12.1997 р., зі змінами [15], для вирішення оперативних питань Уряд Російської Федерації за пропозицією Голови Уряду Російської Федерації може утворити Президію Уряду Російської Федерації, засідання якої проводяться в міру необхідності. Рішення Президії приймається більшістю голосів від загального числа членів Президії Уряду і не повинні суперечити актам, прийнятим на засіданнях Уряду Російської Федерації. Уряд Російської Федерації вправі скасувати будь-яке рішення Президії Уряду Російської Федерації. Склад Президії Уряду Російської Федерації визначений Постановою Уряду РФ від 16.05.2008 р. № 371 [10]. Відповідно до неї до складу Президії Уряду РФ включені Голова Уряду РФ, його заступники, міністри охорони здоров'я та соціального розвитку, сільського господарства, регіонального розвитку, іноземних справ, економічного розвитку, внутрішніх справ, оборони. Існування Президії Уряду як органу для оперативного вирішення питань, що належать до повноважень Уряду, передбачене і за Законом Республіки Білорусь "Про Раду Міністрів Республіки Білорусь" від 23.07.2008 р. [3]. Однак Президія Уряду у Білорусі, на відміну від Президії Уряду РФ, наділена повноваженнями приймати рішення, що оформлюються, як правило, у вигляді постанов Ради Міністрів Республіки Білорусь, які мають відповідати актам, прийнятим на засіданнях Уряду Республіки Білорусь.

Існування подібного органу у складі Уряду України не передбачено ні чинною Конституцією, ні Законом України "Про Кабінет Міністрів України". Однак відповідно до пункту 4 параграфу 12 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 08.07.2009 р. № 712, зі змінами [11], у разі необхідності вжиття заходів для запобігання виникненню надзвичайних ситуацій або ліквідації їх наслідків та в інших невідкладних випадках Прем'єр-міністр може прийняти рішення про проведення засідання Кабінету Міністрів за участю Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністрів, Міністра економіки, Міністра фінансів, Міністра юстиції, Міністра внутрішніх справ, Міністра оборони, Міністра з

питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи та Міністра Кабінету Міністрів. У засіданні Кабінету Міністрів, що проводиться за участю членів Кабінету Міністрів, зазначених вище, має право брати участь будь-який член Кабінету Міністрів.

Вважаємо, що через формулювання "в інших невідкладних випадках", вжитого у даній нормі, фактично створюється можливість для існування органу, що прийматиме рішення від імені Уряду, підміняючи повноцінні засідання зазначеного органу, а отже, визначений Конституцією України та Законом України "Про Кабінет Міністрів України" порядок прийняття ним рішень;

4) у деяких випадках у складі уряду створюються міжвідомчі комітети або комісії, що об'єднують групи споріднених міністерств. Головні із таких комісій очолює сам прем'єр-міністр. Їм також делегуються повноваження по вирішенню окремих питань компетенції уряду (але якщо із таким рішенням погоджуються всі міністри, що входять до складу комісії, комітету) [17, с. 127-128]. Відповідно до частини 1 статті 49 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" для забезпечення ефективної реалізації повноважень Кабінету Міністрів України, координації дій органів виконавчої влади, попереднього розгляду проектів нормативно-правових актів, проектів концепцій, інших документів, що подаються на розгляд Кабінету Міністрів України, утворюються урядові комітети. Однак відповідно до частини 3 параграфу 27 Регламенту Кабінету Міністрів України рішення урядового комітету надсилаються відповідним органам виконавчої влади для виконання. Таким чином, рішення урядового комітету поширюються не тільки на сам Уряд, а і на інші органи виконавчої влади. Отже, урядовий комітет можна вважати органом Уряду, наділеним власними повноваженнями.

Отже, вживання поняття "структура уряду" є доцільним у тих державах, де до його складу включені певні структурні утворення із повноваженнями, спрямованими на реалізацію компетенції уряду. В Україні ж до складу Уряду такі утворення не включаються, а отже і потреби вживати зазначений термін немає.

Частина 1 статті 114 Основного Закону закріплює, що до складу Кабінету Міністрів України входять Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, віце-прем'єр-міністри, міністри*. Зі змісту ж пункту 12 частини 1 статті 85, пункту 10 частини 1 статті 106 та частини 4 статті 114 випливає наявність двох обов'язкових, передбачених Конституцією України, посад – Міністра закордонних справ України та Міністра оборони України. За змістом частини 5 статті 107 Конституції України знаходимо також посилення на існування посади Міністра внутрішніх справ України, а за змістом частини 3 статті 131 – на посаду Міністра юстиції України. Таким чином, закріплюючи загальний склад Уряду (стаття 114), Конституція України передбачає також існування у його складі посад Міністра закордонних справ України, Міністра оборони України, Міністра внутрішніх

* Слід відмітити, що історії незалежної України відома ситуація, коли всупереч Конституції України до складу Уряду входили особи, не передбачені Конституцією України як такі, що входять до його складу. Так, відповідно до Указу Президента України від 17. 08. 1996 р. № 707/96, Голова Антимонопольного комітету України, Голова Фонду державного майна України, Голова Служби безпеки України, Голова Державного митного комітету України, Голова Державного комітету у справах охорони державного кордону України за посадами визначалися як міністри, що мали входити до складу Кабінету Міністрів України ([Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=707%2F96&p=1277575826710356>).

справ України, Міністра юстиції України. Ці посади є "класичними" для більшості сучасних урядів. Так, наприклад, Малиновський В. Я. відзначає, що аналізуючи структури і склад кабінетів у різні періоди історії можна зазначити, що існує певний класичний перелік міністерств, керівники яких необхідно входять до складу урядових колегій. Це, насамперед, міністерства закордонних і внутрішніх справ, оборони, фінансів, юстиції, керівники яких традиційно формували склад кабінетів із самого початку розвитку сучасного державотворення. Згодом розширення функцій держави зумовило входження до урядів міністрів, які видають економікою, освітою, наукою і технікою, охороною здоров'я, соціальними питаннями тощо [9; с. 505]. У Рішенні Конституційного Суду України від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003 [12] слушно відзначається, що зафіксувавши назви окремих міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, Конституція України тим самим передбачила їх існування і певну стабільність функціонування.

Згідно із частиною 2 статті 6 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" посадовий склад (кількість та перелік посад) новосформованого Кабінету Міністрів України визначається Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України одночасно з призначенням персонального складу Кабінету Міністрів України. У разі прийняття Кабінетом Міністрів України рішення про утворення, реорганізацію або ліквідацію міністерства, посадовий склад Кабінету Міністрів України вважається зміненим з дня прийняття такого рішення*. Повноваження Уряду утворювати, реорганізовувати та ліквідовувати відповідно до закону міністерства передбачене пунктом 9-1 статті 116 Основного Закону.

Таким чином, за змістом Закону України "Про Кабінет Міністрів України" слід виділяти поняття "новосформований склад Уряду" та "склад Уряду у процесі його діяльності". Питання щодо формування нового складу Уряду має бути окремим предметом дослідження. Що ж стосується змін у складі Уряду у процесі його діяльності, слід відмітити наступне.

Цитований нами пункт 9-1 статті 116 з'явився у чинній Конституції України після внесення до неї змін від 08.12.2004 р. До того пункт 15 частини 1 статті 106 Основного Закону передбачав, що Президент України утворює, реорганізовує та ліквідовує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади. Відповідно до пункту 10 цієї ж статті в такому ж порядку (тобто, Президентом за поданням Прем'єр-міністра України) призначалися члени Кабінету Міністрів України. Тобто, порядок формування складу Уряду та здійснення змін у його складі був однаковим. З нашої точки зору, саме такий підхід до зміни складу Уряду у процесі його діяльності є цілком логічним: формування Уряду та зміна його складу мають здійснюватися одними й тими ж суб'єктами.

Крім того, в існуючому підході до врегулювання цього питання сьогодні впадає у вічі і юридична некоректність, оскільки рішення парламенту про призначення на посади членів Кабінету Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України оформляється шляхом прийняття постанови Верховної Ради (частина 4 статті 206 Закону України "Про Регламент Кабінету Міністрів України"), а питання щодо реорганізації та ліквідації відповідно до закону міністерства оформлюється актом Кабінету Міністрів України (при цьому ні Закон України "Про

Кабінет Міністрів України", ні Регламент Кабінету Міністрів України прямо не визначають, яким саме актом Уряду – постановою чи розпорядженням оформлюється це питання). Таким чином, порушується принцип ієрархії нормативно-правових актів і актом Уряду змінюється акт парламенту.

Існуюча нині ситуація із правовим регулюванням змін у складі Уряду під впливом політичних факторів може становити небезпеку для організації діяльності як Уряду, так і всієї системи виконавчої влади. Так, відповідно до частини 5 статті 10 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" Кабінет Міністрів України набуває повноважень та розпочинає роботу після складення присяги не менше ніж двома третинами від його посадового складу. Відповідно із цього моменту у нього виникає можливість "корегувати" свій посадовий склад. Враховуючи те, що Уряд приймає рішення більшістю від свого складу, Конституція і Закон фактично допускають ситуацію, коли у складі Уряду, за його рішенням, залишиться більшість від того посадового складу, який був визначений парламентом, що цілком можливо, якщо до складу Уряду увійдуть лідери фракції (фракцій), що утворили парламентську коаліцію. Вважаємо, що для запобігання виникненню такого варіанту розвитку подій, слід внести доповнення до Закону України "Про Кабінет Міністрів України", у якому передбачити, що, у разі прийняття Кабінетом Міністрів України рішення про реорганізацію або ліквідацію міністерства, посадовий склад Кабінету Міністрів України не повинен становити менше двох третин від його складу, визначеного постановою Верховної Ради України для новосформованого Уряду.

Також, вважаємо, що на сьогодні є актуальними положення Рішення Конституційного Суду України від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003, зміст якого стосується передбаченого Конституцією України без змін 2004 р. повноваження Президента України реорганізовувати центральні органи виконавчої влади, відповідно до якого встановлення Конституцією України прямо чи опосередковано назв міністерств та інших центральних органів виконавчої влади зумовлює зміст повноважень Президента України щодо їх реорганізації. В разі реорганізації таких органів не можуть бути змінені їх назва та основне цільове призначення, що впливає з назви, оскільки це може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг конституційних повноважень цих органів, зокрема на повноваження Верховної Ради України щодо надання згоди на призначення та звільнення встановлених Основним Законом України посадових осіб.

Вважаємо, що цитоване положення зазначеного Рішення є цілком актуальним і сьогодні в частині права Уряду здійснювати реорганізацію міністерств і має відбуватися на зазначених у ньому засадах.

З часу прийняття Конституції України до складу уряду входила різна кількість міністрів. Так, якщо у 1996 р. він налічував 27 міністрів, то пізніше – складався з 15. Однак у 2005 р. кількість міністрів, які входять до складу Кабінету Міністрів України, збільшилася до 17. У 2006 р. було визначено склад уряду, до якого увійшло 26 міністрів. В Уряді, сформованому у 2010 р., кількість урядовців становила вже 27 осіб.

У літературі вказується на необхідність науково обґрунтованого визначення раціонального чисельного складу Кабінету Міністрів України. Відмічається, що він повинен бути встановлений на законодавчому рівні. Також необхідно законодавчим шляхом встановити обмеження його максимальної чисельності [7; с. 63]. На

* Слід відмітити, що Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 21. 12. 2006 р. не містив аналогічної норми.

користь законодавчого закріплення чисельності Кабінету Міністрів висувуються і ті аргументи, що закон дозволить, з одного боку, забезпечити право опозиції, а з іншого – через механізм вето дасть змогу Президенту контролювати виконавчу владу та обмежувати запити парламентської коаліції [6; с. 7]. Ми цілком підтримуємо зазначену позицію.

Зазвичай структура і чисельний склад урядів визначаються кожного разу при створенні нового уряду або при його реорганізації. У той же час в окремих державах кількісний склад уряду точно зафіксовано в конституції, в інших країнах встановлюється як мінімальна, так і максимальна кількість членів уряду, в деяких державах вказується тільки мінімум можливої кількості його членів. Звичним явищем у практиці урядування є надання прерогативи визначати чисельний склад уряду безпосередньо прем'єр-міністру. Йдеться, насамперед, про парламентські республіки. У цих випадках прем'єр керується не тільки міжфракційними домовленостями, а й потребами внутрішньої та зовнішньої політики [1; с. 135-136].

Конституційне закріплення чисельного складу уряду міститься у конституціях Бельгії, за якою до складу уряду має входити не більше 15 міністрів, Швейцарії – 7, Норвегії – не менше 7 плюс прем'єр-міністр, Ірландії – не менше 7 і не більше 15 [8; с. 752].

Склад урядів у зарубіжних країнах часто неоднорідний за статусом осіб, що до нього входять. Так, у Франції розрізняють державних міністрів, міністрів, міністрів-делегатів та державних секретарів. Ранг державного міністра є почесним і надається деяким членам Уряду на знак визнання їх особистих якостей або внаслідок того, що в Уряді їм надається особливе політичне значення. Міністри несуть відповідальність за керівництво певним міністерством та беруть участь у роботі Ради міністрів. Міністри-делегати перебувають при Прем'єр-міністрі або певному міністрі; вони мають повноваження відповідно до доручень того члена Уряду, при якому вони перебувають. У їх розпорядженні є служби, за допомогою яких вони здійснюють свої повноваження. Вони беруть участь у засіданнях Ради міністрів. Державні секретарі перебувають при Прем'єр-міністрі або міністрі; вони мають повноваження по їх делегуванню. Ці секретарі беруть участь тільки у тих засіданнях Ради міністрів, у яких розглядаються питання, що належать до їх компетенції. Контрасигнування ними актів, що належать до їх повноважень, має супроводжуватися підписом міністра, при якому вони перебувають [2; с. 303-304]. Починаючи з 1967 р. у Німеччині можуть призначатися "парламентські державні секретарі", вони мають бути членами Бундестагу, є заступниками міністра і не беруть участі в засіданнях кабінету [5; с. 108]. У Російській Федерації, голови деяких федеральних відомств (наприклад, Федеральної служби безпеки) також мають ранг федерального міністра та входять до складу Уряду РФ із правом вирішального голосу на його засіданнях [16; с. 217].

Цікаво, що певною мірою неоднорідність у статусі міністрів можна було відмітити і в Україні. Так, відповідно до вже нечинного Указу Президента України від 14.12.1996 р. № 1228/96 [14] Міністр внутрішніх справ України, Міністр закордонних справ України, Міністр інформації України та Міністр оборони України з питань, що належать до конституційних повноважень

Президента України, мали підпорядковуватися безпосередньо Президенту України.

Якщо в конституції міститься вказівка лише на пости прем'єр-міністра та міністрів, то можна говорити про два рівні посад в уряді, якщо називаються інші посади – то про три рівні і т.д. Вказівка на конкретні посади, що утворюють уряд, підкреслює його ієрархічний статус та підпорядкованість [8; с. 753].

Отже, аналіз законодавчого регулювання складу та структури Уряду в Україні дає можливість стверджувати про існування значної кількості прогалин, з огляду на що доцільним є внесення запропонованих вище змін, з метою оптимізації роботи вищого органу виконавчої влади.

1. Дахова І. І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Дахова Ірина Іванівна. – Х., 2006. – С. 135–136.
2. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты: Учеб. пособие / Ж.-П. Жакке; [пер. с франц.]. – М.: Юристь, 2002. – С. 303–304.
3. Закон Республики Беларусь "О Совете Министров Республики Беларусь" от 23.07.2008 г. № 424-З. Принят Палатой представителей 24 июня 2008 года. Одобрен Советом Республики 28 июня 2008 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.by/webnpa/text.asp?RN=h10800424>
4. Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 16.05.2008 р., зі змінами // Голос України. – 21. 05. 2008 р. – № 95.
5. Зіллер Жак. Політико-адміністративні системи країн ЄС: Порівняльний аналіз / Жак Зіллер ; пер. з фр. В. Ховхуна. – К.: Основи, 1996. – С. 108.
6. Кафарський В. Кабінет Міністрів України: проблеми формування в нових політико-правових умовах / В. Кафарський // Право України. – 2006. – № 8. – С. 7.
7. Крупчан О. Д. Організація виконавчої влади: [Монітор.] / О. Д. Крупчан. – К.: Вид-во УАДУ, 2001. – С. 63.
8. Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: [учеб. для студентов юрид. вузов и фак.] / В. В. Маклаков. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 752.
9. Малиновський В. Я. Державне управління: Навчальний посібник / В. Я. Малиновський – К.: Атіка, 2003. – С. 505.
10. Постановление Правительства Российской Федерации от 16. 05. 2008 г. № 371 "Об образовании Президиума Правительства Российской Федерации" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rg.ru/2008/05/20/prezidium-pravitelstva-dok.html>
11. Регламент Кабінету Міністрів України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України в редакції від 08. 07. 2009 р. № 712, зі змінами // Офіційний вісник України. – 2009. – № 52. – Ст. 20.
12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень пункту 15 частини першої статті 106 Конституції України (справа про повноваження Президента України реорганізовувати центральні органи виконавчої влади) від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003 р. – № 6. – стор. 99.
13. Сафинов К. Б. Правительство Республики Казахстан: функции, созидательно-организаторская и правоустанавливающая его деятельность на переходном этапе: автореф. дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.02 "Конституционное право; муниципальное право; административное право; финансовое право" / К. Б. Сафинов. – Алматы, 2002. – С. 23.
14. Указ Президента України "Про склад Кабінету Міністрів України" від 14. 12. 1996 р. № 1228/96 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1228%2F96&p=1271182595209134>.
15. Федеральный конституционный закон от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации" (с изменениями от 31 декабря 1997 г., 19 июня, 3 ноября 2004 г., 1 июня 2005 г., 30 января, 2 марта 2007 г., 25, 30 декабря 2008 г.). Принят Государственной Думой 11 апреля 1997 года. Одобрен Советом Федерации 14 мая 1997 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://graph.garant.ru:8080/SESSION/S_XbTeBW2/PILOT/main.html
16. Чиркин В. Е. Государственное и муниципальное управление: [учебник] / В. Е. Чиркин. – М.: Юристь, 2003. – С. 217.
17. Чиркин В. Е. Опыт зарубежного управления (государственное и муниципальное управление): [Учеб. пособие] / В. Е. Чиркин. – М.: Юристь, 2006. – С. 127–128.

Надійшла до редколегії 07.06.10

М. Куцевич, канд. юрид. наук, асист.

ЗНАЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРИНЦИПУ ЧИННОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ДЛЯ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА КОРДОНОМ

Стаття присвячена розкриттю значення національного принципу чинності в просторі Кримінального кодексу України щодо захисту інтересів громадян України за кордоном, запропоновані способи вдосконалення відповідних норм Кодексу.

Ключові слова: захист громадян, видача, принцип громадянства.

Стаття посвящена раскрытию значения национального принципа действия в пространстве Уголовного кодекса Украины относительно защиты интересов граждан Украины за границей, предложены способы усовершенствования соответствующих норм Кодекса.

Ключевые слова: защита граждан, выдача, принцип гражданства.

The article is devoted to the analysis of meaning of the national principle of acting of the Criminal code of Ukraine in the defence of Ukrainian citizens interests abroad, proposed ways of improvement of the corresponding norms of the Code.

Key words: protection of citizens, extradition, principle of citizenship.

Одним з обов'язків держави є захист інтересів власних громадян під час їх перебування за кордоном. Важливим напрямом такого захисту є надання допомоги громадянину в стосунках з правоохоронними органами держави перебування з приводу притягнення до кримінальної відповідальності за вчинений такою особою злочин за межами території держави власного громадянства.

На нашу думку, одним з аспектів такого захисту, який і становить для нас науковий інтерес, є вжиття державою всіх можливих заходів з метою повернення власного громадянина для забезпечення йому можливості нести відповідальність згідно з законодавством держави свого громадянства. На нормативному рівні така можливість передбачена в ч.1 ст.7 Кримінального кодексу України 2001 року (далі – КК України), де закріплений нормативний зміст одного з принципів чинності КК України в просторі, а саме принципу громадянства (національний).

Однак, окремі положення ч.1 ст.7 КК України обумовлюють необхідність з'ясування питання про те чи не передбачена в них можливість самоусунення держави від обов'язку вживати всіх можливих заходів для забезпечення власним громадянам можливості нести відповідальність згідно з національним законодавством.

Метою цієї статті є розкриття дійсного значення національного принципу чинності в просторі КК України для захисту інтересів громадян України за кордоном, визначення можливих способів вдосконалення нормативного змісту національного принципу чинності Кодексу з урахуванням відповідного зарубіжного досвіду.

Необхідність забезпечення власним громадянам вказаної вище можливості нести кримінальну відповідальність згідно з національним законодавством може поставати, принаймні, в наступних ситуаціях:

1) громадянин України за межами України вчинив злочин, який підпадає під юрисдикцію однієї чи декількох іноземних держав, однак перебуває на території України;

2) громадянин України за межами України вчинив злочин, який підпадає під юрисдикцію однієї чи декількох іноземних держав, і перебуває на території держави місця вчинення злочину;

3) громадянин України за межами України вчинив злочин, який підпадає під юрисдикцію однієї чи декількох іноземних держав, але перебуває за межами території як держави місця вчинення злочину, так і України, на території третьої держави;

4) громадянин України за межами України вчинив злочин, який підпадає під юрисдикцію однієї чи декількох іноземних держав, однак перебуває на території, яка не належить до юрисдикції жодної з держав.

В таких ситуаціях можливість відповідати згідно з національним законодавством залежить від вирішення

ситуації колізії юрисдикцій декількох держав, в результаті чого між державами може бути здійснена видача правопорушника під якою в міжнародному праві, наприклад, в ст.102 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, розуміється: "доставка особи однією державою в іншу державу у відповідності з положеннями міжнародного договору, конвенції чи національного законодавства" [5].

Найбільш простою для вирішення з точки зору дотримання громадянських прав особи є перша ситуація, оскільки вирішується вона відповідно до нормативних приписів ч.2 ст.25 Конституції України, де вказано, що: "Громадянин України не може бути ... виданий іншій державі" та ч.1 ст.10 КК України: "1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України, не можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності та віддання до суду".

Таким чином, громадянин України нестиме відповідальність виключно за КК України. При цьому, необхідною умовою відповідальності залишається наявність в КК України відповідного складу злочину, інакше не буде юридичної можливості притягнення до кримінальної відповідальності.

В наведених другій, третій та можливих подібних ситуаціях притягнення Україною правопорушника до кримінальної відповідальності залежатиме від доброї волі інших держав, юрисдикція яких може бути застосована, насамперед тих, на території яких перебуває громадянин України (держави місця вчинення злочину та держави місця фактичного перебування громадянина України після вчинення злочину в разі, якщо є підстави для поширення юрисдикції цієї держави на громадянина України), оскільки необхідною є видача іноземною державою України її громадянина.

Що стосується четвертої виділеної нами ситуації, то її конкретне вирішення залежатиме, насамперед, від того під юрисдикцію якої з держав першою попаде правопорушник. Якщо це буде Україна, то вирішення цієї ситуації буде тотожним до того, яке описане нами щодо першої з виділених нами ситуацій. Якщо ж такий громадянин України попаде під юрисдикцію держави, яка вправі притягнути його самостійно до кримінальної відповідальності, то вирішення цієї ситуації буде тотожним з тим, яке можливе щодо другої та третьої з виділених нами ситуацій.

Таким чином, в другій та третій наведених вище ситуаціях притягнення Україною власного громадянина до відповідальності ускладнене наступним: 1) Україна не має юридично закріпленого пріоритету в застосуванні своєї юрисдикції до правопорушника; 2) Україна не має "фізичної" можливості самостійно притягнути правопо-

рушника до кримінальної відповідальності, оскільки він перебуває на території іноземної держави; 3) необхідною передумовою притягнення до відповідальності є видача правопорушника іноземною державою України, що може бути досягнуто лише як результат успішних міждержавних домовленостей.

Однак, цілком очевидним є й те, що така колізія інтересів декількох держав не може бути підставою для звільнення України як держави від обов'язку вжити всіх можливих заходів для повернення власного громадянина та забезпечення йому можливості нести кримінальну відповідальність згідно з національним законодавством.

Вжиття таких заходів має й міжнародно-правову основу. Так, право держави на забезпечення можливості своїм громадянам нести відповідальність згідно з її національним законодавством цілком може розглядатись як складова національного суверенітету будь-якої держави. Відповідно дії держави, спрямовані на забезпечення вказаної можливості, цілком узгоджуватимуться зі змістом одного з основних принципів міжнародної співпраці держав, зафіксованому в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються відносин і співробітництва між державами у відповідності до Статуту Організації Об'єднаних Націй, прийнятії резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 2625 (XXV) від 24.10.1970 р. Зокрема, мова йде про принцип суверенної рівності держав, який передбачає, що всі держави користуються суверенною рівністю, елементами якої є те, що: а) кожна держава користується правами, притаманними повному суверенітету; б) кожна держава зобов'язана поважати правосуб'єктність інших держав [1].

Наведені вище складові частини принципу суверенної рівності держав знаходять своє втілення в нормативних положеннях окремих міжнародних актів, присвячених врегулюванню колізій при реалізації юрисдикцій декількох держав щодо правопорушника.

Так, згідно зі ст.1 Міжнародної конвенції про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, зв'язаних із судноплавством від 10.05.1952 р.: "У випадку зіткнення або будь-якого іншого нещасного випадку в сфері судноплавства, який пов'язаний з морським судном і тягне кримінальну або дисциплінарну відповідальність капітанів або будь-якої іншої особи, що несе службу на судні, кримінальне або дисциплінарне переслідування може бути порушене лише перед судовою або адміністративною владою держави, під прапором якої судно знаходилося на момент зіткнення або іншого пов'язаного з судноплавством нещасного випадку". При цьому, в ст. 3 цієї ж Конвенції зазначено, що: "Жодне з положень цієї Конвенції не перешкоджає тому, щоб яка-небудь держава у випадку зіткнення суден або іншого пов'язаного з судноплавством нещасного випадку визнавала за своєю владою право вживати будь-які заходи, пов'язані з виданими нею посвідченнями або дозволами на зайняття посади, або порушувати переслідування **відносно своїх громадян** за порушення, вчинені на борту судна, що знаходилося під прапором іншої держави" [3].

Подібний підхід закріплений в ст.3 Конвенції про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна від 14.09.1963 р.: "1. Держава реєстрації повітряного судна вповноважена здійснювати юрисдикцію відносно правопорушень та дій, вчинених на борту" (ч.1 ст.3), однак на противагу цьому загальному правилу, в ч.3 ст.3 цієї ж Конвенції зазначено, що: "3. Ця конвенція не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції відповідно до національного законодавства" [2].

Таким чином, дії будь-якої держави спрямовані на те, щоб забезпечити своїм громадянам можливість не-

сти кримінальну відповідальність згідно з власним національним законодавством цілком узгоджуються з нормами міжнародного права.

Разом з тим, необхідною передумовою вжиття органами державної влади заходів для повернення власного громадянина є відповідні приписи національного законодавства, які, крім того, для держави перед якою ініціюється видача правопорушника виступають певною гарантією невідворотності його кримінальної відповідальності. Таким нормативним приписом, на нашу думку, можуть розглядатись положення ч.1 ст.7 КК України, де зазначено, що: "1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України".

Однак, окремі положення цього нормативного припису викликають закономірні сумніви щодо його відповідності розглядуваному завданню держави – вживати всіх можливих заходів для повернення власного громадянина і забезпечення йому можливості нести відповідальність згідно з національним законодавством.

Зокрема, мова йде про те, що згідно з ч.1 ст.7 КК України фактично можливість громадянина України нести відповідальність за національним законодавством ставиться не лише в залежність від того, чи поступиться певна держава своєю юрисдикцією і видасть громадянина України державі його громадянства, а й в залежність від того чи уклала сама Україна певні міжнародні договори в яких передає кримінальну юрисдикцію стосовно своїх громадян іноземній державі, що впливає з формулювання: "... якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України".

Таким чином, вже на рівні національного законодавства держава допускає можливість, шляхом укладення міжнародних договорів, передати юрисдикцію щодо своїх громадян певній іноземній державі.

Прикладом такого міжнародного договору є Угода між Україною та Республікою Польща у справі створення спільної військової частини для участі в міжнародних миротворчих і гуманітарних операціях під егідою міжнародних організацій від 26.11.1997 р., ратифікована Законом України від 06.04.2000 р. Зокрема, згідно зі ст.5 цієї Угоди:

"1. Військовослужбовці національних частин Батальйону проходять дійсну військову службу згідно з чинним законодавством Сторони, громадянами якої вони є.

2. Дисциплінарні заходи щодо військовослужбовців національних частин Батальйону застосовуються їх національними командирами згідно з чинним законодавством Сторін, громадянами якої вони є. Військовослужбовці національних складових частин Батальйону несуть дисциплінарну та кримінальну відповідальність згідно з чинним законодавством держави, громадянами якої вони є, а правові дії щодо цих військовослужбовців виконуватиме відповідний орган цієї держави. Виняток становить положення пункту 3 цієї статті.

3. Якщо протиправні дії військовослужбовця не будуть пов'язані з виконанням службових обов'язків, він нести кримінальну відповідальність згідно з законодавством держави Сторони, на території якої вчинено протиправну дію, а правові дії щодо нього здійснюватиме відповідний орган цієї держави".

В ракурсі досліджуваного питання, враховуючи наведені вище положення законодавства України, слід частково погодитись з позицією М.І. Хавронюка, який, здійснюючи наукове тлумачення положень ст.7 КК України,

зазначає, що принцип громадянства має значення для застосування КК України у випадках вчинення злочинів за межами України, коли на момент виявлення злочину чи встановлення винного останній знаходився на території України або був виданий їй [4, с.36].

Дійсно безперешкодна реалізація національного принципу чинності КК України можлива лише, коли громадянин, який вчинив злочин за межами України, потрапляє на територію України. Однак, значення принципу громадянства не вичерпується лише такою ситуацією, воно вочевидь ширше, оскільки цей принцип входить до більшого правового механізму притягнення громадян України до кримінальної відповідальності в Україні за вчинені ними за межами України злочини. Цей механізм, з одного боку, стимулює державу до захисту інтересів власних громадян, з іншого, виступає гарантією невідворотності кримінальної відповідальності, що вочевидь важливо для держави на території якої перебуває громадянин після вчинення злочину і перед якою ініціюється видача.

Приклади позитивного вирішення розгляданого питання і, відповідно, зразки для вдосконалення нормативного змісту національного принципу чинності КК України можна знайти в зарубіжному законодавстві. Зокрема, згідно з ч.1 ст.6 Кримінального кодексу Республіки Білорусь (далі – КК Республіки Білорусь): "1. Громадянин Республіки Білорусь або особа без громадянства, яка постійно проживає в республіці, які вчинили злочин за межами Республіки Білорусь, підлягають відповідальності згідно з цим Кодексом, якщо вчинені ними дії визнані злочинними в державі, на території якої вони були вчинені, і якщо вони не були притягнуті до кримінальної відповідальності в цій державі..." [6].

Подібний підхід використаний і в Кримінальному кодексі Франції (далі – КК Франції). Зокрема, в ст. 113-6 КК Франції, зазначено, що:

"Кримінальний закон Франції застосовується до злочинів, вчинених громадянином Франції за межами території Французької Республіки.

Кримінальний закон Франції застосовується до проступків, вчинених громадянином Франції за межами території Французької Республіки, якщо вчинене діяння карається згідно з законодавством держави, в якій воно було вчинене.

Ця стаття застосовується й у випадку, якщо правопорушник набув громадянства Франції після вчинення правопорушення, в якому він обвинувачується" [7].

Таким чином, в наведених нормативних положеннях законодавства зарубіжних держав можливість відповідальності їх власних громадян за національним законодавством не ставиться в жодну залежність від положень міжнародних договорів цих держав.

Звичайно такий підхід, закладений у внутрішньому законодавстві, не означає, що в разі виникнення колізії з юрисдикцією іншої держави, остання видасть Франції чи Білорусі їх громадян і не притягне їх самостійно до кримінальної відповідальності, виходячи, скажімо з територіального принципу чинності її законодавства.

Однак, такий підхід забезпечує системний підхід держави до захисту інтересів власних громадян шляхом вжиття всіх можливих заходів для повернення власного громадянина і забезпечення йому можливості нести відповідальність згідно з національним законодавством. Його запровадження в КК України було б суттєвим кроком по реалізації припису ч.3 ст.25 Конституції України, де зазначено, що: "Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами".

Враховуючи вищевикладене, ч.1 ст.7 КК України слід викласти в наступній редакції:

"1. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за цим Кодексом".

1. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються відносин і співробітництва між державами у відповідності до Статуту Організації Об'єднаних Націй від 24.10.1970 р. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 2. Конвенція про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна від 14.09.1963 р. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 3. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо кримінальної юрисдикції зі справ зіткнення суден та інших подій, зв'язаних із судноплавством від 10.05.1952 р // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук та ін. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – 1187 с. 5. Римський Статут Міжнародного кримінального суду // Український часопис міжнародного права. – №1. – 2002. – С.73–121. 6. Уголовный кодекс Республики Беларусь: Палатой представителей 2 июня 1999 года: одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года: текст по состоянию на 12 марта 2007 г. – Минск: Амалфея, 2007. – 336 с. 7. Criminal Code of the French Republic // online legislative database of The Organization for Security and Co-operation in Europe [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30>

Надійшла до редколегії 07.06.10

В. Шамрай, канд. юрид. наук, асист.

ГЕНЕЗИС ПРАВОВОГО СВІТОГЛЯДУ МИКОЛИ МІХНОВСЬКОГО

Стаття висвітлює становлення політичних та правових поглядів Міхновського, які стали основою його правової думки та майбутнього проекту конституції.

Ключові слова: проект конституції, погляди Міхновського.

Статья освещает становление политических и правовых взглядов Михновского, которые стали основой его правовой мысли и будущего проекта конституции.

Ключевые слова: проект конституции, взгляды Михновского.

The article represents up becoming of political and law looks of Mikhnovskiy, which became basis of him law idea and future project of constitution.

Key words: project of constitution, looks of Mikhnovskiy.

Микола Міхновський був наймолодшим сином у своїх батьків, він народився 19 березня (за старим стилем) 1873 року.

Необхідно наголосити на тому, що всі діти в сім'ї Міхновського були виховані в дусі українського патріотизму і безкомпромисного служіння своїй батьківщині. Поведінка, старших братів і сестри, не могла не позначитися на формуванні світогляду наймолодшого Миколи

Міхновського. Відомо, що Володимир Міхновський був автором статей у "Полтавських єпархіальних відомостях" у яких з гордістю писав про теплі стосунки свого батька з родиною Маркевичів, про етнографічну діяльність батька тощо [13, 86]. Гаврило Міхновський – старший брат Миколи, став захисником селянських інтересів на чисельних судових процесах, яких не бракувало на Полтавщині після чисельних селянських виступів і

повстань, його високий рівень національної свідомості описує у своїх спогадах Д.Дорошенко: "В самих Прилуках ми зайшли до адвоката Гаврила Міхновського, рідного брата Миколи Міхновського, якого він дуже нагадував і обличчям і всією своєю постаттю, і своїм патріотизмом в самостійницькому дусі. Я завважив, що на його канцелярії напис був українською мовою, що тоді було рідкістю. Взагалі ціла родина Міхновських була щироукраїнською" [5, 67].

Можна з переконаністю стверджувати, що образи пробуджені народною стихією полонили малого Миколу Міхновського і він уже з дитинства вважав себе нащадком "козацького роду", спадкоємцем борців за національну та соціальну справедливість [12, 227]. Посиливалися ці образи в дитячій уяві традиційними "домашніми читаннями", під час яких батьки ввечері читали дітям твори Миколи Гоголя, Дмитра Стороженка, Данила Мордовія, Івана Котляревського, Григорія Квітки-Основ'яненка та інших класиків української та російської літератури.

Після закінчення гімназії перед Миколою Міхновський постає питання де продовжувати власну освіту? З великою долею ймовірності можна припустити, що на подальший вибір шляху майбутнього основоположника українського самостійництва вплинув його брат Гаврило, який у 1891 році працював на юридичному факультеті Київського університету святого Володимира і схилив Миколу до вступу саме на правничі студії. Відомо, що навчаючись в Київському університеті Гаврило Міхновський на літні вакації навідувався до рідної Турівки, де вів бесіди з молодшим братом, обговорюючи з ним проблеми студентського життя, політичну ситуацію, становище українського народу [14, с.39]. Очевидно, що саме Гаврило Міхновський переконав Миколу в тому, що служіння народу в якості оборонця його прав (адвоката) є найбільш благородною місією.

Матеріали фондів Київського державного архіву свідчать про те, що Микола Іванович Міхновський став студентом Імператорського університету святого Володимира в серпні 1891 року і закінчив повний курс навчання (у той час – 8 семестрів) в середині 1895 року [4, с.4].

Роки навчання в університеті, безперечно, вимагали від Миколи Міхновського потужної самовіддачі. На жаль, у розпорядженні вчених немає даних про всі іспити, які доводилося складати студентові юридичного факультету Міхновському Миколі Івановичу, але окремі екзаменаційні відомості з різних курсів навчання в архівах збереглися. Зокрема відомо, що під час літньої сесії 1892 року, студент першого курсу М.Міхновський 11 травня склав на "чотири" іспит з "Історії і загальної частини системи римського права" професорові Р. Соколовському. Через нез'ясовані причини Міхновський не з'явився на другий іспит з "Юридичної енциклопедії" призначений на 19 травня, а тому складав його наступного дня з іншою групою. Екзаменатори – ординарні професори Д.Піхно та О.Ейхельман, оцінили знання молодого студента на "чотири" [4, с.35].

Попри всі недоліки надто неповороткої системи університетської освіти в Російській імперії, отримана Миколою Міхновським фундаментальна університетська освіта, спілкування з професорами різних, часто діаметрально протилежних, політичних і державно-правових поглядів, справили на молодого Миколу Міхновського колосальний вплив. Згодом, у всіх написаних ним текстах чітко прослідковувалися його фундаментальні знання з державного й міжнародного права, російської правової системи, всесвітньої та української історії, вітчизняної правової традиції.

Роки навчання в Київському університеті святого Володимира відкрили перед Миколою Міхновським не

тільки можливість оволодівати знаннями зі спеціальності, але й суттєво розширити своє світобачення за рахунок систематичної самоосвіти, а також вперше масштабно проявити себе на громадсько-політичній ниві. Як відзначав П.Мірчук, навчаючись в університеті, М. Міхновський цікавився творами П.Куліша, М. Костомарова, М. Драгоманова, працями українських етнографів і фольклористів, ближче знайомиться з ідеями українофілів, хлопоманів, соціалістів, глибоко шанує професора О.Кониського, духовного лідера українського студентства кінця XIX століття. Однак "політичним Євангелієм залишалися для нього тільки політичні поеми Тараса Шевченка" [9, с.20]. Міхновський майже відразу після початку навчання в університеті вступає в полеміку із соціал-демократичним гуртком, що вже існував у студентському середовищі, й намагається довести соціал-демократам помилковість їхніх суджень [10, с.27]. З першого курсу навчання М.Міхновський приєднується до української студентської Громади, до якої окрім нього входили такі помітні постаті українського національно-визвольного руху як В.Шебет, А.Кучинський, І. Стещенко, П.Тучапський, Б.Камінський, М.Кривенюк та ін. Власне, з цього моменту в студента М.Міхновського починають формуватися перші стійкі політичні переконання, починає кристалізуватися власне бачення світу, а його надзвичайно імпульсивна та активна постать невдовзі стає помітною в українському громадсько-політичному русі.

Тож немає нічого дивного в тому, що саме в Київському університеті виникає й перша українська політична організація – Кирило-Мефодіївське братство, яке ставить українську проблему в політичній площині. З появою цієї організації починається істотно новий період в історії суспільно-політичної думки України. Саме лідер братства М.Костомаров започаткував ідеї федералізму, республіканства та соціальної справедливості в українській політичній думці XIX століття. М. Костомаров у своїй відозві "Брати українці" висуває тезу широкої, демократичної федерації слов'ян: "Ми приймаємо, що усі слов'яни повинні з собою поєднатися. Але так, щоб кожен народ закомпонував свою Реч Посполиту і управлявся несмісимо з другими, так, щоб кожен народ мав свій язик, свою літературу і свою справу обществену..." [6, с.96].

Висуваючи ідею широкої української автономії М.Костомаров також висунув ідею цілковитої окремішності українського етносу від російського. Яскраво ці тенденції прослідковуються в його праці "Дві руські народності". У ній автор наголошував на культурних та політичних відмінностях, що є характерними російському та українському народам і природно розмежовують їх [7, с.260].

На загальний характер та методи діяльності громадівців у подальшому, вплинуло те, що царський уряд ґрунтував свою політику стосовно України не тому, що не визнавав окремішності українського народу. Тому в середовищі української інтелігенції черговий раз постало питання про створення теорії про українську ідентичність. У зв'язку з цим, громадівці наприкінці 1860-х – на початку 1870-х рр. розгортають активну видавничу та наукову діяльність, що співпадала з обраним ними просвітницьким напрямком. Це була напівлегальна боротьба за утвердження українського слова, українського етносу як нації, української історії як окремої науки, а не розгляд її в контексті російської. Це була колітка і вкрай необхідна, хоча на перший погляд і не політична, робота для ствердження українства як окремої політичної спільноти [2, с.37-38].

Попри появу перших самостійницьких гасел основною політичною ідеєю в 1890-х рр. серед українських політиків залишався федералізм. Головними вимогами

українських суспільних і політичних діячів була демократизація суспільства в усіх галузях його життя та досягнення національно-політичної автономії для України шляхом перетворення імперій, до яких входили українські землі, у федеративні держави із демократичним суспільно-політичним ладом.

За таких умов, майже неподільного панування автономістсько-федералістських прагнень в українському суспільно-політичному русі розпочав свою громадсько-політичну діяльність Микола Міхновський.

До кола цієї найбільш радикально налаштованої української молоді долучився Микола Міхновський з перших місяців перебування в Києві.

На початку 1892 року, на думу більшості сучасних учених, до "Тарасівців" прилучився Микола Міхновський, який невдовзі стає одним з лідерів київського відділення організації [10, с.30]. Довгий час в історичній літературі побутувала версія про те, що "братство тарасівців" було засноване в березні 1891 року, а серед його фундаторів та ідейних натхненників був саме Міхновський, який на могилі Шевченка зачитав поему Кобзаря і закликав присутніх до підготовки національної революції, яка дозволить створити самостійну державу [9, с.15]. Однак, дана теорія немає під собою ні історичних фактів, ні логіки. У березні 1891 року Микола Міхновський ще був гімназистом і навіть за умови його присутності на Чернечій горі навряд чи міг бути авторитетним промовцем в очах старших за нього студентів. Вона ґрунтується на хибному припущенні П.Мірчука про те, що Микола Міхновський вступив до університету в Києві у 1890, а не в 1891 році.

"Братство тарасівців" було доволі розгалуженою, як на нелегальну організацію, структурою, налічувало 10 філій, загальною чисельністю понад 100 осіб. Серед членів "Братства" були такі в майбутньому визначні постаті українського політичного руху, науки та культури як: М.Кононенко, В.Самійленко, Є.Тимченко, М.Коцюбинський, Б.Грінченко, І.Липа, М.Вороний та ін. Тому прийшовши до "Братства тарасівців" студент Микола Міхновський опинився в центрі українського політичного і культурного життя того часу.

У березні 1892 року, коли в одній із церковних шкіл на Солом'янці в Києві, відбувалося конспіративне святкування забороненого владою дня народження Тараса Шевченка, Микола Міхновський здійснив свою першу спробу публічної промови. Як згадував згодом О. Лотоцький: "Почав він хвилюючись, кількома реченнями, зупинився, підійшов до дверей і безнадійно схилив голову на одвірок. Так ще тоді не призвичаєні були люди публічно говорити, що спасував промовець, який пізніше уславився своїм красномовством, як адвокат в суді при різних громадських виступах" [8, с.212]. Однак, очевидно це була перша і остання публічна невдача Миколи Міхновського. Уже через рік Міхновський перетворюється на доволі шановного лідера українських студентів Києва. Про це яскраво свідчить той факт, що у вітальній адресі на честь 25-літнього ювілею творчої діяльності М.В. Лисенка серед 28 підписів студентів Університету святого Володимира прізвище Міхновського стоїть другим. Ще через місяць – у квітні 1893 року – він головує на першому нелегальному з'їзді "Братства тарасівців" у Києві. На з'їзд прибуло тридцять осіб, серед яких були визнані на той час українські діячі – М.Коцюбинський, В.Самійленко, І.Липа, В.Дейша та ін. [9, с.204]. Безперечно, що двадцятирічний Микола Міхновський ніколи б не отримав права головування в такому поважному товаристві якби не був достатньо відомим, активним і авторитетним членом "Братства". На жаль, точно не відомо які саме рішення прийняв з'їзд, але можна припустити, що саме на цьому зібранні було затверджено перший програмний документ "Братства тарасівців" –

"Profession de foi молодих українців" ("Символ віри молодих українців"), який у тому ж таки квітні 1893 року був опублікований у львівському часописі "Правда", який символізує розрив молодішої генерації українських політичних і громадських діячів зі старим українофільським середовищем, орієнтованим на культурницькі потреби. Молоді українські діячі стверджували, що багачучись на старих здобутках, вони прагнуть до нового політичного життя. "...українофільство показало нам і цілому світові, що існує, нидіє якийсь зневолений грабований нарід, що зветься Українцями; воно поставило нашу ідею на науковий міцний ґрунт; воно стало підвалиною сучасних Українців. В сім його історична заслуга.... і поскільки ми поважаємо і шануємо щирих українофілів, наших батьків, поскільки ми, свідомі Українці, не бажаємо подальший розвиток українофільського руху серед нашої суспільності" [1, с.19-20].

Як бачимо, ідея порятунку пригнобленої нації, як безцінного діаманту в загальнолюдській короні була розвинута Миколою Міхновським, цілком можливо, що саме ним вона й була внесена на український ґрунт. На можливе авторство цієї ідеї вказує також згадка про "однакове право" всієї "людськості". Саме Микола Міхновський, як юрист, у майбутньому приніс в українську політичну думку правовий аспект, посилення на загальнолюдські, національні права, які стали нормою західноєвропейської правової системи від часів Великої французької революції.

Для нас є однозначним те, що саме в "Братстві тарасівців" Микола Міхновський заклав основи свої політичних поглядів як переконаний самостійник, в ньому він вперше отримав можливість викласти свої ідеї в програмних документах, запропонував оригінальні думки поєднання загальнолюдських і національних цінностей, подивився на кожну окрему націю як складову світового організму, який загалом не може бути здоровим за умови "недуги" одного "органу". Робота в нелегальній організації навчила Міхновського правилам конспіративної діяльності, дала йому неоціненний організаційний досвід, перетворила Миколу Івановича на талановитого оратора й авторитетного молодіжного лідера.

Колосальний вплив на становлення світогляду та політичних поглядів Миколи Міхновського, безперечно мали ті публічні дискусії, які велися українською інтелігенцією в першій половині 1890-х рр. Насамперед йдеться про полеміку між М.Драгомановим та Б.Грінченком викладену в "Листах з України Наддніпрянської" (Б. Грінченка) та "Та листах на Наддніпрянську Україну" (М. Драгоманова). Будучи по боці більш радикального Грінченка, Міхновський, водночас, схвально сприймає окремі ідеї М.Драгоманова. Зокрема, велике враження на студента Міхновського справив памфлет М. Драгоманова "Історична Польща і великоруська демократія" [3, с.212].

Свій відбиток на світогляді Міхновського залишив візит у студентські роки до Львова і знайомство з українським політичним життям Галичини. У Львові Микола Іванович знайомиться із колишнім однокурсником свого брата Михайлом Грушевським, а також із провідним українським літератором та публіцистом Іваном Франком. Останній справив особливо велике враження на кристалізацію суспільно-політичних орієнтирів Міхновського. Сучасник Миколи Івановича А.Жук згадував: "Знаючи трохи Міхновського, можу твердити, що найбільший вплив на формування його світогляду і його політичних поглядів мав власне Іван Франко, своєю публіцистикою і своїми патріотичними віршами... Однак жоден вчитель не міг дати конкретних відповідей на безлічі питань, зокрема політичних, які щоденно ставило життя. Це робив сам Міхновський. Він був занадто безпосередньою натурою, щоб з писань Франка і Дра-

гоманова не витягти найбільше йдучих політичних кон- секвенцій..." [3, с.59].

Так у родинній оселі батьків, у розмовах із братами і ровесниками, у часи студіювання гімназійних наук, у підпільній роботі, дискусіях і суперечках, в роки навчання в Київському університеті, зароджувався світогляд людини, якій судилося невдовзі відкрити нову епоху в українській політичній і державно-правовій думці – епоху самостійництва. Тезово формулюючи політичні переконання Міхновського на момент закінчення університету, можна стверджувати, що він вірив у:

- природну рівність усіх націй, незалежно від того чи вони належали до категорії "історичних" чи "неісторичних",
 - неможливість збалансованого розвитку людства за умови існування поневолених народів,
 - необхідність здобуття повної самостійності України як реалізації природного права нації на самовизначення.
- Згодом, вступивши у доросле життя, адвокат і політик Микола Міхновський, розвине та закріпить свої світоглядні засади, закладені в молоді роки у формі нових політичних і правових концепцій.

1. Profession de foi молодих українців // Українська суспільно-політична думка в 20 столітті: Документи і матеріали. – Т. 1. – Б. м.: Сучасність, 1983. – С. 19-20. 2. Бутенко А.П. Еволюція поглядів М. Міхновського на українську державність та шляхи їх практичної реалізації. – Бутенко А.П. Дис. на здобуття наук. ступеня канд. іст. наук: 07.00.01 – історія України. К.: Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова, 2005. – 219 с. 3. Гирич І. Листування З.Книша і А. Жука з приводу книжки про М.І. Міхновського // Молода нація. – 2003. – № 2. – С. 212. 4. ДА м. Києва – Ф. 16. – Оп. 465. – Спр. 597. – Арк. 15. 5. Дорошенко Д. Мої спомини про давнє-минуле (1901-1914 роки). – Вінніпег – Манітоба, 1949. – 67 с. 6. Кирило-Мефодіївське товариство: у 3 т. / АН. УРСР. Ін-т. історії та інш.; Редкол. П. Сохань (гол ред) та інші; – К.: Наукова – думка, 1990. Т.1. / Упоряд. І. І. Глизи та інші. – С. 96. 7. Костомаров Н. І. Две русские народности. // Основа. – 1862. – № 5. – С. 253–287. 8. Лотоцький О. Сторінки минулого. – Т. 1. – Варшава, 1929. – С. 212. 9. Мірчук П. Микола Міхновський. Апостол Української держави. – Мірчук П. Філадельфія: Товариство студіюючої молоді ім. М. Міхновського, 1960. – 136 с. 10. Ситнік В.П. Громадсько-політична діяльність М.Міхновського. Ситнік В.П. – Дис. на здобуття наук. ступеня канд. іст. наук: 07.00.01 – історія України. К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2005. – 208 с. 11. Слабченко М. Матеріали до економічно-соціальної історії України XIX століття. – Харків, 1927. – Т. 2. – С. 204. 12. Совачева Г. Спомини про Миколу Міхновського // Молода нація. – № 2. – 2003. – С. 227. 13. Стомба О. Матеріали до історії роду Міхновських // Український історик – 1983. – № 2. – С. 74–92. 14. Турченко Ф.Г. Микола Міхновський: життя і слово. Турченко Ф. Г. – К.: Генеза, 2006. – 320 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 346.21+347.192.3 + 347(075.8)

І. Лукач, канд. юрид. наук, асист.

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА В АНГЛІЇ ТА США

В статті досліджується історія становлення корпоративного права в законодавстві Великобританії та США, а також розглядаються його витoki в стародавній та середньовічній історії. Зроблена періодизація корпоративного права США та Англії: створення компаній шляхом видачі хартії та шляхом реєстрації.

Ключові слова: корпоративне право; історія становлення корпоративного права в Стародавньому світі та Середньовіччі; історія становлення корпоративного права в Англії та США.

В статье исследуется история становления корпоративного права в законодательстве Великобритании и США, а также рассматриваются его истоки в древней и средневековой истории. Произведена периодизация корпоративного права США и Англии: создание компаний путем выдачи Хартии и путем регистрации.

Ключевые слова: корпоративное право; история становления корпоративного права в Древнем мире и Средневековье, история становления корпоративного права в Англии и США.

In this paper the history of the formation of corporate law in the UK and the U.S. is examined, as well as its roots in ancient and medieval history. Periodization of corporate legislation in America and England was made: the legalization of companies by issuing a charter and by registration.

Keywords: corporate law, corporate formation history in the Old World and the Middle Ages, History of corporate law in England and the USA.

Корпоративне право – одна з найбільш динамічних і, разом з тим, сталих за формою галузей господарського права. Остаточне формування системи корпоративного права відбулося ще на початку XX ст., а його догматизація відбулася в 50-тих рр. XX ст. В цій статті ми хочемо прослідкувати основні етапи формування юридичної корпоративної думки протягом 19-20 ст. та виявити загальні передумови формування корпоративного права до 19 ст.

Однією з причин дослідження є той факт, що автором виявлено одноманітність регулювання корпоративного права в різних країнах. А саме, основні корпоративні інститути управління принципово майже не різняться, хоча і мають специфічні особливості. Саме тому потрібно виявити спільні риси в розвитку корпоративного права. Ми обрали Сполучені Штати Америки (далі – США) та Великобританію як країни в яких, по-перше, в сучасному розумінні виникли корпорації, а потім і сформувалися, по-друге, за невеликим винятком, корпоративне право цих країн завжди було взірцевим, а інші країни приводили своє законодавство у відповідність з основними тенденціями його розвитку в цих країнах.

В українській та російській науці приділялася деяка увага історії становлення корпорацій, зокрема в працях В.А. Белова, О.М. Вінник, В.В. Гущина. Проте комплексного дослідження становлення корпоративного права в

Великобританії та США не було зроблено. Метою статті є розкриття історичного процесу становлення корпоративного права в англосаксонській правовій системі.

Перш за все хотілося б відійти від основного предмету дослідження та показати історичні прототипи корпорацій. У цьому зв'язку цікавим є підхід професора Єльського університету Канна про те, що задовго до проникнення в Стародавню Індію античних ідей, в Індії виникають реальні юридичні особи [19, 8]. Вони дістали назву срені та були відділені від їх членів. Цікавим фактом є те, що деякі срені налічували до 1000 членів та управлялися 2-3 виборними головами – виконавчий орган, – що отримували навіть зарплатню за таку адміністративну роботу [19, 9]. Влада виконавчого органу була обмежена асамблеєю – прообраз загальних зборів, – що могли суттєво обмежити владу виконавчого органу або ж навіть його замінити [19, 13]. Важливим елементом було державне регулювання діяльності срені, а саме, раджа встановлював чим вони мали торгувати, ціни та якість продукції [19, 12]. Таким чином, срені мали деякі важливі ознаки корпорації: відділене майно від вкладників, наявність виконавчого органу та загальних зборів.

На наш погляд, навряд чи можна прослідити становлення корпорацій в Стародавньому Римі, хоча там і зародилися перші юридичні особи. Так, у стародавньо-

му праві ще не було відокремленого майна корпорацій, це була спільна неподільна власність членів корпорації. У випадку припинення корпорації майно ділилося між останнім складом її членів. Корпорація, як така, не могли виступати в цивільному процесі [5, 70]. А. І. Камінка ставив питання, чи могли юридичні особи римського права, що, на його думку були прообразами простих підприємств, бути основою для широкого розвитку підприємницьких відносин [3, 7].

Таку точку зору також підтримував І. А. Покровський, дійшовши висновку, що воля товариства у великій мірі залежала від волі її членів (як правило – це членів сім'ї). Юридичні особи в римському праві не досягли свого повного розвитку, тим не менше не лише ідея юридичної особи була римським правом створена, але і дано її основне практичне вираз: були вироблені поняття правоздатності, не залежної від імені фізичної, прийоми штучної дієздатності і навіть основні типи юридичних осіб (корпорації та установи) [6, 37]. О.М. Вінник зазначає, що римському праву були відомі переважно організації та сформовані на договірних засадах групи за участю фізичних осіб, на відміну від сучасних господарських товариств з їх розмаїтим складом учасників [1, 84].

Таким чином, воля юридичної особи в римському праві ще не була відокремлена від волі сім'ї та держави, що відрізняє їх від сучасних корпорацій, в яких воля формується чи їх власниками, чи виконавчим органом. Однак, саме в Стародавньому Римі сформувалася легальна юридична оболонка всіх юридичних осіб в цілому і корпорації зокрема. Хоча, як особлива форма юридичної особи, прообраз корпорації склався набагато пізніше у Середньовіччі.

Г. Ф. Шершеневич вбачав у прообразах акціонерних компаній середньовічні морські товариства та італійські державні кредитні союзи. Останні виникають через зборгованість держави перед кредиторами з метою спільної експлуатації доходів у вигляді процентів і погашення боргу. Такі союзи дістають назву *таонае* чи *montes* (від арабського *таонах* – спільна поміч та підприємство). Перша згадка про таке об'єднання 1346 р., а особлива відомим став генуезький банк Св. Георгія, який було побудовано за таким же принципом [7, 372].

Право на першість корпорації оспорують Франція та Швеція. Близько 1250 у Франції, в Тулузі, 96 акцій компанії *Сосьєте де Мулен дю Базакль* продавалися в залежності від прибутковості фабрик товариства [12]. Найстарішою корпорацією в сучасному її розумінні більшість західних науковців схильні вважати *Стора Копарберг*, що була заснована в 1347 р. (однак є дані, що перші її акції були продані ще в 1288 р.) в м. Фалун у Швеції. До речі, у видозміненому вигляді ця корпорація діє до сьогодні під назвою *Стора Енза*. У 1347 Король Магнус Еріксон видав Указ, що встановлював корпорацію головних шахтарів. Найбільший мідний постачальник в середньовічній Європі, *Корпарберг* зробив Швецію впливовою політичною силою; його доходи фінансували частину Тридцятирічної Війни (1618-48), яка встановила Шведську гегемонію над Європою протягом майже сторіччя [27].

Потрібно зауважити, що Середньовічні корпоративні утворення суттєво вплинули на розвиток корпоративного права Англії, а потім і США, оскільки вони мали певні важливі риси корпорацій, зокрема: мали статус юридичної особи, їх майно було відділено від майна держави та акціонерів, статутний фонд було поділено на акції (втім акції не були вільні для розповсюдження).

Розвиток корпоративного права Нового часу пов'язаний з розвитком торгових зв'язків з Індією та Америкою. Спочатку компанії створювалися на одну подорож

корабля, та з плином часу виникла необхідність створення довготривалого союзу. Таким чином, потрібно було відійти від простого товариства до більш складної форми акціонерного товариства, яке могло б забезпечити залучення більших інвестицій. Найстарішими акціонерними компаніями були Датська Ост-Індська компанія 1602 р. та Англійська Ост-Індська компанія 1600 р. Остання, завдяки підтримки британської корони та війська, стала домінуючою фігурою у торгівлі з Індією. Зіткнення компанії з іноземними конкурентами в кінцевому підсумку спричинило необхідність перетворення компанії не тільки на першого імпортера та експортера Індії, але і на імперську адміністративну та військову машину. Компанію очолював один управляючий та 24 директорів, які складали правління директорів. Вони були призначені, і доведені до правління власників. У правлінні директорів було 10 комітетів, підзвітних йому [10]. Ця компанія мала наслідування як у Голандії, так і у Франції. Ост-Індська компанія припинила своє існування як монопольне утворення в 1873 році [23].

Саме в 17-18 ст. в Англії, а потім і в США корпорації набувають сучасних рис. Основною рисою корпоративного права англійської моделі є відсутність кодифікованого акта загально цивільного і загально торгового змісту, а корпоративні відносини регулюються окремими законами [4, 106].

Відмітимо, що ще в 1720 р. англійський парламент прийняв закон відомий як Закон про бульбашкові компанії. Він спробував заборони шахрайські компанії, однак поряд з цим поставив більшість компанії поза законом, і не сприяв інтересам промисловості і торгівлі, а також захисту інвесторів [24]. Цей закон був направлений на те, щоб статuti компанії куплялися у держави (фактично, легалізуючи компанію) за шалені гроші. Разом з тим, не можна не відмітити історичну цінність цього закону, який став першим у світі комплексним законом з регулювання корпоративних відносин.

Основу сучасного корпоративного законодавства у всьому світі було закладено у Великобританії у 19 ст. низкою законів. Хотілося б зауважити, що до 1844 р. широким англійським бізнес колом не було доступу до акціонерних компаній з акціями у вільному обороті, а обмежена відповідальність компаній була введена лише в 1855 р. [11, 2]. Відмітимо, що до прийняття цих законів створення акціонерних товариств відбувалося на основі видачі хартиї, а не у реєстраційному порядку як зараз. Таким чином, *періодизацію корпоративного законодавства як Англії, так і США можна поділити на два періоди: створення корпорацій шляхом видачі хартиї та шляхом реєстрації*.

Хотілося б зробити невеличкий відступ щодо термінології. В Англії до 1862 р. акціонерні компанії мали назву *joint stock company*. З 1862 р. набуло розповсюдження проста назва *company*, яка на сьогодні має такі види: приватна та публічна акціонерна компанія (*private and public company limited by shares*), компанія з обмеженою відповідальністю (*limited liability company*), компанія з необмеженою відповідальністю з акціонерним капіталом чи без (*unlimited company with or without a share capital*), компанія з додатковою відповідальністю (*private company limited by guarantee*). В США з початку 19 ст. для позначення терміну "акціонерне товариство" було введено термін бізнес корпорації (*business corporation*) [9, 4].

Історія сучасної юридичної компанії в Англії почалася в 1844 році, коли було прийнято Акт про акціонерні компанії. Закон 1844 р. передбачав, що компанія може бути заснована шляхом реєстрації в бюро реєстрації акціонерних товариств (без отримання Королівської

хартії або санкції зі спеціальним дозволом парламенту). Це стало першим в історії Англії закріпленням реєстраційного порядку створення корпорації. У 1855 р. Актом про обмежену відповідальність вперше передбачено обмежену відповідальність для членів зареєстрованої компанії. Однак, вже у 1856 Акт 1844 був скасований, що ознаменувало початок нової ери в історії права компаній в Англії. Акт про акціонерні компанії 1856 заклав основу сучасного способу створення компаній за допомогою затвердження меморандуму та статуту.

Першим введенням сучасної назви як Акт про компанії став 1862, яким введено сучасні інститути та інструменти сучасного корпоративного права. По-перше, було проголошено, що два документи, а саме меморандум та статут, стали невід'ємною частиною права обмеженої відповідальності в компаніях. По-друге, у компанії могла бути відповідальність, обмежена гарантією. По-третє, будь-які зміни до положень в установчому договорі були заборонені. Таким чином, склалася відома нам основна конструкція компанії. Сер Френсіс Палмер описав цей закон, як Велика хартія вольностей корпоративних підприємств. Актом 1890 р. зроблено поступки щодо змін до установчих документів з дозволу суду на основі спеціальної резолюції членів загальних зборів. Потім була введена відповідальність директорів компанії Актом про відповідальність директорів 1890 р. та обов'язковий аудит бухгалтерської звітності компанії Актом про компанії 1900 р. Конструкція приватної компанії була введена вперше в Акт про компанії 1908 р. [21].

Відмінною рисою Акту 1948 був акцент на публічній звітності компанії. Загальноовизнані принципи бухгалтерського обліку отримали законодавчу силу і повинні були застосовуватися при підготовці балансу і звіту про прибутки та збитки. Крім того, в 1948 англійський законодавець продовжив захист меншості, а також були введені повноваження ради з торгівлі з метою розслідування справ компанії, і вперше акціонери на загальних зборах отримали право усувати директора до закінчення терміну його повноважень. Разом з тим, незалежність аудитора по відношенню до директорів зміцнила свої позиції. Сучасне Англійське корпоративне законодавство складається з Акту про компанії 2006 р., яким було замінено Акт про компанії 1985 р. [14].

Перші колоніальні корпорації, що були створені на території США, були схожі на англійські корпорації, адже це була територія англійської корони (першою англійською корпорацією в Північній Америці стала Вірджинська компанія Лондона 1606 р. [26]). Корпорації американських колоній керувалися хартіями, що були видані англійськими королями, на зразок англійських компаній. У 1612 р. у справі Хустон проти Хоспіталь було проголошено принцип, що ніхто крім короля не може створювати чи робити корпорації [8, 5-6]. Однак, поступово зі зростанням ролі місцевої влади в колоніях, все більше корпорацій створювалися за розпорядженнями місцевої влади, тоді як чарти короля про створення корпорацій зникали [8, 6].

Коли в 1776 р. США проголосили незалежність, штати наклали умови щодо створення корпорацій: хартії корпорацій надавалися на обмежений час і могли бути скасовані негайно у випадку порушення законів; корпорації могли виконувати лише дії, що були необхідними для досягнення задекларованої мети; корпорації не могли володіти часткою в інших корпораціях, а також бути власниками будь-якої власності, що не мала відношення до виконання їх задекларованої мети; корпорації часто припинялися, якщо вони перевищували свої повноваження або викликали суспільну шкоду; власники і менеджери були відповідальні за злочинні

дії, здійснені у дії, що були вчинені на роботі; корпорації не могли зробити ніяких політичних або добродійних вкладень, а також витратити гроші з метою впливу на прийняття законів [25].

Протягом 100 років після Американської Революції, законодавець підтримував суровий контроль над видачами хартій корпораціям. Із-за широко поширеної суспільної опозиції, ранні законодавці видавали дуже мало хартій корпораціям, і то лише після дебатів. Об'єднаним бізнес-структурам забороняється вживання будь-яких заходів, які окремо не були дозволені законодавцем [25].

Разом з тим, законодавче закріплення корпорацій в США відбувається на рівні законів штатів, так першим став Закон про інкорпорацію Нью-Йорку 1811 р., згідно якого п'ять чи більше людей, що об'єдналися та бажають створити компанію з виробництва тканини, скла або металургійних виробів тощо, могли заповнити у секретаря штату стандартну форму та отримати статус корпорації на 20 рр. [2, 20]. Таким чином, окремі штати ввели реєстраційну процедуру раніше англійського Акту про акціонерні компанії 1844 р.

Деякі важливі питання правоздатності корпорацій регулювалися Верховним Судом США. Так, поняття корпорації було визначено в 1819 р. у справі Дартмутського коледжу, в якій головний суддя Верховного суду США Маршалл встановив, що "корпорація є штучним утворенням, невидимим, невідчутним та існує тільки в спогляданні права" [25]. Цікавим є факт, що в 1886 р. Верховний Суд США у справі Санта-Клара проти Південної залізниці прирівняло корпорації до фізичних осіб і навіть дало їм право на свободу слова. Ця безпрецедентна юридична помилка була виправлена лише 60 рр. потому, коли суддя Верховного суду Вільям Дуглас висловився з приводу справи Санта-Клари, як про таку, що "не може бути підтримана історією, логікою і розумом" [22].

В загальному хотілося б відмітити, що процес створення корпорацій в США був набагато легший, ніж в Англії, що підтверджує раннє законодавче та судове регулювання корпоративних відносин. До 1800 р. було зареєстровано біля 335 корпоративних утворень [9, 24], а до 1919 р. в корпораціях було залучено 80 % робочої сили США [22].

До 1900 року, всі штати розробили принаймні одну стандартну форму юридичної особи з п'ятьма характеристиками, притаманними сучасним корпораціям. А саме, (1) конструкція юридичної особи, в тому числі чітко визначених повноважень, достатніх для укладення договорів та для забезпечення цих контрактів активами, які є власністю компанії, а не власників фірми, (2) обмежена відповідальність для власників і керівників, (3) акціонерна форма власності для інвесторів капіталу, (4) делеговане управління в структурі ради компанії, та (5) акції з можливістю передачі [11, 1-2].

Законодавство США про корпорації остаточно сформувалося на початку 20 ст. Оскільки Конституція США дозволяє інкорпорувати будь-яку компанію в штатах, то саме закони штатів регулюють більшість питань щодо правосуб'єктності корпорацій. Найбільш відомими є Закони про бізнес корпорації штатів Делавар, округу Колумбія та міста Нью-Йорк.

Однак, загальним для всіх штатів є Модельний Закон про бізнес-корпорації (перше видання 1950 р., остання редакція від 2002 р.), розроблений Американською асоціацією юристів [13]. Він не є (як і всі Модельні або Єдині закони чи кодекси) федеральним законом, але 42 штати домовилися про його імплементацію до законів про бізнес корпорації штатів. Варто відмітити, що ще на початку 20 ст. було розроблено Єдиний закон

про товариства 1914 р. – Uniform Partnership Act [15] (сучасна редакція 1997 р.), та Єдиний закон про командитні товариства – Uniform Limited Partnership Act 1916 рр. (сучасна редакція 2001 р.) [26].

Разом з тим, на корпоративні відносини розповсюджується і деякі федеральні закони. По-перше, це закони щодо фондового законодавства. Зокрема Законом про цінні папери від 1933 р. [17] було встановлено принцип відкритості особи емітента та вільного доступу до фінансового стану корпорації. Законом про торгівлю цінними паперами 1934 р. [18] встановлені п'ять фондових бірж в США: Американська (тепер злилася з Нью-Йоркською), Нью-Йоркська, Цинцинаті, Філадельфії та Тихого океану. Також Закон Сарбейнса-Окслі 2002 р. ввів багато нових правил щодо правового становища державних корпорацій та правового режиму їх акцій [28].

По-друге, антимонопольні закони, першим серед яких був Закон Шермана, що проголосив поза законом "кожен контракт, комбінацію або конспірацію в обмеженні свободи торгівлі і монополізації і розглядав ці порушення, як злочини". Таким чином, Конгрес надав федеральним судам екстраординарну владу для розмежування прийнятної кооперації від нелегальної таємної угоди, між сильним змаганням і незаконною монополізацією [20]. Цей закон заклав основу формування конкурентного права США, яке відоме світу як антитрастове право. До інших важливих конкурентних законів варто віднести Закон Клейтона та Закон про Федеральну торгову комісію.

По-третє, Корпорації повинні також відповідати широкому спектру федеральних законів, що регулюють зайнятість населення, охорону навколишнього середовища, регулювання випуску та реалізації продуктів харчування та ліків, інтелектуальної власності та інших галузях.

Таким чином, корпоративне право хоча і зародилося в Середньовіччі, де корпорації набули суттєвих ознак сучасних корпорацій, втім найбільшого розвитку досягло саме в законодавстві Англії та США в 19-20 ст. Саме тоді сформувалися основні притаманні їм риси та правові інститути, зокрема обмежена відповідальність акціонерів та вільні для обігу акції. Втім, не можна не відмітити, що і в Європі 19-20 ст. корпоративні утворення

також стрімко розвивалися та мали свої особливості, що є предметом для подальших досліджень.

1. Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Монографія. – К.: Атіка, 2003.
2. Гушин В.В. Корпоративне право: учебник. – М.: Эксмо, 2009. – 624 с.
3. Каминка А. И. Основы предпринимательского права. – М.: Зерцало, 2007. – 317 с.
4. Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт, 2009. – 678 с.
5. Новицкий И. Б. Римское право – Изд. "ГЕИС": М., 2002. – 310 с.
6. Покровский И.А. История римского права. – М.: Статут, 2004. – 540 с.
7. // Наводиться за: http://civil.consultant.ru/elib/books/25/page_37.html
8. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. – М.: Статут, 2003. – 480 с.
9. Davis, J. S. Essays in the Earlier History of American Corporations. Number I-III. – Harvard economic studies, 1917. – 547 p. // Наводиться за: <http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/davisjoe/EssaysEarlyAmericanCorps01.pdf>
10. Davis, J. S. Essays in the Earlier History of American Corporations. Number IV. Eighteen century business corporations in the United States. – Harvard economic studies, 1917. – 419 p. // <http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/davisjoe/EssaysEarlyAmericanCorps02.pdf>
11. Gardner, Br. The East India Company: a History. McCall Publishing Company, 1972 // Наводиться за: http://en.wikipedia.org/wiki/East_India_Company#cite_note-10
12. Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law // Yale Law School. Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper. – 2000. – No. 235 // Наводиться за: http://papers.ssrn.com/paper.cfm?abstract_id=204528. – 36 p.
12. History of Paris stock exchanges // <http://www.euronext.com/editorial/wide/editorial-1989-EN.html>
13. <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbsca2002.pdf>
14. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>
15. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/upa97fa.htm>
16. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulpa/final2001.htm>
17. <http://taft.law.uc.edu/CCL/33ActRIs/index.html>
18. <http://taft.law.uc.edu/CCL/34ActRIs/index.html>
19. Khanna, V. S. The Economic History of the Corporate Form in Ancient India // http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Khanna_Ancient_India_informal.pdf – 57 p.
20. Kovacic William E., Shapiro Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking // <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>
21. Kumar R. Origin and Evolution of the Modern Company Law // <http://www.legalserviceindia.com/articles/eocindia.htm>
22. Lasn W. C. The History of Corporations in the United States // http://www.thirdworldtraveler.com/Corporations/Hx_Corporations_US.html
23. Landow George P. The British East India Company – the Company that Owned a Nation (or Two) // <http://www.victorianweb.org/history/empire/india/eic.html>
24. Origin and Evolution of the Modern Company Law <http://www.legalserviceindia.com/articles/eocindia.htm>
25. Our Hidden History Of Corporations in the United States: http://reclaimdemocracy.org/corporate_accountability/history_corporations_us.html
26. Phillips. Karl R. How Virginia Got Its Boundaries // <http://www.virginiaplaces.org/boundaries/boundaryk.html>
27. The oldest corporation in the world. – Time. – 1963. – 15 March // <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,870230-1,00.html>
28. <http://taft.law.uc.edu/CCL/30Act/toc.html>

Надійшла до редколегії 07.06.10

В. Крижанівський, канд. юрид. наук

ГЕНЕЗИС НЕЗАЛЕЖНОЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Стаття присвячена дослідженню соціальної та правової природи незалежності судової влади, удосконаленню системи засобів її забезпечення. Розглядаються проблеми взаємодії судової влади із законодавчою й виконавчою гілками влади. Звертається увага на форми соціального контролю за судовою діяльністю.

Ключові слова: *судова влада, незалежність судової влади, незалежність суддів.*

Статья посвящена исследованию социальной и правовой природы независимости судебной власти, усовершенствованию системы средств её обеспечения. В работе рассматриваются проблемы взаимодействия судебной власти с иными ветвями государственной власти – законодательной и исполнительной. Обращается внимание на формы социального контроля за судебной деятельностью.

Ключевые слова: *судебная власть, независимость судебной власти, независимость судей.*

Article is devoted to the research of social and legal nature of judicial independence, improvement of the system of its guarantees. The problems of cooperation of judiciary with legislative and executive branches of power are thoroughly examined. The author also stresses on the perspectives of public control over judiciary.

Key words: *judiciary, independence of judiciary, independence of judges.*

На сучасному етапі розвитку українського суспільства, в період становлення та розвитку правової держави, формування громадянського суспільства актуалізуються дослідження сутності судової влади та гарантії забезпечення її незалежності. Незалежність судової влади є однією з значимих демократичних засад суспільства, реалізація якої – важлива умова побудови правової держави в Україні.

Незалежність судової влади необхідно розглядати з позицій теорії розподілу влад. Невизнання на конститу-

ційному рівні судової влади в якості самостійної гілки державної влади не створювало передумов для теоретичного розробки поняття "судова влада" та відповідних гарантії її функціонування. Звідсіля і відсутність відповідного терміну в політичному, законодавчому та науковому лексиконі [1, с.24]. Закріплене в Конституції УРСР 1978 р. положення про незалежність суддів і підкорення їх тільки закону означало лише формальну заборону на втручання у судову діяльність по відправленню правосуддя, а не визнання за судовою владою

© Крижанівський В., 2010

якості самостійного виду державної влади, рівного по своєму значенню в демократичному суспільстві з іншими гілками влади.

Україна проголосивши себе суверенною, незалежною, демократичною, соціальною та правовою державою, тим самим визнала, що існування і функціонування будь-яких інститутів в державі базується на принципах правової держави. Одним із принципів останньої є принцип розподілу влад. Відповідно до ст.6 Конституції України державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Але щоб дійти до цього, потрібні були віки [2, с.4].

Ще Аристотель зазначав, що у всякому державному устрою є три "елементи". Перший – законодавчий орган, який вирішує усі найважливіші питання життя держави і до того ж володіє деякими спеціальними судовими функціями. Другий "елемент" – інститут адміністративної (виконавчої) влади, третій – інститут судовий. Саме ці три елементи складають основу кожної держави [3, с.514].

Дійсно, вже за часів античності філософами висловлювалась необхідність розмежування діяльності державних органів, проте як писав В.С. Нерсесянц внаслідок відсутності у стародавній час абстракції політичної держави відсутня була також й абстракція влади політичної держави, про розподіл якої, за суттю, і йде мова в Новий час [4, с.99]. Тобто розмежування функцій державних органів стає необхідним у період Нового часу.

Класичну форму теорії розподілу влади придбала у працях видатного французького мислителя Монтеск'є, який не поділяє владу на три абсолютно самостійні влади: він говорить про "три роди влади", тобто про три частини єдиної влади, що з метою кращого устрою держави розподілена між окремими його структурами [5, с.156]. Очевидно, що Монтеск'є має на увазі єдину державну систему, що діє як на підставі відособлення її різних структур, так і на підставі їхньої тісної взаємодії. Тверде, абсолютне розмежування влади, повна незалежність державних органів один від одного і відсутність взаємозв'язку між ними призвели б до розпаду всієї державної системи.

Назвавши три влади, Монтеск'є визначає і сферу діяльності кожної. Так, перша, законодавча – видає, скасовує закони, виправляє їх. Друга, виконавча – вирішує питання війни і миру, питання безпеки держави. Третя, судова – карає за злочини і вирішує зіткнення між приватними особами.

Відповідно до концепції Монтеск'є, суд здійснює тільки функцію відправлення правосуддя. У той же час частину судової влади він передає законодавцям. На його думку, парламент повинен складатися з двох палат або зборів: збори шляхетних (як верхня палата) і збори представників (як нижня палата). Верхня палата має право судити представників феодалної знаті (а не звичайні суди). По-друге, верхня палата здійснює зниження покарання нижче нижчої межі та помилування. По-третє, ця палата підмінюючи судову владу відіграє роль противаги. "Із трьох влад судової у відомому змісті як би зовсім не влада, а скоріше гарантія влади. Залишаються лише дві інші: для стримування їх від крайностей вони мають потребу у владі регулюючої, і та частина законодавчих зборів, що складається зі шляхетних, дуже придатна для цього призначення [6, с.160-161]. Таким чином, Монтеск'є позбавляє судову владу одного з головних її повноважень – судового контролю.

Дане твердження явно суперечить його концепції поділу влади на три самостійні незалежні влади. Говорячи про судову владу як про "гарантію влади" і передаючи частину її повноважень верхній палаті парламе-

нту, він, тим самим, поставив її в підлегле положення в порівнянні з законодавчою і виконавчою владою. У даному випадку при створенні моделі державного устрою в поглядах Монтеск'є взяв гору класовий підхід.

Цікавими є погляди Монтеск'є на організацію судової влади. На його думку, судова влада, по перше, повинна бути доручена не постійно діючому органу, а особам, що "...у відомі часи року, по визначеному законом способу, беруться з народу (як в Афінах) для створення суду, тривалість дії якого визначається вимогою необхідності). По-друге, судді повинні бути виборними і лише в крайніх випадках призначеними. По-третє, суд повинен бути колегіальним. По-четверте, Монтеск'є бачить у стабільності судової практики показник точності застосування діючого закону. По-п'яте, вироки повинні виноситися не як приватні думки суддів, а як відображення загальних правил закону в конкретній обстановці.

У своїй великій праці Монтеск'є не тільки вказав на основну задачу суду – здійснення правосуддя, а і підкреслив, що положення закону обов'язкові як для виконавчої так і для судової влади в процесі їх діяльності. Сформульована ним концепція поділу влади, що має у своїй основі найбільш повне забезпечення прав і свобод людини, стала ядром класичної теорії поділу влади. Практично всі конституції демократичних держав містять у собі елементи концепції Монтеск'є.

Своє законодавче відображення принцип розподілу влади знайшов в Конституції США 1787 р., де в ст. 3 розділі 1 закріплено існування судової влади як окремої гілки влади: "Судова влада Сполучених Штатів здійснюється Верховним Судом і тими нижчими судами, які Конгрес може час від часу засновувати і створювати. Судді як Верховного суду, так і нижчих судів зберігають свої посади до тих пір, поки їх поведінка бездоганна; у визначенні строки вони отримують за свою службу винагороду, яка не може бути зменшена, поки вони знаходяться на своїй посаді" [7, с.43].

Французька конституція 1791 р. передбачала, що судова влада не може реалізовуватись ні законодавчим корпусом, ні королем. Правосуддя здійснюється суддями, які обираються на строк народом і затверджуються на посаді королем. Судді не могли бути зміщені інакше як за посадові злочини, належним чином встановлені у судовому порядку, ні тимчасово відсторонені від посади інакше як внаслідок порушення проти них обвинувачення. В той же час суди не могли вторгтися в здійснення законодавчої влади, призупиняючи застосування законів, а також в круг діяльності органів управління. Таким чином, у Французькій конституції 1791 р. не тільки застосовується термін судова влада, а й визначаються принципи співвідношення судової влади з іншими гілками влади: законодавчою та виконавчою.

Принцип розподілу влади на окремі самостійні гілки знайшов і подальше втілення у Франції. Так. Стаття 19 Конституції Французької республіки 1848 р. передбачала, що розподіл влади – це перша умова вільного уряду [8, с.218].

Що стосується становлення самостійної судової влади на території України та Росії, то можна зазначити, що тут законодавство більш обережно підходило до поняття судової влади. Воно в більшості своїй містило положення щодо судової системи взагалі та принципів організації і діяльності судів.

На історичний розвиток судової влади в Україні, так само як і її незалежності значною мірою впливала політична залежність України від інших держав, передусім тих, до складу яких вона входила на різних етапах свого історичного розвитку. Ще з часів Київської Русі, де найбільш повно судовий розгляд конфліктів регулювався

нормами Руської Правди. На думку В.Т. Маляренка діяльність судів цього періоду не позначалася жорстокістю ні в здобутті доказів, ні у покаранні [9, с.3]. Після розпаду Київської Русі на окремих українських землях ще протягом тривалого часу діяли норми Руської Правди. За часів перебування українських земель у складі Литви та Польщі (XIV – середина XVII ст.) найбільш поширеними джерелами діяльності судів були Литовські статuti (1529, 1566 і 1588 рр.) та норми магдебурзького права.

В кінці 16 ст. відбувається дроблення судової влади та розгалуження мережі судів – кожен князь мав свій суд [10, с.28]. Так, було створено великокняжий, комісарські, маршальські, городські, земські, підкоморні суди, які так і не були відокремлені від інших державних органів. Таке положення значною мірою обмежувало можливість звернення до суду особи за захистом порушених прав.

Певний інтерес становить і судочинство доби Гетьманщини (1648-1783 рр.), коли було ліквідовано стару судову систему та створено цілу низку козацьких судів – суд гетьмана, суд Ради генеральної старшини, Генеральний військовий суд, полкові та сотенні суди. Поєднання судової та адміністративної влади в особі кошового отамана ми бачимо і в Запорізькій січі. Сотник чи полковник не тільки були начальниками адміністрації відповідних округів (полків, сотень тощо), а і вершниками суду тієї ж території. Характеризуючи цю епоху, слід зазначити, що на її території в другій половині XVII-XVIII ст. діяло декілька правових джерел, поряд з нормами звичаєвого права. Нерідко між цими нормативними актами існували суперечності, в тому числі і такі, які визначали статус суду та самих суддів. Наприклад статут забороняв поєднувати адміністративні та судові функції (артикул 2 розділ 4), а "Права, за якими судиться малоросійський народ" навпаки, у 7 главі, підкреслюють засади поєднання судових та адміністративних органів в руках козацької старшини. Ця негативна обставина суттєво понизила рівень тогочасного судочинства і, як зазначив О. Кістяківський, судустрій козаччини був "судустроєм нижчого типу, в порівнянні з Литовським статутом" [11, с.9, 16].

Таким чином, об'єднання судової та адміністративної влад було характерним для всієї існуючої системи управління та судочинства доби Гетьманщини, що не відповідало критеріям незалежності судової влади.

Суттєвою умовою, яка була спрямована на забезпечення незалежності судової влади, можна, на наш погляд, розглядати гласність судового розгляду – кожен не позбавлений прав громадянства житель Гетьманщини міг бути присутнім на розправі (засіданні) чи навіть брати в ній активну участь. "Права..." також закріплювали принцип "Ніхто не може бути суддею у власній справі", оскільки згідно з цим актом сотник не міг судитись в сотенному суді, полковник – у полковому, тому що вони керували ними і уособлювали судову владу певної адміністративної одиниці.

Щодо способу формування суддівського корпусу Гетьманщини слід зазначити, що судді обирались з числа людей достойних, добросовісних, грамотних, віком 25–70 років, крім німих, глухих. позбавлених розуму. Вперше обрані судді урочисто давали в присутності священика присягу в церкві, перед Євангелієм [12, с.106]. Сторони могли надсилати до вищих судів скарги на дії суддів які винесли несправедливе судові рішення. Якщо мав місце факт підкупу суддів, то їх засуджували до страти, а збитки покривались за рахунок їхнього майна. За необгрунтоване обвинувачення судді скарги сплатував штраф або до нього застосовувались тілесні покарання. Поряд з цим, посада судді знаходилася під особливою правовою

охороною. За зневагу до судді порушника чекало не менше 6 тижнів арешту, за поранення – відтинали руку, а за вбивство – четвертували [13, с.33].

Проголошення незалежності України поставило перед державою ряд завдань щодо оновлення багатьох сфер суспільного життя, побудови правової держави. Одним із завдань було становлення самостійної та незалежної судової влади. Конкретним кроком на цьому шляху стало затвердження 28 квітня 1992 р. Верховною Радою України Концепції судово-правової реформи в Україні, в якій, окрім інших, розділ III – формування судової влади. При цьому під судовою владою розумілась система незалежних судів, які в порядку, визначеному законом, здійснюють правосуддя. Концепцією вважалося за необхідне шляхом ефективного розмежування повноважень гарантувати самостійність і незалежність судових органів від впливу законодавчої та виконавчої влади; створити систему законодавства про судустрій, яке б забезпечувало незалежність судової влади; гарантувати право громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом та інше [14, с.142].

У прийнятому 15 грудня 1992 р. Законі України "Про статус суддів" ст. 1 має назву "Суддя – носій судової влади" [15, с.26]. Тим самим в нашій країні вперше на законодавчому рівні було визнано існування судової влади.

Найважливішим кроком в державотворенні було прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України. Як відзначив В.Бойко: "... вперше на конституційному рівні закріплено визнаний світом демократичний принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Отже всі три гілки державної влади є самостійними, одна одній не підпорядкованими, кожна з них діє в межах своєї компетенції, визначеної Конституцією і законами України" [16, с.16].

Таким чином, генезис судової влади як незалежної і окремої гілки державної влади показує, що тільки з проголошенням України незалежною державою на законодавчому рівні було закріплено існування самостійної судової влади – атрибуту правової держави. Питання в тому, чи прийняття 7 липня 2010 року Закону України "Про судустрій і статус суддів", є відповідним механізмом реалізації законодавчих положень.

1. Політичні структури та процеси в сучасній Україні: Політичний аналіз / Ф.М. Рудич, В.В. Безверхий, М.Г. Кирichenko та ін. – К.: Наукова думка, 2009. – С.243.
2. Грошевий Ю.М., Марочкін І.Є. Органи судової влади в Україні. – К.: Ін Юре, 1997. – С.20.
3. Аристотель. Політика. – Соч. в чотирьох томах. Том 4. – М.: Мысль, 2009. – С.618.
4. Нерсисянц В.С. Гегелевская философия права: история и современность. – М., 2009. – С. 99.
5. Монтескье Ш.Л. О духе законов и об отношениях, в которых законы должны находиться к устройству каждого правления, к нравам, климату, религии, торговле и т.д. СПб, 2009. – с. 320.
6. Там само. – с. 160-161.
7. Гринюк В. О. Принципи незалежності суддів і підкорення їх тільки закону. Дис. канд.юрид.наук. 12.00.09. – К.: Київск.ун-т. – 2004. – С.198.
8. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / Под ред. Проф. З.М. Черниловского. – М., 2009. – с. 218.
9. Маляренко В. Становлення і розвиток кримінально-процесуального права на різних етапах історії України // Право України. – 2004. – №8. – с. 3-7.
10. Тищик Б.І., Вівчаренко О.А. Суспільно-політичний лад і право України в складі Литовської держави та Речі Посполитої. – Івано-Франківськ: Прикарпатський ун-т, 2009. с. 214.
11. Сиза Н. Суді і кримінальне судочинство України в добу Гетьманщини. – К.: Українська Видавнича Спілка, 2000. – с. 112.
12. Пашук А. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII – XVIII ст. – Львів, 1967. – с. 219.
13. Падох Я. Грунтове судочинство на Лівобережній Україні в другій половині XVII – XVIII столітті. – Львів, 1994. – с. 189.
14. Бринцев В. Нормативна база судової влади: шляхи і засоби підвищення ефективності // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 1 (40). – С. 142-150.
15. Про статус суддів: Закон України від 15 грудня 1992 р. // Відомості ВРУ. – 1993. – № 24 – с.265.
16. Бойко В. Нова Конституція і судової влади // Право України. – 1997. – № 1. – с. 14-18.

Б. Малишев, канд. юрид. наук, доц.

РОЗУМІННЯ ПРАВА ЯК ТЕЛЕОЛОГІЧНО ОБУМОВЛЕНОГО ЯВИЩА У КОНЦЕПЦІЇ БОГДАНА КІСТЯКІВСЬКОГО

Стаття присвячена аналізу розробленої Богданом Кістяківським (1860–1920) системи цілей, які обумовлюють функціонування права.

Ключові слова: Б. Кістяківський, телеологія права, ціль права.

Статья посвящена анализу разработанной Богданом Кистяковским (1860–1920) системы целей, обуславливающих функционирование права.

Ключевые слова: Б. Кистяковский, телеология права, цель права.

The article is devoted to Bohdan Kistiakivskiy's (1860–1920) system of purposes that determinates the functioning of law.

Key words: B. Kistiakivskiy, teleology of law, purpose of law.

У науковій спадщині видатного вітчизняного правознавця, соціолога та громадського діяча Богдана Кістяківського (1868–1920 р.р.) безпосередньо телеологічному виміру права присвячений лише нарис "Причина та мета у праві" [1, с.385–399]. Проте, незважаючи на свій невеликий обсяг, вказаний нарис носить свого роду методологічно-узагальнюючий зміст, оскільки він підсумовує результати різноманітних наукових розробок вченого у сфері методології права.

Незважаючи на яскраво виражену методологічну оригінальність концепції праворозуміння Б. Кістяківського, на сьогодні у вітчизняній науці наявні лише два дослідження відповідних праць цього вченого (маються на увазі роботи А. Козловського [3] та О. Меленко [4]). Такий стан речей в свою чергу обумовлює ту обставину, що на сьогодні немає жодної роботи, в якій би комплексно розглядався телеологічний аспект у праворозумінні Б. Кістяківського. Лише А. Козловський, досліджуючи у своїй відомій монографії питання мети пізнання права, робить стислі посилання на відповідні положення вищевказаного нарису Б. Кістяківського [2, с. 56–67]. Таким чином, питання щодо телеологічного виміру права в інтерпретації Б. Кістяківського потребує окремого дослідження.

Зважаючи на це, метою цієї статті є аналіз основних позицій Б. Кістяківського стосовно телеологічної природи права.

Б. Кістяківський передусім зазначає, що цілі визначаються з точки зору тих чи інших оцінок, і доцільним вважають те, що призводить до здійснення чогось цінного. Загальні формули, на підставі яких ми визначаємо відповідність дій з тими чи іншими цілями, називаються правилами або нормами [1, с.137]. Отже, автор цілком вірно пов'язує категорію "мета" з категорією "цінність". Адже кожна мета має бути цінністю.

Телеологічний вимір права пов'язаний з специфікою методологічного підходу до дослідження самого права. Так, Б. Кістяківський зазначає, що право слід вивчати не лише як систему норм і понять (догматична юриспруденція), але і як реальне явище (загальна теорія права). Право як реальне явище потрібно вивчати і з точки зору мети, і з точки зору причини. Поряд з суто соціологічним завданням – дослідити закони виникнення і розвитку права – існує набагато важливіше науково-практичне завдання – дослідити ті причинні співвідношення, які обумовлюють саму сутність права [1, с. 385–387]. Таким чином Б. Кістяківський бачить два види причин, що обумовлюють сутність права: каузальні ("тому, що") та телеологічні ("для того, щоб").

Далі автор критично оцінює спроби двох визначних німецьких вчених XIX ст. Р. Ієрінга та Р. Штаммлера розкрити телеологічні причини права. Основним недоліком праць вказаних авторів Б. Кістяківський вбачає у тому, що вони досліджували не ціль в праві, а ціль права. Різницю між підходами вказаних вчених Б. Кістяків-

ський бачить у тому, що для Р. Ієрінга мета, як творець права, передує праву, і тому в даному випадку вона подібна причині; для Р. Штаммлера мета – попереду права, і в цьому сенсі вона істинна мета. Він пише, що Р. Ієрінг всупереч назві свого твору фактично досліджує не ціль в праві, а ціль поза правом. Р. Ієрінг намагається по суті каузально пояснити походження права. В той же час саме цілі в праві – визначають сутність самого права [1, с.388, 389, 391].

Б. Кістяківський вважає, що для пізнання реальної сутності права не достатньо суто описових методів догматичної юриспруденції, для цього потрібні пояснювальні методи. Реальне явище можна науково пізнати пояснивши його або в його причинній, або телеологічній залежності.

На його думку, задача дослідити право як причинно обумовлене явище є порівняно простою. В ряду причинно обумовлених явищ право відноситься до двох сфер явищ: воно явище соціальне і психічне. Загальна теорія права повинна вивчати причинну обумовленість права і як соціального явища, і як явища психічного. У першому випадку вона повинна вивчати соціальні відносини, тобто відносини між окремими індивідуумами і соціальними групами, зіткнення їх інтересів, їх боротьбу, перемогу одних і поразку інших, можливі примирення і компроміси між ними тощо. У другому випадку загальна теорія права повинна вивчати правову психіку, вона повинна виділити, встановити, проаналізувати ті елементи душевних переживань, які пов'язані з імперативно-атрибутивною природою правових переживань. Нарешті, згідно тими ж методами повинні бути досліджені і проміжні, як соціальні, так і психічні відносини, які причинно обумовлюють право як явище природного порядку, яке пізнається за допомогою методів сучасного природознавства [1, с.393, 394]. Таким чином Б. Кістяківський вказує, що каузальна природа права може бути пізнана методами, розробленими у сфері соціології та психології, оскільки саме соціальні та психологічні процеси виступають однією з причин, що обумовлюють сутність права. У даному випадку розглядається залежність права від стану суспільних відносин та психіки учасників правовідносин.

Переходячи до дослідження телеологічних причин права, Б. Кістяківський вказує, що вони є більш складними для пізнання, ніж каузальні причини. Він критикує спроби Р. Штаммлера моністично вирішити цю проблему на підставі категорії "кінцева мета". Для Р. Штаммлера соціальний прогрес обумовлений досягненням такого стану суспільства, в якому кожний вважає своїми об'єктивно правомірні цілі іншого. Цю позицію Б. Кістяківський критикує по двом напрямкам. По-перше, кінцева мета є такою ж неможливою для пізнання, як і першопричина. Кінцевою причиною не може бути моральний принцип (внутрішня свобода), оскільки дійсною метою права є зовнішня свобода. По-друге, вказаний стан сус-

пільства не може бути метою, тому що її досягнення веде до самоликвідації самого суспільства [1, с.394, 395].

Автор зазначає, що з наукової точки зору, телеологічне обґрунтування права не може бути побудоване на кінцевій меті. Наукова філософія встановлює лише регулятивні цілі як трансцендентальні форми, що необхідно притаманні нашій свідомості. Ці цілі і обумовлюють право, оскільки воно є продуктом людського духу. Однак сутність права визначається не лише трансцендентальними цілями. Поряд з ними у праві діють і гетерогенні ним емпіричні цілі: як одні, так і інші обумовлюють природу права [1, с. 395-396]. Далі Б. Кістяківський переходить до найважливішої частини свого нарису, де він пропонує класифікацію цілей права, а також намагається пояснити їх вплив на правове регулювання і праворозуміння.

Емпіричними цілями права є цілі організації сумісного життя людей. Право буває то метою, то засобом на шляху до побудови всебічної організації сумісного існування людей. Тому організація як мета завжди притаманна праву, і ця мета визначає найбільш істотні його властивості. Первісно форми суспільних організацій, яким служить та які виражає право, є надзвичайно різноманітними. Але поступово ці організації об'єднуються в одні, які називають державою. Своє завершення цей процес отримує у правовій і соціальній справедливій державі [1, с.396].

Таким чином Б. Кістяківський емпіричною метою права вбачає організацію людського життя. Виходячи з того, що найвищою формою організації людського суспільства наразі є держава, то це означає, що право з одного боку служить інтересам держави (право як засіб), а з іншого боку – організовує саме суспільство та державу (порядок як мета права). Іншими словами, емпіричною метою права є сам процес правового регулювання, тобто упорядкування суспільних відносин з метою встановлення певного правопорядку, що ґрунтується, як ми побачимо далі, на свободі і справедливості як етичних цінностях. При цьому на правове регулювання впливає держава та самі суспільні відносини.

Трансцендентальні цілі права вчений поділяє на дві групи: 1) ті, що впливають з розуму (інтелектуальної свідомості); 2) ті, що впливають з совісті (етичної свідомості). Вчений акцентує увагу, що як раціональні, так і етичні цілі права, по різному розумілися на різних етапах розвитку права.

До першої групи відносяться логічні цілі, а також інші раціональні цілі.

Логічні цілі відточують і удосконалюють форму права (прикладом є прогрес від казуїстичних і хаотичних форм права до сучасних абстрактних і систематизованих). Право має ціль бути у логічному відношенні завершеним і досконало узагальненим, а також систематизованим [1, с. 396-397].

Інші раціональні цілі полягають у тому, що право у своєму змісті завжди втілювало все розумне у сумісному існуванні людей. Слід сказати, що в даному випадку вчений є занадто лаконічним, залишивши неконкретизованими зміст вказаних цілей. Напевно, під раціональними цілями Б. Кістяківський мав на увазі такі категорії як "здоровий глузд", "суспільна доцільність" тощо.

Вчений вважає, що основне значення для права мають етичні цілі. При цьому право обумовлюється двома етичними цілями: воно є одночасно носієм і свободи, і справедливості. Право намагається втілити в собі свободу і справедливість найбільш повно і досконало [1, с.397].

Отже, на думку вченого, свобода і справедливість є найважливішими категоріями у телеологічному розу-

мінні права. Однак таку ж саму роль вони виконують і по відношенню до іншого соціального регулятора – моралі, адже свобода і справедливість є етичними категоріями. Відтак свобода і справедливість мають бути певним чином трансформовані правом для їх досягнення. Цей процес можна назвати "юридизацією". Зі свого боку Б. Кістяківський, на жаль, не продовжив думку у напрямку, а саме: яким же чином проявляється вплив свободи і справедливості у праві? Вважаємо, що відповіддю на це питання є явище природних основних прав людини, які виступають юридичною конкретизацією вимог справедливості і свободи, а також одночасно змістовним ядром права як соціального регулятора. Крім того вони і будуть виступати основною внутрішньою, "суто юридичною" метою в праві. Оскільки всі інші цілі не можуть вважатися юридичними за своєю природою. Більше того, визначивши основними цілями права етичні категорії свободи і справедливості, Б. Кістяківський повторив шлях критикованих ним Р. Ієрінга та Р. Штаммлера, оскільки свобода і справедливість є не цілями в праві, а цілями поза правом.

У підсумку вчений зазначає, що знання про право можна звести до чотирьох теоретичних понять права: соціально-наукового, психологічного, державно-організованого, нормативного. Їх синтез і являтиме осягнення смислу права. При цьому соціально-наукове та психологічне поняття – це наукові знання про право при вивченні його як явища каузально обумовленого. Нормативне поняття – знання про право як явища телеологічного порядку, обумовленого трансцендентальними цілями, тобто як явища розумного та етично цінного. Державно-організоване поняття права носить змішаний характер, пов'язане з всепоглинаючим значенням держави. В цих поняттях, особливо у перших трьох, родова ознака і видова відмінність утверджуються в якості необхідно притаманних праву не в силу простої формально-логічної спільності, а в силу каузальної або телеологічної закономірності. Нормативне поняття права має і спеціальну функцію: воно повинне розкрити і те, що є трансцендентально первинним у праві [1, с. 397-399].

Слід вказати, що по суті Б. Кістяківський зробив спробу побудувати систему цілей, що обумовлюють сутність права. Ця система може бути представлена у вигляді умовної піраміди, де вищі цілі обумовлюють зміст нижчих цілей, проте нижчі цілі певним чином впливають на зміст вищих.

Так, на верхівці цієї піраміди буде знаходитися група етичних цілей: справедливість та зовнішня свобода. Далі, по мірі зменшення ступеня значення, ідуть раціональні цілі: системність, розумність (здоровий глузд, суспільна доцільність). Після цього іде остання, найнижча в ієрархії група цілей, яка називається "цілі організації сумісного життя людей" (встановлення порядку, в тому числі державно-організованого).

Відмітимо, що етичні та раціональні цілі, які Б. Кістяківський разом позначаються як "трансцендентальні цілі", відносяться як до форми, так і до змісту права. Те ж саме стосується і емпіричних цілей. Для Б. Кістяківського важливістю трансцендентальних цілей пояснюється тим, що право є продуктом людського духу. Відтак, телеологічний підхід до права пояснює розумність та етичну цінність права. Напевно, це і є критерієм: та мета, яка найбільше розкриває у праві людський дух (тобто узагальнене уявлення суспільства про онтологічну сутність права, яке в теорії права позначають терміном "суспільна правосвідомість"), буде мати і найвище місце в ієрархії цілей права.

Б. Кістяківський, якого цілком обґрунтовано прийнято вважати прихильником соціологічного підходу у пра-

ворозумінні ("право як явище існує і у вигляді сукупності правових норм, і у вигляді сукупності правовідносин" [1, 196], "слід визнати фікцією ототожнення права, що знаходиться у правових нормах, з правом, здійснюваним у житті у правовідносинах, і в індивідуальних правах, і обов'язках" [1, 213]), в основу права (а так само і праворозуміння) при цьому ставить метафізичну ідею-ціль свободи і справедливості, детальний зміст якої формується суспільною правосвідомістю певного народу у той чи інший історичний етап його розвитку.

УДК 34.096

М. Бондарєва, канд. юрид. наук, доц.

НОТАРІАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВОВІДНОШЕННЯ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

В статті на теоретичному рівні аналізуються особливості нотаріального процесуального правовідношення, а також досліджується нотаріальна функція в структурі такого правовідношення.

Ключові слова: нотаріальне процесуальне правовідношення, нотаріальний процес, нотаріат.

В статье анализируются особенности нотариального процессуального правоотношения, а также исследуется нотариальная функция в структуре такого правоотношения.

Ключевые слова: нотариальное процессуальное правоотношение, нотариальный процесс, нотариат.

The article attempts on the theoretical level to analyze the approaches to some peculiarities of procedural legal relationship of notary action as well as to analyze the role of notary in structure of this legal relationship.

Key words: the peculiarity of procedural legal relationship, notary.

Дослідження особливостей нотаріальних процесуальних правовідносин через розкриття їх мети, характеру, визначення місця в системі правовідносин, а також їх структури видається актуальним і важливим в світлі необхідності підвищення ефективності нотаріальної процедури, а також значимості такої процедури для охорони та захисту прав громадян. В цьому контексті важливою видається концепція, запропонована С.Я.Фурсою [11, с.131], згідно з якою до складу нотаріальних правовідносин як узагальнюючої структури входять серед інших і нотаріальні процесуальні відносини – "відносини, що безпосередньо стосуються вчинення нотаріального процесу" [11, с.135]. Дійсно, особливість нотаріального процесуального правовідношення багато в чому обумовлена **формою** його практичної реалізації – *процедурою*, під якою традиційно розуміється встановлений офіційний порядок дій, виконання, обговорення [6, с.749]. У процедурі як формі існування процесуального правовідношення реалізується змістова частина його структури – права та обов'язки суб'єктів такого правовідношення, які діють певним чином в межах запропонованих їм законом або поведінкою інших учасників обставин. "Кожний юрисдикційний орган діє, застосовуючи права, в межах процедури (процесуальної форми), передбаченої для даного виду органів. Більш того, процесуальна форма притаманна діяльності і тих органів, які юрисдикційні функції на здійснюють" [13, с.76].

В спеціальній літературі [5, с. 164, 165, 170] висловлюються різні точки зору стосовно розуміння понять "процес" та "процедура", а також їх співвідношення та характеру взаємного впливу. Так, на думку Т.Ю. Барішпольської "процес... має розглядатися як видове поняття по відношенню до поняття "процедура" [1, с.19-20], а в розвитку запропонованого підходу автор виділяє поряд з "цивільною охороною процедурою" (фактичне уособлення цивільного процесу) також "цивільну регулятивну процедуру" і пропонує включити до її складу порядок укладення договорів, виконання окремих видів зобов'язань, нотаріальне посвідчення правочинів. Очевидно, що нотаріальна процедура щодо посвідчення правочинів відноситься автором до процедур регулятивного характеру, у порівнянні з якими процедури "охоронні" ототожнюються виключно з судовими юрисдикціями. Запропонований спосіб поділу юридичних

1. Кистяковский Б.А. Философия и социология права. – СПб.: РГХИ, 1999. – 800 с. 2. Козловский А.А. Право как познание: Вступ до гносеології права. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с. 3. Козловський А.А. Принцип єдності права: гносеологічні засади правової концепції Б.О. Кістяківського (1868-1920) // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство : 36. наук. праць. 2002. Вип.161. – С.5-11. 4. Меленко О.В. Методологія правознавства в науковій спадщині Б.О.Кістяківського: Автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О.В. Меленко; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2008. – 21 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

процедур потребує, вважаю, наступних уточнень. Виходячи із способу тлумачення змісту термінів "охорона" і "захист" [6, с.418], розглядати захист можна як приватний випадок охорони; або ж охорона може розцінюватися в якості умовної мети захисту. Таким чином ігнорування охоронної та правозахисної функції нотаріату є безпідставним, як і обмеження нотаріальної функції виключно регулятивною складовою, адже "нотаріат захищає інтереси, пов'язані із встановленням очевидних фактів та обставин, в той час як суд встановлює такі факти і обставини, існування яких не видається очевидним і потребує достатньо ґрунтовного аналізу доказів" [13, с.14-15].

Отже, виходимо із обґрунтованості розмежування термінів "процес" і "процедура", і розділяємо думки тих вчених [9, с.143], які конструктивні і змістові характеристики процесуального правовідношення визнають такими, що в якості підстави його виникнення пропонують розглядати не конкретні життєві обставини, а *формально закріплені в нормах права моделі таких життєвих обставин*. Адже саме з модельним, а не реальним варіантом поведінки закон пов'язує настання юридичних наслідків. Такий підхід дозволяє врахувати всю різноманітність складних і не передбачуваних реалій життя, надати нормативного оформлення більшому колу суспільних відносин і відійти від зайвого намагання в кожному індивідуальному випадку правозастосування конкретизувати норму під ту чи іншу ситуацію. Даний підхід видається справедливим і для нотаріальних процесуальних правовідносин. Підтвердження такої думки знаходжу у С.Я.Фурси, яка зазначає, що для реальних дій суб'єктів узагальнюючим буде поняття "нотаріальний процес", а передбачений (*від себе додам – ідеальний, модельний – авт.*) порядок вчинення нотаріальних дій вчена розглядає в якості процедури [11, с.90]. Настання юридичних наслідків пов'язується законодавцем ні з кожною індивідуальною конкретною життєвою обставиною, а з ідеальною, узагальненою на підставі аналізу найбільш типових життєвих обставин і формалізованою в праві, умовною схемою – моделлю, при співпадині з якою реальна життєва обставина тягне за собою такі юридичні наслідки. Таким чином, виникнення нотаріальних процесуальних правовідносин буде наслідком не безумовного звернення громадянина до нотаріуса, а

результатом збігу в даній конкретній ситуації низки обставин, що є необхідними елементами правової моделі виникнення нотаріального процесуального правовідношення: дотримання порядку звернення, підвідомчість (територіальна та предметна) нотаріусу відповідної справи, наявність належним чином оформлених повноважень у представника, належність заявника тощо. Підтримую в аспекті зазначеного професора Фурсу С.Я., яка вказує на "виникнення нотаріальних правовідносин не тільки через нормування їх відповідними статтями законодавства, а й через діяльність уповноважених і правомочних осіб" [11, с.125]. При цьому набір таких необхідних елементів моделі, які у сукупності будуть породжувати наслідки, залежить від мети, яку переслідує заявник, звертаючись до органів нотаріату, і, в кінцевому результаті, від обраного провадження.

Формулювати поняття нотаріального процесуального правовідношення слід, очевидно, з врахуванням двох моментів: загальних характеристик будь-якого правовідношення, які розглядаються в теорії права, а також особливостей виникнення та розвитку саме процесуальних правовідносин як їх прийнято оцінювати в традиційних процесуальних галузях. Правовідношення визначається як суспільне відношення, врегульоване нормами права, зміст якого утворюють взаємні зв'язки суб'єктивних прав та юридичних обов'язків їх учасників [10, с.34], у якому відображаються воля держави і воля його учасників [10, с.26], а виникнення та розвиток пов'язується з визначеними нормами права юридичними фактами [14, с.54], серед яких вказується, зокрема, вирішення юридичної справи [7, с.57]. Необхідним при формулюванні дефініції нотаріального процесуального правовідношення є врахування його специфіки і місця в системі інших правовідносин. Підтримую той підхід в індивідуалізації певних груп правовідносин, коли в першу чергу враховується цільова спрямованість відповідного виду діяльності, змістом якої правовідношення фактично і є. Якщо погодитися з тим, що **метою**, тобто правовим результатом, на настання якого спрямоване будь-яке процесуальне правовідношення є вирішення юридичної справи, то не буде викликати заперечень твердження про спрямованість нотаріального процесуального правовідношення на вирішення справи нотаріального провадження. Отже, загальне **поняття** нотаріального процесуального правовідношення може бути сформульоване наступним чином: *врегульоване нормами нотаріального процесуального права суспільне відношення, яке виникає при вирішенні нотаріальної справи (вчиненні нотаріального провадження).*

Що стосується моменту закінчення нотаріального процесуального правовідношення, то настання цього моменту може мати місце на різних стадіях процесу: від моменту вирішення питання про відкриття провадження, до етапу його вчинення. При цьому наявний безпосередній зв'язок між етапом розвитку процесуального правовідношення та перебігом процесу: виявлення ознак спірності правовідношення тягне відкладення провадження з причин, визначених у Законі України "Про нотаріат" і, можливо, зупинення нотаріального провадження. При цьому не слід ототожнювати процесуальне правовідношення з провадженням у нотаріальній справі, про що вже говорилося вище, хоча, як відмічається в літературі [8, с.142] припинення правовідношення є логічним результатом вчинення (закінчення) нотаріального провадження.

Ще один важливий аспект досліджуваної проблеми – специфічна **структура** нотаріального процесуального

правовідношення. **Суб'єктний склад** учасників такого правовідношення передбачає обов'язковість участі в ньому нотаріуса або іншої особи, уповноваженої на вчинення нотаріальних проваджень. При цьому, суб'єктний склад досліджуваного правовідношення може змінюватися в процесі його розвитку і, як справедливо відмічає С.Я.Фурса, такі правовідношення є "складним явищем... Вони можуть розпочатися за заявою одних осіб і при їх вчиненні до нотаріального процесу можуть вступати з власної ініціативи інші особи" [11, с.138-139], але "при цьому правовідношення зберігає свої риси і продовжує існувати в зміненому вигляді" [12, с.310]. Нотаріус, як особа, яка застосовує право, повинен визначити обсяг прав уповноважених осіб – заявників, і, в разі встановлення факту наявності такого права, – вчинити нотаріальну дію. Відповідно встановлення факту відсутності у заявника права тягне реалізацію кореспондуючого обов'язку нотаріусом – відмову у вчиненні нотаріального провадження. При цьому, як вже відмічалось, встановлення процесуальних фактів наявності або відсутності права у заявника здійснюється шляхом співвіднесення їх з відповідними правовими (процедурними) моделями обставин, зафіксованими в законодавстві. А специфіка встановлення фактів в нотаріальному процесі полягає в необхідності перевірки як існування фактів, з якими пов'язується можливість вчинення нотаріального провадження, так і відсутності фактів, які тягнуть відмову у вчиненні такого провадження [2, с.67].

Зміст нотаріального процесуального правовідношення утворюють взаємопов'язані суб'єктивні процесуальні права та обов'язки осіб, уповноважених на вчинення нотаріальних проваджень, осіб, які звернулися за вчиненням таких проваджень, а також осіб які сприяють вчиненню нотаріального провадження. Слід відмітити відмінні ступені правової урегульованості комплексів прав та обов'язків учасників нотаріального процесуального правовідношення. Якщо правам та обов'язкам нотаріусів в Законі України "Про нотаріат" присвячені окремі статті з відповідними назвами, то перелік прав осіб, що беруть участь у нотаріальному провадженні не знайшов свого оформлення в названому Законі.

Підсумовуючи викладене слід зазначити, що нотаріальне процесуальне правовідношення характеризується певними особливостями, пов'язаними як з формою його реалізації – процедурною, так і з його специфічними метою та структурою.

1. Барішпольская Т.Ю. Гражданские процесс и процедура: Понятие, служебная роль, проблемы теории и практики: Автореф. дис. ...канд. юрид.наук. Томск, 1998.
2. Калиниченко Т.Г. Правовая природа нотариальных процедур: теоретический аспект // Нотариальный вестник. – 2009. – № 6.
3. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1958.
4. Масленникова Н.И. Гражданский процесс как форма социального управления. – Свердловск, 1989.
5. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс. – Кишинёв, 1973.
6. Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю.Шведовой, М.: Русский язык, 1991.
7. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Норма, 2008.
8. Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / Исслед. центр частного права. – М.: Статут, 2009.
9. Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002.
10. Толстой Ю.К. К теории правоотношения, Л.: Издательство Ленинградского университета, 1959.
11. Фурса С.Я. Нотариальный процесс: Теоретичні основи. – К.: Істина, 2002. – 320 с.
12. Черепяхин Б.Б. Правоприменение по советскому гражданскому праву. "Труды по гражданскому праву". М.: Издательство "Статут", 2001.
13. Чечот Д.М. Иск и исковые формы защиты права // Правоведение. – 1969. – № 4. – С. 76.
14. Чечот Д.М. Неисковые производства. М.: Изд-во "Юрид. лит.", 1973.
15. Чечина Н.А. Гражданские процессуальные правоотношения. Л., 1962.
16. Якушев П.А. Юридические акты и поступки как основания правоотношений. Владимир: ВГПУ, 2003.

Надійшла до редколегії 07.06.10

ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ВІД ДИСКРИМІНАЦІЇ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ

В науці трудового права особливе місце займає дослідження проблем захисту від дискримінації працівників. Поряд із загальними нормами, які розповсюджуються на всіх працівників, існують і спеціальні, спрямовані надати додаткові гарантії певним категоріям працівників: жінкам, працівникам із сімейними обов'язками, молоді, інвалідам. Наявні, час-тіше спеціальні норми, замість надання більшого захисту, призводять до дискримінації саме цих категорій працівників. Тому, поряд з прийняттям спеціальних норм, необхідно збільшити відповідальність працедавців за їх порушення, а також проводити інформаційну роботу серед трудящих з метою роз'яснення способів захисту від дискримінації.

Ключові слова: дискримінація, позитивна дискримінація, диференціація, спеціальні норми.

В науке трудового права особое место занимает исследование проблем защиты от дискриминации трудящихся. Наряду с общими нормами, которые распространяются на всех работников, существуют и специальные, призванные предоставить дополнительные гарантии наиболее уязвимым категориям работников: женщинам, работникам с семейными обязанностями, молодежи, инвалидам. К сожалению, часто специальные нормы, вместо предоставления большей защиты, приводят к дискриминации именно этих категорий работников. Поэтому, наряду с принятием специальных норм, необходимо ужесточать ответственность работодателей за их нарушение, а также проводить информационную работу среди трудящихся с целью разъяснения способов защиты от дискриминации.

Ключевые слова: дискриминация, позитивная дискриминация, дифференциация, специальные нормы.

In science of labour law the special place occupies research the problem of protecting from discrimination of workers. Along with general norms, which spread to all workers, exist and special one called to give additional guarantees to the most vulnerable categories of those who work: to the women, workers with domestic duties, young people, invalids. Unfortunately often the special norms result, instead of grant of greater protection, in discrimination exactly of these categories of workers. Therefore it is necessary not only accept the special norms, but also to toughen responsibility of employers for their violation, and to conduct informative work among workers with the purpose of elucidation of methods of protecting from discrimination.

Keywords: discrimination, positive discrimination, differentiation, special norms.

Конституція України проголошує державу правовою, а найвищою цінністю людину, її права і свободи. Важливою гарантією реалізації прав є проголошення принципу їх рівності незалежно від будь-яких обставин, адже сьогодні значного поширення набула дискримінація, особливо у сфері праці. Найбільш вразливими та незахищеними залишаються жінки, інваліди та молоддь, хоча саме для цих працівників встановлені додаткові гарантії щодо реалізації трудових прав. Тому, дослідження законодавчих норм, направлених на забезпечення рівності цих категорій працівників, визначення механізмів для додаткового їх захисту від дискримінації, а також внесення пропозицій щодо вдосконалення існуючого правового регулювання в даній сфері є на сьогодні надзвичайно актуальним.

На національному рівні немає належної нормативної підтримки заборони дискримінації у сфері праці як загалом, так і щодо окремих груп трудящих. А ратифіковані Україною міжнародні акти з цих питань часто носять декларативний характер, не імplementовані та не виконуються належним чином. Різні аспекти заборони дискримінації у сфері праці відображені у працях відомих вчених-юристів О.А. Антона, О.В. Борисова, Н.В. Кохана, О.Г. Красновида, Н.М. Митіної, О.А. Парягиної, Н.М. Сеннікової, Д.В. Солдаткіна, О.В. Тищенко, І.А. Юрасова тощо. Проте, комплексне дослідження захисту від дискримінації найбільш вразливих категорій працівників на сьогодні в Україні відсутнє.

Метою роботи є узагальнення існуючих спеціальних законодавчих норм щодо додаткових пільг та гарантій для окремих категорій працюючих, зокрема жінок, працівників із сімейними обов'язками, інвалідів, молоді, визначення дієвості таких норм для захисту від дискримінації у сфері праці, а також внесення пропозицій по вдосконаленню нормативно-правового забезпечення даної сфери.

Згідно з Декларацією Міжнародної організації праці основоположних принципів та прав у сфері праці від 18 червня 1998 р., одним з чотирьох основних принципів названо недопущення дискримінації в галузі праці та занять [2], який вітчизняна доктрина трудового права трактує як принцип заборони дискримінації в галузі праці. Даний принцип направлений на забезпечення рівності можливостей працівників при реалізації ними

трудових прав. Підтримуємо думку І.І. Ларінбаєва, що принцип заборони дискримінації виконує методологічну функцію, показуючи, яким способом можна досягнути дотримання прав людини. Його мета – не досягнення повної рівності в суспільстві, а необхідність кожного мати рівні можливості для реалізації себе як особистості [9, 13].

Для фактичного забезпечення рівності можливостей при реалізації трудових прав важливе значення має диференціація норм трудового права, тобто, існування не лише загальних норм, що поширюються на всіх працівників, але й спеціальних, які покликані враховувати існуючі особливості об'єктивного (пов'язані зі специфікою окремих видів роботи) та суб'єктивного (пов'язані з особою працівника) характеру.

Саме з існуванням таких спеціальних норм в трудовому праві пов'язане виникнення терміну "позитивна дискримінація". Перші її приклади з'явилися в Сполучених Штатах Америки в 60-ті роки ХХ ст. (програма "Affirmative Action", дослівно – позитивні дії) і були спрямовані на поліпшення становища чорношкірого населення й інших меншин, на створення для них рівності можливостей з іншими членами суспільства, які не відчували безпосередньо або через своїх предків дискримінаційного ставлення. Пізніше, в 1974 році Верховний Суд США визнав також конституційність компенсуючих заходів на користь жінок [11, 18]. Подібна практика почала реалізовуватись й в інших країнах, завдяки чому ця проблема стала об'єктом регулювання з боку міжнародного права. Прикладом є Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок тощо.

На думку Н.М. Митіної, позитивною дискримінацією можна визнати заходи, направлені на розширення доступу членів недостатньо представлених груп населення до робочих місць, освіти, професійної підготовки тощо. Вони полягають в наданні ряду переваг (особливих прав, пільг), а також використанні системи квотування, тобто виділення певної кількості робочих місць представникам цільових груп – особам, які за віком, статтю, соціальному походженню, мові та інших обставинах не можуть користуватись всіма правами людини нарівні з іншими особами, оскільки виникає ситуація, коли рівні права не надають рівних можливостей дискримінованій групі. Це так звані особливо вразливі групи населення. До їх числа

відносяться жінки, неповнолітні, біженці, апатриди, інваліди, особи похилого віку тощо [10, 15].

Водночас, у вітчизняній доктрині трудового права термін "позитивна дискримінація" не набув поширення, хоча й знаходить свій вияв в існуванні спеціальних норм, які забезпечують додатковий нормативний захист окремих категорій працюючих. Проте, диференціація може, в окремих випадках, як переростати в дискримінацію (внаслідок якої постраждають усі, хто не належить до пільгових категорій), так і бути її причиною (тобто приводити до дискримінації самих захищених груп).

Трудовим законодавством України спеціальні гарантії та пільги встановлено для різних груп населення. В даному дослідженні розглянемо систему додаткового правового захисту таких категорій працівників, як жінки, працівники із сімейними обов'язками, неповнолітні, молоді, інваліди.

Зокрема під особливим захистом держави перебувають жінки. Деякі пільги та обмеження щодо застосування їх праці передбачені законодавством у зв'язку з фізіологічними особливостями їх організму, а також через соціальну функцію жінки-матері у вихованні дітей. Регулюванню праці жінок присвячена, зокрема, глава XII Кодексу законів про працю (далі – КЗпП). Відповідно до Кодексу [3, ст. 174], та Закону України "Про охорону праці" від 14 жовтня 1992 р. [6, ст. 10], забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах, крім деяких (нефізичних робіт або робіт по санітарному та побутовому обслуговуванню). Законодавство передбачає необхідність обмеження праці жінок у нічний час: така праця допускається лише в тих галузях, де це викликається особливою необхідністю й може застосовуватися тільки як тимчасовий захід [3, ст. 175].

КЗпП регламентує і питання безпеки праці вагітних жінок та матерів неповнолітніх дітей. Так, заборонено тимчасове переведення на іншу роботу без їхньої згоди вагітних жінок і жінок, які мають дитину-інваліда або дитину віком до шести років [3, ст. 33]. Вагітним жінкам, відповідно до медичного висновку, знижуються норми виробітку та обслуговування. Ст. 56, 63, 175-177 КЗпП забороняють залучення вагітних жінок і матерів дітей до трьох років до роботи у нічний та позачасовий час, а ст. 178 передбачає, що жінки цієї категорії можуть бути переведеними на легку роботу або таку, що не викликає впливу несприятливих факторів на здоров'я жінки та її майбутньої дитини (при цьому, зберігається заробіток за попереднім місцем працевлаштування жінки). Якщо ж на виробництві неможливо знайти легшу або нешкідливу роботу для такої жінки, то вона підлягає звільненню від роботи із збереженням середнього заробітку.

Існує ряд норм щодо охорони праці жінок, що пов'язані з материнством. Вони передбачають встановлення полегшених умов праці (заборона залучати до роботи в нічний час, до понаднормових робіт, до роботи у вихідні дні, відправляти у відрядження без їх згоди тощо); надання пільг (спеціальна відпустка, перерва на годування дитини тощо); використання праці жінок, що мають дітей, на роботі з неповним робочим тижнем; використання змінного графіку праці, надомної роботи; спеціальні види соціального страхування тощо.

Жінкам надається оплачувана відпустка у зв'язку з вагітністю та пологами, а також, за її бажанням, відпустка для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку з виплатою за ці періоди допомоги відповідно до законодавства [3, ст. 179]. Така відпустка передбачена також для жінок, які усиновили дітей [3,

ст. 182]. Працюючим жінкам, які мають немовлят надаються і спеціальні перерви для годування дитини [3, ст. 183]. Ст. 185 КЗпП регламентує надання вагітним жінкам і жінкам, які мають дітей віком до 14 років, путівок до санаторіїв та будинків відпочинку і матеріальної допомоги [3, ст. 185].

Встановлено додаткові гарантії від дискримінації щодо працевлаштування жінок. Так, згідно зі ст. 184 КЗпП, забороняється відмовляти жінкам у прийнятті на роботу і знижувати їм заробітну плату з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років, а одиноким матерям – за наявністю дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда. Крім того, звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, одиноких матерів при наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда з ініціативи роботодавця не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли можливе звільнення з обов'язковим працевлаштуванням [3, ст. 184]. З одного боку, ці норми повинні були стати важливою передумовою для заборони необґрунтованої відмови в прийнятті на роботу жінок, особливо вагітних. Але на практиці відбувається навпаки. Так, роботодавцю просто не вигідно працевлаштовувати вагітну жінку чи таку, що має малолітніх дітей, оскільки їй не лише необхідно буде оплачувати відпустку по догляду за дитиною, але й звільнити її практично неможливо, навіть якщо існує об'єктивна необхідність.

Тому, на сьогодні ситуація щодо дискримінації жінок у сфері праці залишається складною. Так, дослідження Міжнародної організації праці засвідчують, що поряд із загальною тенденцією збільшення кількості працюючих жінок, у світі продовжує зберігатись їх нерівність із чоловіками щодо гарантій зайнятості та заробітної плати, що призводить до збільшення кількості жінок серед "працюючих бідних" (тих осіб, що працюють, але не одержують достатньої винагороди для того, щоб висвести себе та свою родину з-за межі бідності). Порівняння даних за шістьма групами професій, що було здійснене експертами МОП, показує, що в більшості держав заробітна плата жінок складає не більше 90% від заробітної плати їх колег-чоловіків. Також дослідження організації дають підстави констатувати безпрецедентно високу кількість безробітних жінок (81,8 млн.) та жінок, що зайняті працею на сімейних підприємствах (у державах Африки та Південно-Східної Азії чотири із десяти працюючих жінок зайняті на сімейних підприємствах, тоді як серед чоловіків частка таких працівників складає двоє із десяти) [13, 16].

У Рекомендаціях парламентських слухань на тему: "Про стан дотримання конституційних гарантій трудових прав громадян", схвалених Постановою Верховної Ради України від 15 січня 2009 р. № 892-VI, вказано результати з'ясування стану дотримання положень Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації стосовно жінок в реалізації прав у сфері праці. В ході тематичних перевірок 2193 підприємств, установ, організацій, де використовується праця жінок (з них 607 – державних, 517 – колективних, 1069 – приватних), виявлено порушення законодавства на 995 підприємствах, установах, організаціях, що становить 45% [7].

Останнім часом в багатьох країнах Заходу йде процес поступового скасування юридичних актів, які встановлюють спеціальну охорону праці жінок, за винятком охорони праці вагітних жінок та жінок-матерів. Варто погодитись з І.В. Шульженком, що головною причиною цього – негативний вплив такого законодавства на зайнятість жінок і принципова неприйнятність в сучасних умовах гендерної охорони праці, яка розвиває в жінках

почуття неповноцінності [14, 183]. Дійсно, незважаючи на встановлення додаткових законодавчих гарантій жінкам, їх правовий захист в деяких питаннях не лише не збільшився, а навпаки – зменшився. Жіноча робоча сила зі всіма пільгами, заборонами та обмеженнями, які передбачає національне законодавство, стає невідгуканою роботодавцю.

Проте, не є виходом із ситуації скасування таких додаткових гарантій та пільг, особливо враховуючи сучасну соціально-економічну ситуацію в країні. Крім того, в будь-якому випадку, ряд таких гарантій пов'язані з фізіологічними особливостями жіночого організму, і їх відміна може негативно позначитись на становищі жінки, в тому числі на її здоров'ї та репродуктивній функції. З огляду на це, слушно видається думка О.Р. Дашковської, що необхідно розглядати використання відповідних пільг як право жінок, а не обов'язок, тобто треба перейти від заборони чого до дозволяючого законодавчого регулювання їх праці, що дасть їм змогу самостійно вирішувати питання про використання встановлених для них додаткових гарантій та пільг [8, 12]. Зокрема, можна надати рекомендаційний характер нормам, що обмежують працю жінок у нічний час, наднормово, а також їх відрядження. В той же час, вважаємо, що необхідно зберегти окремі імперативні законодавчі обмеження щодо праці жінок, коли умови праці є шкідливими для їх здоров'я.

Водночас, не лише жінки, які мають дітей, можуть зазнавати дискримінації у сфері праці. Остання може бути застосована й до чоловіків, зокрема одиноких, що мають дітей. Конституція України встановлює, що рівність прав чоловіка і жінки забезпечується наданням рівних можливостей у праці та винагороді за неї; закріплена необхідність створення умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством, зокрема, через надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам та матерям [1, ст. 24]. Звичайно, такі заходи, з огляду на державну підтримку материнства і дитинства, є досить важливими. Проте, в даному випадку, не передбачено заходів для такої ж підтримки батьківства. Адже міжнародні стандарти в галузі праці вже тривалий час передбачають окремі пільги не для працівників-жінок, а для працівників із сімейними обов'язками. Такі положення знайшли своє відображення і в проекті Трудового кодексу України.

Необхідно погодитись з думкою Г.І. Чанишевої, що об'єктом регулювання по режимах робочого часу і порядку звільнення, поряд з жінкою, повинні стати в окремих випадках і чоловіки: які мають дітей до 3-х років (по нічних роботах); до 14 років (по надурочних роботах, відрядженнях, неповному робочому часу); одинокі батьки (при звільненні, по відпустках без збереження заробітної плати за наявності двох дітей) тощо [12, 26]. Водночас, невинувато видається думка вченого про необхідність надання відпустки до шести місяців безперервної роботи за перший робочий рік чоловікам у період вагітності і пологів дружини.

Не менш важливим та необхідним є поширення гарантій при прийнятті на роботу, регулюванні оплати праці, звільненні і на батьків, які мають малолітніх дітей або дитину-інваліда. На сьогодні існує ст. 186-1 КЗпП, яка поширює норми щодо додаткового захисту від дискримінації у сфері праці на батьків, але лише тих, які виховують дітей без матері. Водночас, вважаємо необхідним надання гарантій, пов'язаних з вихованням дітей, і тим батькам, які не є одиноками. Батьківство, нарівні з материнством, повинно стати об'єктом правового регулювання трудового законодавства. При цьому, необхідно регламентувати не працю жінок, що мають дітей чи чолові-

ків з дітьми, а працівників з сімейними обов'язками, що відповідає міжнародній практиці. Незмінними повинні залишитись гарантії для вагітних жінок.

Наступна категорія працівників, що потребує особливого захисту – неповнолітні та молоді спеціалісти. Сьогодні молодь продовжує відноситись до тієї вразливої групи трудящих, що часто відчуває значні складнощі при працевлаштуванні. Адже випускники навчальних закладів, як правило, не мають практичного досвіду, тому потребують додаткового навчання, а також певного часу для адаптації до нових умов. Саме тому роботодавці неохоче приймають на роботу молодих спеціалістів, віддаючи перевагу досвідченим працівникам. Крім того, часто у молодих фахівців відсутня моральна готовність до конкуренції на ринку праці, що також створює додаткові перешкоди при працевлаштуванні. Тому закономірними є встановлені щодо праці молоді додаткові гарантії, регламентовані XIII розділом КЗпП.

Так, особи, що не досягли вісімнадцяти років, у трудових відносинах прирівнюються у правах до повнолітніх, а в галузі охорони праці, робочого часу, відпусток та деяких інших умов праці користуються пільгами, встановленими законодавством України [3, ст. 187]. Відповідно до ст. 26 КЗпП для молодих спеціалістів після закінчення вищих навчальних закладів при прийнятті на роботу випробування не встановлюється [3, ст. 26]. Заборонено застосування праці осіб молодше вісімнадцяти років на важких роботах, на роботах з шкідливими або небезпечними умовами праці, на підземних роботах [3, ст. 190]; а також на нічних роботах, надурочних і у вихідні дні [3, ст. 192]. Крім того, заробітна плата працівникам молодше вісімнадцяти років при скороченій тривалості щоденної роботи виплачується в такому ж розмірі, як працівникам при повній тривалості роботи [3, ст. 194], а щорічні відпустки надаються у зручний для них час [3, ст. 195].

Ст. 196 КЗпП передбачає існування броні прийняття молоді на роботу у професійне навчання на виробництві, а ст. 197 КЗпП, – надання працевдатній молоді – громадянам України віком від 15 до 28 років після закінчення або припинення навчання у загальноосвітніх, професійних навчально-виховних і вищих навчальних закладах, завершення професійної підготовки і перепідготовки, а також після звільнення зі строкової військової або альтернативної (невійськової) служби першого робочого місця на строк не менше двох років. Що стосується молодих спеціалістів – випускників державних навчальних закладів, потреба в яких раніше була заявлена підприємствами, установами, організаціями, то їм повинна надаватись робота за фахом на період не менше трьох років.

Звільнення працівників молодше вісімнадцяти років з ініціативи власника або уповноваженого ним органу допускається тільки за згодою районної (міської) служби у справах дітей. При цьому, звільнення у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці, виявленні невідповідності працівника займаній посаді чи поновленні на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу, проводиться лише у виняткових випадках і не допускається без працевлаштування. Крім того, Закон України "Про зайнятість населення" гарантує працевлаштування окремих груп молоді на заброньовані державними органами робочі місця [4, ст. 5].

Тому можна говорити про досить високий рівень правового регулювання правовідносин щодо працевлаштування молодих спеціалістів. Хоча, більшість гарантій у цій сфері стосуються випускників ВНЗ, які навчались за державним замовленням, що є недоліком чинного законодавства. Адже менш захищеними, а то-

му більш вразливими залишаються молоді спеціалісти, що навчалися за контрактом. Крім того, в Україні досі відсутні на державному рівні спеціальні комплексні програми забезпечення трудової зайнятості молоді, які поширені в розвинутих країнах світу. Тим не менше, їх прийняття є необхідним, особливо щодо неповнолітніх працівників. Адже сьогодні роботодавцю не вигідно працевлаштовувати осіб молодше 18 років, що будуть працювати неповний робочий день з оплатою праці як за повний. Тому необхідно передбачати додаткові пільги та гарантії для таких роботодавців, які забезпечують роботою неповнолітніх.

Ще однією соціально вразливою категорією працівників є інваліди. Особливості їх працевлаштування пов'язані, перш за все, з тією обставиною, що воно повинно проходити в рамках професійної реабілітації. Тому, зокрема, підбір роботи має відбуватись в строгій відповідності з рекомендаціями медико-соціальної експертної комісії. Крім того, необхідним є створення умов праці, що сприятимуть реабілітації інваліда, зокрема поєднання праці з заходами лікувального характеру.

Відповідно до Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" від 21 березня 1991 р., забезпечення прав інвалідів на працевлаштування та оплачувану роботу, в тому числі з умовою про виконання роботи вдома, здійснюється шляхом їх безпосереднього звернення до підприємств, установ, організацій чи до державної служби зайнятості. Відмова в укладенні трудового договору або в просуванні по службі, звільнення за ініціативою адміністрації, переведення інваліда на іншу роботу без його згоди з мотивів інвалідності не допускається, за винятком випадків, коли за висновком медико-соціальної експертизи стан його здоров'я перешкоджає виконанню професійних обов'язків, загрожує здоров'ю і безпеці праці інших осіб, або продовження трудової діяльності чи зміна її характеру та обсягу загрожує погіршенню здоров'я інвалідів [5, ст. 17]. Також підбір робочого місця здійснюється переважно на підприємстві, де настала інвалідність, з урахуванням побажань інваліда, наявних у нього професійних навичок і знань, а також рекомендацій МСЕК [5, ст. 18].

Проте, дуже часто роботодавці ігнорують норми щодо створення додаткових робочих місць для інвалідів, навіть незважаючи на існування штрафних санкцій за такі порушення. На жаль, сьогодні власнику підприємства простіше заплатити штраф, ніж створювати додаткові умови для працевлаштування цієї категорії населення. Тому, можливим виходом є збільшення суми таких штрафів, платити які роботодавцю було б менш вигідно, ніж забезпечити роботою інваліда.

Отже, серед усього масиву трудящих можна виділити ті категорії, які частіше піддаються дискримінації у сфері праці. Це пов'язано, як правило, із необхідністю чи можливістю існування додаткових затрат роботодавця у випадку прийому на роботу таких працівників. Вони можуть бути пов'язані з оплатою додаткових відпусток, підвищенням кваліфікації чи навчанням, створенням спеціальних робочих місць тощо. І хоча законодавством передбачено особливі гарантії та пільги для окремих категорій працівників, часто саме вони є причиною дискримінації. Проте, відмовитись від додаткового захисту таких осіб на сьогодні не можна. Лише окремим пільгам можна надати диспозитивного характеру, що будуть використовуватись на розсуд самих працівників. Що ж до більшості гарантії, то їх існування зумовлене об'єктивними причинами, з огляду на що є необхідним. Тому, для забезпечення ефективного захисту окремих категорій працівників від дискримінації потріб-

но, найперше, вдосконалити діюче трудове законодавство, зокрема в частині надання таких пільг та гарантії.

Щодо праці жінок, пропонуємо об'єднати норми статей 176 та 177 КЗпП, встановивши, що вагітні жінки і жінки, що мають дітей віком до чотирнадцяти років або дитину інваліда, не можуть залучатись до надурочних робіт, робіт у вихідні дні або направлятись у відрядження без їх згоди. Щодо праці жінок у нічний час, то замість імперативної норми щодо її заборони пропонуємо визначити в КЗпП, що така робота дозволяється лише за наявності письмової згоди жінки.

Главу XII "Праця жінок" доцільно замінити главою "Праця вагітних жінок та трудящих із сімейними обов'язками". При цьому, гарантії та пільги, які на сьогодні поширюються на жінок, що мають малолітніх дітей або дитину-інваліда та на батьків, які виховують дітей без матері, необхідно поширити на всіх чоловіків з дітьми до 14 років чи дитиною-інвалідом. Таким чином, батьківство стане об'єктом правового регулювання нарівні з материнством.

Потребує розробки та затвердження Кабінетом Міністрів України комплексна програма забезпечення трудової зайнятості молоді, яка б передбачала конкретні заходи держави щодо сприяння працевлаштуванню цієї категорії працівників, їх виконавців та строки. Зокрема, до них можна віднести створення додаткових робочих місць для молоді, надання пільг роботодавцям у разі працевлаштування неповнолітніх, вдосконалення процедури проходження практики студентами вищих навчальних закладів з метою забезпечення отримання реальних практичних навичок роботи. Крім того, варто передбачити комплекс заходів і щодо професійної орієнтації молоді до вступу у ВНЗ з метою отримання такої спеціальності, яка буде затребуваною на ринку праці.

З метою захисту працівників та подолання практики їх дискримінації необхідно також переглянути міри відповідальності за порушення норм трудового права. Потрібно прагнути до встановлення такої відповідальності, щоб її застосування стало дійсно не вигідним для роботодавця (при чому, найперше у фінансовому плані). Зокрема, пропонуємо в Кодексі про адміністративні правопорушення встановити штрафні санкції за допущення дискримінації у сфері праці. Крім того, КЗпП необхідно доповнити норму, згідно з якою "роботодавці, які допустили дискримінацію у сфері праці, несуть матеріальну відповідальність за матеріальну та моральну шкоду". При цьому, вважаємо, що потрібно передбачити відшкодування такої шкоди не лише в судовому, але й в адміністративному порядку (наприклад, рішенням спеціального уповноваженого органу з питань протидії дискримінації за наслідками перевірок). Щодо такого органу, то доцільним видається створення при Державному департаменті нагляду за додержанням законодавства про працю спеціалізованого підрозділу по боротьбі з дискримінацією. Для вдосконалення інституційної системи протидії дискримінації можливе також запровадження інституту спеціального представника з питань дискримінації при Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини.

Ще однією проблемою залишається складність на практиці довести існування дискримінації в діях роботодавця. Тому необхідним є спрощення процедури такого доказування (наприклад, при відмові в прийомі на роботу доводити лише наявність аналогічної або більш високої кваліфікації порівняно з особою, прийнятою на роботу). Крім того, назріла необхідність створення спеціальної установи, яка б мала можливість провести експертизу з метою визначення наявності чи відсутності в діях роботодавця дискримінаційних проявів.

Також вважаємо доцільним внесення змін до КЗпП, доповнивши його нормою, яка на сьогодні передбачена в Проекті Трудового кодексу, що особи, які зазнали дискримінації у сфері праці, мають право на звернення до суду для визнання факту дискримінації та її усунення, а також відшкодування шкоди, завданої внаслідок дискримінації. Адже трудова дискримінація набула значного поширення, тому поки не буде прийнято новий кодифікований акт у сфері праці, необхідно вдосконалювати діючий КЗпП з метою посилення захисту прав працівників. Крім того, позитивним стало б прийняття роз'яснень Верховним Судом України щодо практики розгляду спорів, пов'язаних з дискримінацією.

Для забезпечення справжньої рівності прав окремих категорій працівників потрібно, найперше, забезпечити рівність їх можливостей у галузі праці. Хоча, звісно, говорити сьогодні про повне викорінення дискримінаційної практики важко, проте, потрібно прагнути звести її до мінімуму. Тому необхідно залучати до боротьби з дискримінацією суб'єктів соціального партнерства, а також інститути громадянського суспільства, зокрема засоби масової інформації. Відслідковуючи та висвітлюючи щонайбільше фактів дискримінації, роз'яснюючи працівникам їх права та способи захисту в конкретних ситуаціях, можна мінімізувати дискримінаційну практику у сфері праці.

1. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради – 1996. – №30. – ст. 141. 2. Декларація МОП основоположних принципів та прав у сфері праці: Ухвалена Міжнародною конференцією праці на її 86-1 сесії в Женеві 18 червня 1998 р. // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1965-1999. – Женева, 2001. – Т.2. – с. 1529-1532. 3. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – (Додаток до №50). 4. Про зайнятість населення: Закон України від 1 березня 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 14. – Ст. 170. 5. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21 березня 1991 р. // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 21. – Ст. 252. 6. Про охорону праці: Закон України від 14 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668. 7. Про стан дотримання конституційних гарантій трудових прав громадян : Рекомендації парламентських слухань, схвалені Постановою Верховної Ради України від 15 січня 2009 р. № 892-VI // Голос України від 24.01.2009 – № 12. 8. Дашковська О.Р. Проблеми впровадження принципу гендерної рівності в українське законодавство: загальнотеоретичні аспекти // Проблеми законності. – 2002. – № 52. – с. 9-15. 9. Ларинбаев И.И. Диалектика равноправия и дискриминации: теоретический аспект // Право и государство: теория и практика. – 2006. – № 1. – с. 10-18. 10. Митина Н.М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права. Дис. канд. юрид. наук. – М., 2006. 11. Погребняк С. Втілення принципу рівності в юридичних актах // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 3. – с. 8-19. 12. Чанишева Г.І. Реалізація принципу гендерної рівності у трудовому законодавстві України // Актуальні проблеми політики. – 2005. – № 24. – с. 25-30. 13. Шашкова-Журавель І.О. Характеристика міжнародно-правової системи захисту жінок від дискримінації у сфері праці // Юриспруденція: теорія і практика. – 2008. – № 7. – с. 16-21. 14. Шульженко І.В. Правове регулювання праці жінок (національні та міжнародно-правові аспекти) // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2002. – № 4. – с. 175-184.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 342.92 (477)

С. Обрусна, канд. іст. наук, доц.

ОРГАНІЗАЦІЙНО – ПРАВОВІ ЗАСАДИ УПРАВЛІННЯ СУДОВОЮ СИСТЕМОЮ УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ В УМОВАХ СУДОВОЇ РЕФОРМИ

У статті через призму аналізу сучасної судової системи України досліджено організаційно – правові засади управління нею, визначено проблемні питання та вказано на перспективи розвитку в умовах проведення судової реформи.

Ключові слова: *судова система, судова реформа.*

В статье исследованы организационно-правовые основы управления современной судебной системой Украины, определены проблемные вопросы и перспективы развития в условиях проведения судебной реформы.

Ключевые слова: *судебная система, судебная реформа.*

The article – through the analysis of the modern judicial system of Ukraine – studied organizational and legal principles of the system and its major problems, and indicated the prospects of development in the judicial reform.

Key words: *judicial system, judicial reform.*

На сучасному етапі розвитку та удосконалення державності незалежної України не втратила своєї актуальності реформа правової системи, складовою частиною якої є судова реформа, що нині набрала якісно нового розвитку. Аналіз ситуації у сфері судової влади свідчить, що однією з причин нинішнього стану судової системи України є серйозні недоліки в організації діяльності та функціонування судової влади та її структур. Необхідність проведення такої реформи підтверджується тим, що попередні спроби оновлення судової системи не дали позитивних результатів, а проведені заходи носили половинчатий характер і не вирішували комплексу питань, які необхідно розв'язати в ході реформування судової гілки влади. Справедливою та актуальною сьогодні видається теза, що реформаційні зміни, які відбулися в системі судової влади за часи незалежності України, мали для громадян здебільшого формальні ознаки реформи і, як наслідок, підозрілі та категоричне ставлення суспільства до відправлення правосуддя з позиції професійного рівня і моральних якостей суддів та невизнання суду реальним захисником права та інтересів громадян [1, 3]. Одним із напрямів проведення судової реформи є радикальне оновлення організаційно – правових засад управління судовою системою, що обумовлено необхідністю чіткого розмежування повноважень судової та виконавчої гілок влади в

організаційному забезпеченню функціонування судової системи. Ці питання у тій чи іншій мірі нині урегульовані чинним законодавством про судوустрій України та про статус суддів та знайшли своє відображення в останньому законопроекті "Про судоустрій та статус суддів", який пройшов перше читання у Верховній Раді України.

До актуальних аспектів судової реформи належить чітке визначення саме організаційних засад щодо забезпечення діяльності судів різних рівнів, зусилля яких слід зосередити на виконанні основних функцій, призначених судовій владі, тобто виключно на здійснення правосуддя. У той же час відносини між різними ланками судової системи будуються виключно на принципі незалежності та підкорення лише закону [2, 36]. Незалежність судової влади та підкорення її лише закону повинно складатися і у відносинах судової влади із законодавчою та виконавчою гілками влади і ці відносини потребують чіткого правового регулювання.

Перед Українською державою та юридичною наукою нині стоять ряд проблем, які потребують нагального вирішення. Серед них пріоритетним видається завдання формування реально незалежної судової влади, а відтак і формування незалежного та самостійного суддівського корпусу, покликаного і здатного захищати права, свободи, законні інтереси людини та громадянина. Значний внесок у становлення та розвиток судової

влади в Україні внесли видатні науковці та практики, серед яких Ю.Грошевський, Г.Чангулі, А.Стрижак, В. Стефанюк, В.Малярєнко, В. Бойко та ряд інших знаних науковців та юристів – практиків. Зважаючи на складність реформування судової системи, існування численних полярних поглядів в сучасній правовій науці та серед юристів-практиків на хід її проведення, формулюється актуальність даної статті, яка полягає в необхідності дослідження проблемних питань удосконалення діяльності судової влади та її взаємовідносин з іншими гілками державної влади України. Метою статті є дослідження і визначення місця та ролі виконавчої влади у розвитку та удосконаленні судової системи, формування власного бачення на вирішення цих проблем. Виходячи з поставленої мети у статті ставиться завдання дослідити основні підходи до формування відносин між виконавчою та судовою гілками влади, визначити проблеми нормативного регулювання цих відносин, зокрема розподілу повноважень між Міністерством юстиції України та Державною судовою адміністрацією, запропонувати шляхи удосконалення законодавства, що регулює ці відносини.

Одним із конституційних принципів правової держави є формування державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову [3, ст.6]. Кожна із конституційно визначених гілок державної влади має свою специфічну сферу діяльності, але кожна з них діє від імені та на виконання закону. Безумовно, пріоритетне місце займає законодавча влада, оскільки закони, що приймаються саме цією владою, лежать в основі діяльності всієї системи влади в демократичній державі, але як в цілком справедливо зазначає В. Колпаков, різні гілки влади повинні співпрацювати між собою та доповнювати одна одну, залишаючись при цьому до певної міри незалежними, а також мати можливість впливати одна на одну [4, 32]. У той же час варто зазначити, що, на нашу думку, у судової влади повинна бути абсолютна незалежність від законодавчої чи судової гілок влади, оскільки суддя, як головний суб'єкт судової влади, віддзеркалює повноваження, роль, значення й ефективність всієї судової влади в цілому, дає можливість з урахуванням реалій життя створити демократичну судову владу [5, 9].

Для уточнення такого підходу спробуємо проаналізувати поняття судової влади та його зміст, визначити органи, які її здійснюють та їх місце в системі органів державної влади України. Чинне законодавство України не закріплює нормативного визначення поняття "судова влада", що створює певні правові проблеми для формування та розвитку відносин між судовою системою та державними органами влади. Натомість на законодавчому рівні закріплено положення, за якими правосуддя в Україні здійснюється виключно судами [3, ст.124], судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства, яке здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції [6, ст.1]. Аналізуючи ці нормативні положення можна констатувати, що поняття судової влади містить такі основні елементи як здійснення судової влади тільки спеціально уповноваженими державними органами, якими є суди, і тільки вони наділені повноваженнями відправляти Правосуддя. Саме через правосуддя вище названі суди реалізують судову владу, а судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону [3, ст.129]. З цього короткого аналізу нормативних положень можна прийти до попереднього висновку, що судова влада – це система судів, які відправляють правосуддя. Але

буде помилкою зведення поняття судової влади лише до суду як державного органу, що здійснює правосуддя.

Правосуддя є лише одним із компонентів реалізації судової влади, адже її здійснення за змістом значно ширше, ніж відправлення правосуддя. Судова влада реалізується також у діях суду, які не пов'язані з розглядом справ, але також мають велике соціальне значення. Такими діями є організаційні та інформаційно-аналітичні функції, що полягають у вирішенні цілої низки питань матеріального та фінансового забезпечення функціонування судів, узагальнення судової практики, аналіз судової статистики, вирішення скарг учасників процесу, направлення окремих ухвал до державних органів, установ та організацій тощо. Всі ці дії у комплексі охоплюються терміном "організаційне забезпечення діяльності судів", сутність якого полягає у непрямо-суальному порядку супроводження судочинства, що безпосередньо не пов'язано з розглядом кримінальних, цивільних, господарських справ чи справ про адміністративні правопорушення. Вказана діяльність охоплює питання створення судів, багатопланову кадрову роботу – добір кадрів на посади суддів, формування складу народних засідателів та присяжних, проведення навчання, підвищення кваліфікації суддів і працівників апарату суду [7, 74] та цілу низку інших питань, вирішення яких регулюється нормами адміністративного права, а отже складає предмет адміністративно-правового регулювання і за своїм змістом полягає у реалізації адміністративних рішень, прийнятих уповноваженим органом управління. Як зазначено вище термін "організаційне забезпечення діяльності суду" охоплює цілий комплекс питань, прямо не пов'язаних з розглядом справ, але без яких неможливо повноцінне і якісне здійснення правосуддя. Саме тому законодавчо визначено, що в Україні діє єдина система забезпечення функціонування судової влади – судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду [6, ч.1 ст. 119]. Систему і порядок організаційного забезпечення діяльності судів визначає Закон України "Про судоустрій України", яким визначено, що організаційне забезпечення діяльності судів покладається на Державну судову адміністрацію, а змістом такого забезпечення є заходи фінансового, матеріально-технічного, кадрового, інформаційного та організаційно-технічного характеру, спрямовані на створення умов для повного і незалежного здійснення правосуддя [6, ч.2 ст. 119]. Все це вказує на те, що термін "судова влада" значно ширший від терміну правосуддя, оскільки охоплює різні аспекти реалізації судової влади в Україні. Виходячи з цього можна сформулювати наступну дефініцію: судова влада – це незалежна та самостійна гілка державної влади, яка законом наділена повноваженнями, можливістю та спроможністю впливати на поведінку людей та на процеси, що відбуваються в суспільстві. Суб'єктами судової влади є суди та органи, що сприяють здійсненню правосуддя. Систему таких органів визначає Закон України "Про судоустрій України", ч.3 ст.119 якого визначає, що судові органи та інші органи державної влади беруть участь в організаційному забезпеченні діяльності судів у випадках і порядку, передбачених цим та іншими законами. Одним з таких органів є Державна судова адміністрація України та її територіальні управління.

Створення такого органу обумовлено необхідністю реформування системи державного управління в частині організаційного забезпечення діяльності судів і сприяло реформуванню судової системи. Проте не було враховано пропозиції науковців та юристів-практиків щодо надання такому органу статусу центрального органу в системі судів загальної юрисдикції, тобто надан-

ня незалежності Державній судовій адміністрації від впливу інших гілок влади, та визначення її як елементу судової влади з відповідними правовими повноваженнями. Натомість нині Державна судова адміністрація є центральним органом виконавчої влади, яка певним чином опосередковано може впливати на діяльність судів, тим самим порушуючи конституційний принцип незалежності та самостійності правосуддя. У той же час Конституційний Суд у своєму рішенні від 11 березня 2010 року зокрема зазначив, що поділ державної влади на законодавчу, виконавчу та судову означає самостійне виконання кожним органом державної влади своїх функцій і повноважень і дійшов висновку, що органи виконавчої влади беруть участь в організаційному забезпеченні функціонування та діяльності судів у випадках та в порядку, передбачених Конституцією та законами України [8].

Виходячи з цього, можна констатувати, що Державна судова адміністрація є саме тим органом виконавчої влади, визначеним Законом України "Про судоустрій України", яка від імені держави здійснює фінансове та й інше матеріальне забезпечення функціонування та діяльності судів України. Порядок діяльності Державної судової адміністрації регламентується і "Положенням про Державну судову адміністрацію України" згідно якого основним завданням цього органу є саме організаційне забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції, крім Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України [9, п.3]. Цим же Положенням визначено, що діяльність Державної судової адміністрації спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України [9, п.1], що цілком узгоджується зі ст.130 Конституції України і підтверджено вище згаданим Рішенням Конституційного Суду України. Як справедливо відзначається в юридичних наукових джерелах, що повноваження Державної судової адміністрації (ДСА) та повноваження апарату не суперечать одні одним, а є основою для утворення та функціонування системи судового адміністрування, де вищим органом є ДСА, а конкретний суд – низова ланка цієї системи [10, 297]. Продовжуючи цю думку, можна говорити про необхідність надання Державній судовій адміністрації статусу органу судової влади і для цього, на нашу думку, є відповідні правові підстави, починаючи з конституційного принципу незалежності судової влади і завершуючи нормативними положеннями Закону України "Про судоустрій України" та інших нормативно – правових актів. Таку думку підтверджує й зарубіжний досвід, зокрема Російської Федерації, де при Верховному Суді Російської Федерації створений незалежний від виконавчої влади Судовий департамент, який виконує функції організаційного забезпечення діяльності судів. Його створення без перебільшення розглядалося як першочерговий захід судово - правової реформи [11, 27].

Натомість дещо по іншому сформовано поняття судової влади та правовий статус Державної судової адміністрації у внесеному до Верховної Ради України законопроекті Президента України "Про судоустрій та статус суддів", за яким судова влада здійснюється незалежними та безсторонніми судами [12, ч.1 ст.1], а реалізують судову владу судді шляхом здійснення правосуддя в рамках відповідних судових процедур [12, ч.2 ст.1]. У той же час законопроектом визначено, що організаційне забезпечення діяльності органів судової влади здійснює державна судова адміністрація у межах повноважень, установлених законом [12, ч.2 ст.1]. Враховуючи, що законопроектом Державній судовій адміністрації планується надати ряд інших повноважень щодо організаційного забезпечення функціонування судової влади, вба-

чається доцільним надати їй відповідний правовий статус органу судової влади з конкретними повноваженнями організаційно – правового характеру.

Одним із спірних питань в механізмі управління судовою системою залишається роль та місце Міністерства юстиції України. Проаналізовані вище нормативно-правові акти не закріплюють жодних положень щодо взаємодії судової влади з Міністерством юстиції України. У той же час відповідно до Положення про Міністерство юстиції України на цей центральний орган виконавчої влади покладено окремі повноваження, зокрема, на Міністра юстиції щодо утворення і ліквідації судів загальної юрисдикції [13, п.9], організації замовлення на підготовку спеціалістів апарату суду [13, п.17] тощо. Думається, що таке становище не сприятиме належному функціонуванню судовою системою, створює певні проблеми щодо розподілу повноважень різних гілок виконавчої влади і їх впливу на судову владу. Вирішення цієї проблеми можливе, на нашу думку формування єдиного державного органу судової влади, який би об'єднав в собі і організаційні функції, і функції здійснення правосуддя, що відповідало би конституційному принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову владу і реальну незалежність судової влади від виконавчої навіть в частині фінансового та матеріально-технічного забезпечення. При такому підході можливе і реальне дотримання конституційного положення про обов'язок держави забезпечити фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності судів [3, ст.130]. А виконання цих обов'язків від імені держави здійснюють Кабінет Міністрів України шляхом розроблення та подання до Верховної Ради України проекту закону про Державний бюджет України та Верховна Рада України шляхом затвердження Державного бюджету України виключно законом України, здійснення контролю за його виконанням і прийняття рішення щодо звіту про його виконання [8].

Таким чином, питання організаційного забезпечення функціонування і діяльності судової гілки влади потребують детального дослідження. У даній статті автор намагався проаналізувати лише окремі проблеми управління судовою системою України, які можливо розглянути у контексті нинішнього етапу судової реформи в Україні. В межах окремої статті не можна охопити всі аспекти реформування судової системи, навіть питання організаційного забезпечення діяльності судової влади. Але це може бути ще одним поштовхом для продовження дослідження порушеної проблеми.

1. Осетинський А. Утвердження авторитету суду у контексті судової реформи / А.Осетинський // Право України. – 2006. – № 4. – С. 3 – 10.
2. Штогун С. Судова реформа – шлях до вдосконалення захисту прав і свобод людини і громадянина / С. Штогун // Право України. – 2002. – № 8. – С. 34 – 37.
3. Конституція України від 28 червня 1996 року (в редакції Закону України від 8 грудня 2004 року). – Х.: Веста, 2010. – 64 с.
4. Колпаков В.К. Адміністративне право України: Підручник. / В.К. Колпаков. – К.: Юрінком Інтер. 1999. – 736 с.
5. Дзюба В.Т. Правовий статус судді віддзеркалює повноваження та значення судової влади в цілому / В.Т.Дзюба // Юридичний журнал. – 2005. – № 4(34). – С.8-10.
6. Про судоустрій України: Закон України від 07.02.2002р. № 3018-Ш, (із наступними змінами і доповненнями) [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua.
7. Запорожець М. Основні ознаки судової влади / М.Запорожець // Право України. – 2004. – № 2. – С.72-76.
8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищого господарського суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 130 Конституції України (справа про фінансове забезпечення діяльності судів: справа № 1-3/2010 від 11 березня 2010 року № 7-рп/2010 [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua.
9. Про затвердження Положення про Державну судову адміністрацію України Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2009 р. № 14 [Електронний ресурс] // Міністерство юстиції України. – Режим доступу: www.minjust.gov.ua/0/33.
10. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України: Підручник / О.С. Захарова, В.Я. Карабань, В.С. Ковальський (кер. авт. кол.) та ін. Відп. ред.

В.Маларенко. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 376 с. 11. Чернявский В. Судебный департамент — исполнительный орган судебной власти / В.Чернявский // Российская юстиция. — 2000. — № 3. — С. 27-29. 12. Про судоустрий та статус суддів: Проект Закону України від 07.02.2002 р. № 3018-Ш, [Електронний ресурс] // Верховна Рада Украї-

ни. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua. 13. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України: Постанова Кабінету Міністрів України від 14 листопада 2006 р. № 1577 // М Міністерство юстиції України. — Режим доступу: www.minjust.gov.ua/0/33.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 345.352

О. Грудзур, ад'юнк

ПЕРСПЕКТИВИ ВИЗНАННЯ СУБ'ЄКТОМ ПРОВОКАЦІЇ ХАБАРА ЗАГАЛЬНОГО СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ

В статті досліджується можливість вчинення провокації хабара загальним суб'єктом злочину. На основі цього обґрунтовується необхідність внесення змін до ст. 370 КК України стосовно розширення кола суб'єктів вказаного злочину.

Ключові слова: провокація хабара, організація, підбурювання, загальний суб'єкт.

В статье исследуется возможность совершения провокации взятки общим субъектом преступления. На основании этого аргументируется необходимость внесения изменений в ст. 370 УК Украины относительно расширения круга субъектов указанного преступления.

Ключевые слова: провокация взятки, организация, подстрекательство, общий субъект.

The opportunity to commit bribery provocation general subject of crime is investigated in this paper. On this basis the need to change the article 370 of the Criminal Code of Ukraine about the expansion of the subjects range of this crime is argued.

Key words: provocation of bribery, organization, instigation, general subject.

Тематика кримінально-правової характеристики провокації хабара є досить актуальною в сучасній юридичній науці. Пояснюється це, насамперед, неоднозначністю правової оцінки самої провокації хабара та складністю розуміння змісту провокаційної діяльності як такої. Зокрема, не зовсім зрозумілими залишаються питання щодо: визначення об'єкта цього злочину; відмежування провокації хабара від суміжних злочинів та правомірної діяльності працівників правоохоронних органів, спрямованої на виявлення та документування фактів давання чи одержання хабара; співвідношення провокації хабара та співучасті в його даванні або одержанні. Не менш важливим, у цьому контексті, є також з'ясування кола суб'єктів, які фактично можуть вчиняти провокаційні дії. Проте, до останніх, законодавець не відносить загального суб'єкта злочину, а це, в свою чергу, наштовхує на роздуми: чи може такий суб'єкт взагалі вчиняти провокаційні дії, і якщо так, то якою повинна бути правова оцінка цих дій?

Зауважимо, що провокація хабара неодноразово досліджувалася в працях О.І. Альошиної, П.П. Андрушка, Б.В. Волженкіна, Й.А. Гельфанда, М.І. Мельника, В.О. Навроцького, А.А. Стрижевської, О.В. Ус та ін., але суб'єкт провокації хабара як загальний суб'єкт злочину не розглядався.

На основі цього, формулюється **мета публікації**, якою є визначення можливості визнання суб'єктом провокації хабара загального суб'єкта злочину.

Частина 1 статті 370 Кримінального кодексу (далі — КК) України передбачає відповідальність за провокацію хабара, тобто за свідоме створення службовою особою обставин та умов, які зумовлюють пропонування чи одержання хабара, щоб потім викрити того, хто дав або взяв хабар. Як бачимо, суб'єктом цього злочину є лише службова особа. Однак, це не виключає можливості вчинення таких дій загальним суб'єктом злочину. Адже створити обставини, які зумовлюють давання чи одержання хабара по-суті може будь-яка особа. У зв'язку з чим і виникає питання щодо можливості визнання суб'єктом провокації хабара загального суб'єкта злочину.

Утім, дослідження вказаного тематики обов'язково пов'язується із об'єктом провокації хабара. Так, щоб визначити ким може вчинятися посягання, необхідно, в першу чергу, з'ясувати об'єкт, на який воно спрямовується. При цьому, зауважимо, що провокація хабара посягає одразу на два об'єкти. Основним безпосереднім об'єктом є суспільні відносини, які виникають у зв'язку із реалізацією владних повноважень чи виконанням

організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, що делегуються (покладаються) відповідним апаратом управління. Тоді як, додатковим обов'язковим об'єктом є суспільні відносини у сфері виявлення та розкриття злочину.

Виходячи із змісту цих суспільних відносин, впливає, що провокація хабара може вчинятися: "зсередини" — службова особа є учасником суспільних відносини та провокує давання їй хабара з метою викриття хабародавця; "ззовні" — особа посягає на цілісність тих суспільних відносин, де вона не є учасником, провокуючи давання або одержання хабара, з метою викриття того хто дав чи одержав хабар. У свою чергу, до останнього виду посягання також може бути віднесене вчинення провокації загальним суб'єктом злочину. Пояснюється це тим, що для створення обставин, які зумовлюють давання чи одержання хабара, з метою викриття того, хто дав чи одержав хабар, не обов'язково використовувати службові або владні повноваження. Разом із тим, описані дії в будь-якому випадку посягають на основний безпосередній та додатковий обов'язковий об'єкти провокації хабара.

Наприклад, водій, з метою викриття працівника Державної автомобільної інспекції, порушив правила дорожнього руху, чим створив обставину, яка зумовлює одержання хабара таким працівником. У цьому випадку, створена водієм обставина за своїм змістом та значенням нічим не відрізняється від обставини, яка була б створена службовою особою. Такі дії водія фактично також посягають на:

1) суспільні відносини, що виникають у зв'язку із реалізацією владних повноважень чи виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, які делегуються (покладаються) відповідним апаратом управління, оскільки виникає загроза не правильного виконання повноважень працівником Державної автомобільної інспекції;

2) суспільні відносини у сфері виявлення та розкриття злочину, адже злочин (одержання хабара) не виявляється і не розкривається, а зумовлюється діями самого водія.

Із викладеного випливає, що посягання на кожен із вказаних об'єктів може вчинятися не тільки службовою особою, а й загальним суб'єктом злочину. Схожа позиція описується Б.В. Волженкіним, який зазначає, що загальний суб'єкт злочину також здатен вчинити провокацію хабара, хоча це і не виділяється законом як окремий злочин [2, с. 71].

Окрім того, діяння вчинені таким суб'єктом не характеризуються меншим ступенем суспільної небезпеки, ніж ті, які вчиняються службовою особою. Аргументується це тим, що і в одному, і в іншому випадку давання чи одержання хабара зумовлюється штучно створеними обставинами, які не відрізняються за своїм змістом.

З об'єктивної сторони головним для провокації хабара є те, що створена обставина повинна зумовлювати давання чи одержання хабара. Однак, зумовленість також не залежить від наявності службових або владних повноважень.

Більше того, злочини, у яких суб'єктом виступає виключно службова особа, мають свою специфіку, що унеможливує вчинення діянь, які утворюють об'єктивну сторону цих злочинів іншими (неслужбовими) особами. Зокрема, вчинити перевиснення влади або службових повноважень може тільки особа, яка наділена владними чи службовими повноваженнями; заволодіти майном шляхом зловживання службовим становищем може тільки службова особа. Натомість, провокації хабара не властива така специфіка, адже створити обставину, яка зумовлює давання чи одержання хабара може не тільки службова особа.

У зв'язку з цим, не зовсім доцільно визнавати суб'єктом провокації хабара лише службову особу, оскільки має місце принципово різна оцінка фактично подібних діянь. Так, створення службовою особою обставини, що зумовлює давання чи одержання хабара є окремим злочином. Тоді як створення такої обставини неслужбовою особою є або організацією, або підбурюванням до давання чи одержання хабара.

При цьому, створення обставини, що зумовлює давання чи одержання хабара не підпадає під ознаки пособництва. Останнє, відповідно до ч. 5 ст. 27 КК України, полягає в сприянні вчиненню злочину іншими особами, але це не впливає на формування їх умислу і не може зумовлювати давання чи одержання хабара. За словами О.І. Альошина пособник виник після формування злочинного умислу інших осіб. Тому провокатором може бути особа, яка або схиляє, або організовує вчинення злочину іншими особами [1, с. 58].

Утім, провокація, хоча і подібна із підбурюванням чи організацією давання або одержання хабара, але не співпадає з ними. Розмежовуються вони за наступними ознаками:

1) провокація в будь-якому випадку посягає на суспільні відносини у сфері виявлення та розкриття злочину, натомість організація чи підбурювання до давання або одержання хабара на ці суспільні відносини не посягають;

2) провокація може вчинятися як шляхом дії, так і шляхом бездіяльності, а організація і підбурювання полягають тільки в активних діях;

3) при співучасті кожен співучасник обов'язково усвідомлює, що він вчиняє злочин спільно з іншою особою (співучастю не можуть визнаватися діяння, які об'єктивно сприяли вчиненню злочину і настанню злочинного результату, але не охоплювалися умислом співучасників як вчинені спільно [4, с. 181]), разом із цим, спровокована особа може й не усвідомлювати, що вчиняє злочин під впливом провокатора.

Характерно, що провокація хабара та співучасть відмежовуються також у постанові Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 р. "Про судову практику у справах про хабарництво" (п. 23). Так, якщо службова особа, з метою викриття того, хто дав чи одержав хабар, організувала давання або одержання ха-

бара, підбурила до цього чи сприяла цьому, то її дії слід додатково кваліфікувати ще й за відповідною частиною ст. 27 та ст. 368 або 369 КК України [5].

Таким чином, співучасть в даванні чи одержанні хабара не отожднюється із провокацією хабара. Із цього випливає, що створення загальним суб'єктом злочину обставин, які зумовлює давання чи одержання хабара не повністю охоплюється ознаками організації або підбурювання до цих злочинів. Відтак мають місце певні прогалини. Невизначеними, зокрема, залишаються: – правова природа створення неслужбовою особою шляхом бездіяльності обставин, що зумовлюють давання або одержання хабара; – правова природа створення таким суб'єктом вказаних обставин, у випадку, коли спровокована особа вважає, що вчиняє давання чи одержання хабара самостійно.

Все це свідчить, про необхідність ширше розглядати коло суб'єктів провокації хабара і не обмежувати його виключно службовими особами.

Додатковим аргументом на користь описаної позиції є те, що у законодавстві всіх зарубіжних країн, де існує спеціальна норма, яка передбачає кримінальну відповідальність за провокацію хабара, суб'єктом цього злочину також визнається загальний суб'єкт [3, с. 157].

У свою чергу, загальним суб'єктом злочину, відповідно до ч. 1 ст. 18 КК України є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Безперечно, що за вчинення провокації хабара, навіть якщо суб'єктом цього злочину буде визнаватися загальний суб'єкт, кримінальний відповідальності можуть підлягати тільки особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

Дослідивши можливість вчинення провокації хабара загальним суб'єктом злочину, можемо сформулювати наступні **ВИСНОВКИ**.

1. Створити обставину, яка зумовлює давання чи одержання хабара в дійсності може не тільки службова особа, а й загальний суб'єкт злочину. При цьому, діяння загального суб'єкта не відрізняються ні за сутністю, ні за рівнем суспільної небезпеки від діянь службової особи і також посягають на основний безпосередній та додатковий обов'язковий об'єкти провокації хабара.

2. Провокація хабара та співучасть в даванні чи одержанні хабара не є тотожними. У зв'язку з цим, прирівнювати провокаційні діяння загального суб'єкта злочину до підбурювання чи організації давання або одержання хабара видається не зовсім доцільним.

На основі викладеного цілком обґрунтованою є пропозиція щодо визнання суб'єктом провокації хабара загального суб'єкта злочину, тобто фізичної осудної особи, якій на момент вчинення злочину виповнилося шістнадцять років. Тому, для законодавчого закріплення цієї пропозиції слова "службовою особою" потрібно було б виключити із диспозиції ч. 1 ст. 370 КК України.

1. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Альошина Ольга Іванівна. – Харків, 2007. – 204 с. 2. Волженкин Б. В. Квалификация взяточничества : Учебное пособие / Волженкин Б. В. – Л., 1984. – 100 с. 3. Грудзур О. М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара за законодавством зарубіжних країн / О. М. Грудзур // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 2 (57). – С. 150–160. 4. Кримінальне право України. Загальна частина : Підручник / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.]; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – [вид. 5-те, переробл. та допов.]. – К. : Атака, 2009. – 408 с. 5. Про судову практику у справах про хабарництво: постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 р. // Юридичний вісник. – 2002. – № 28 (368).

УДК 347.998.85 (043.3)

М. Курко, канд. юрид. наук

НАПРЯМИ РОЗВИТКУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ГРОМАДЯН НА ОСВІТУ В УКРАЇНІ

Стаття розкриває основні напрями розвитку конституційного права громадян на освіту в Україні.

Ключові слова: конституційне право, конституційні права громадян.

В статье раскрываются основные направления развития конституционного права граждан на образование в Украине.

Ключевые слова: конституционное право, конституционные права граждан.

The article exposes basic directions of development of constitutional right for citizens on education in Ukraine.

Key words: constitutional law, constitutional right for citizens.

Сьогодні освітня галузь є складовою практично всіх матеріально-виробничих та духовно-практичних процесів і сфер життєдіяльності, що мають місце у сучасній українській громадськості. Освіта є одним з найбільш потужних ресурсів соціально-економічного розвитку, фактором становлення ефективних механізмів державного та соціального управління, складовою становлення самоврядних механізмів функціонування міст та сіл України, найбільш потужним чинником розвитку культури, одним з пріоритетних компонентів модернізації країни на шляху до євроінтеграції. У ракурсі забезпечення прав людини освіта також є невід'ємною частиною практично всіх прав людини і громадянина, оскільки без достатнього рівня інтелектуального розвитку, компетенцій, навичок та знань людей неможливі реалізація та гарантування жодного права чи громадянської свободи.

Відтак як конституційно-правове забезпечення процесів соціальної модернізації в Україні, так і конституційних прав і свобод у якості своєї складової передусім мають спиратися на певні правові механізми конституювання, захисту та гарантування права на освіту у різноманітних вимірах [1, с.67].

Ми вважаємо за доцільне виділити та розглянути кілька основних напрямів розвитку права на освіту у цьому контексті.

Перший, це конкретизація конституційних норм права на освіту у законодавстві та підзаконних актах. Мова передусім у цьому випадку йде про реалізацію гарантованих Конституцією України прав на освіту українських громадян через галузеве та загальне законодавство.

Реалізація цього напрямку правотворчості здійснюється передусім через розширення законодавчих гарантій права на освіту, а також через доповнення конституційних норм в освітній галузі нормами, які розширюють власне ті чи інші аспекти права на освіту: її доступність, обсяги, перелік освітніх послуг тощо.

Що стосується розширення правових гарантій, то, на нашу думку, найбільш фундаментальне значення мало б реальне законодавче визначення нормативу фінансування освітньої сфери у відсотках від валового внутрішнього продукту країни. У багатьох європейських країнах діє саме така правова норма, яка гарантує постійне нарощування фінансової основи права на освіту пропорційно темпам економічного розвитку [2].

В Україні це питання є предметом серйозних дискусій. Закон "Про освіту" передбачає таку норму, проте вона не виконується. З моменту виходу першої редакції Національної доктрини розвитку освіти, яка передбачала подібне положення, ця проблема знову стала як одна з головних серед механізмів реального гарантування права на освіту. Однак у процесі обговорення і прийняття документа норма залежності фінансування освіти від темпів росту економіки була відхилена і не потрапила в остаточний варіант доктрини, а відповідно не була закріплена законодавчо [3].

Рівень фінансування пересічних державних освітніх закладів усіх рівнів не дозволяє гарантувати якісну освіту без стрімкого нарощування темпів реалізації необхідних для цього освітніх програм: комп'ютеризації, переходу на нові програми та методики навчання, збільшення оплати праці викладачів тощо. Нормативне закріплення фінансування освіти через прийняття відповідного законодавства є необхідною передумовою забезпечення гарантій права на якісну освіту.

Звичайний стандарт такого нормативу у країнах Євросоюзу складає 7-9 відсотків. Реальне бюджетне фінансування освіти в Україні в останні 2-3 роки знаходиться на рівні 5-6%. Враховуючи потреби модернізації освітньої галузі в Україні і значно нижчий рівень якості освіти у порівнянні з європейськими стандартами, норматив бюджетного фінансування має складати не менше 10% ВВП.

Про реальні проблеми у забезпеченні права на освіту свідчить судова практика в Україні. Значна кількість судових справ стосується неналежного виконання чинного законодавства у галузі освіти. Найбільш резонансними є судові позови у зв'язку з невиконанням 57 статті Закону України "Про освіту", що забезпечує відповідний статус та матеріальну винагороду працівників освітньої сфери. Рішеннями судів органи державної влади зобов'язуються виплачувати гарантовані законом кошти викладачам. Найбільш гострою була ситуація у 2005 р., коли компенсації місцевим бюджетам сум, які вони за рішеннями судів мали сплатити освітянам, привела до спеціального урядового рішення по даній проблемі.

Проте і зараз ситуація у цій царині повністю не вирішена. Найбільш резонансним стало голодування львівських учителів у 2007 р. у зв'язку з заборгованістю місцевих органів влади за ст. 57 Закону "Про освіту". Проблема в тому, що при загальній заборгованості у 25 млн. грн. сума, яку місцеві посадовці повинні були виплатити за рішенням судів, склала лише 8 млн. грн., а влада навіть ці суми виплачувати не захотіла при наявності коштів у бюджеті.

Очевидно, назріло питання більш системних законодавчих гарантій даного аспекту права на освіту, які б передбачали юридичну відповідальність для посадовців відповідних органів влади, що не забезпечують виконання вимог вказаної статті закону "Про освіту" [4].

Радикально вирішити цю проблему можна шляхом не лише удосконалення зазначеного Закону, а й підвищення його нормативно-правового статусу.

На нашу думку, норми Закону України "Про освіту" мають набути статусу конституційних.

По-перше, за таких умов невиконання тих чи інших статей освітньої сфери буде тягти більш серйозну юридичну відповідальність.

По-друге, вся система освітнього законодавства отримає чітке конституційне оформлення навіть при лаконічності формулювання змісту права на освіту в Основному Законі.

По-третє, вказаний статус дасть можливість значно ширшого і детальнішого конституційно-правового регулювання як освітньої галузі, так і всіх аспектів права на освіту. Останнє особливо важливо, враховуючи значущість права на освіту у сучасній системі громадянських прав і свобод та неможливість його всебічного конституювання в Основному Законі.

До речі, подібний підхід повністю відповідає європейським стандартам, оскільки в Європі, як ми бачили, за виключенням кількох країн (Австрія, Португалія), детальне регламентування конституційних норм права на освіту відсутнє.

Ще одним фундаментальним напрямом розширення конституційно-правових гарантій права на освіту слід вважати законодавче закріплення державного бюджетного фінансування за індивідуальними суб'єктами права на освіту. Передусім це стосується найбільш масової ланки системи освіти – середньої загальноосвітньої школи.

Наявність гарантованого Конституцією України обов'язкового здобуття середньої освіти передбачає бюджетне фінансування навчання у загальноосвітній школі. Однак на сьогодні право українських громадян на безкоштовну середню освіту не можна вважати гарантованим знову ж таки в аспекті якості, а також механізмів зацікавленості виробників освітніх послуг у забезпеченні всіх аспектів зазначеного права.

Основним недоліком, на нашу думку, тут є бюджетне фінансування не споживача освітніх послуг, а їх виробника. Благополуччя шкіл сьогодні мало залежить від того, наскільки якісно вони забезпечують право учнів на якісну середню освіту, оскільки вони фінансуються за показниками, що мають переважно відношення до внутрішньої організації навчально-виховного процесу. За таких умов потреби суб'єктів права на освіту є другорядними по відношенню до формальних показників освітньої діяльності, що зрештою призводить до нехтування ними у значному обсязі виробниками освітніх послуг [5, с.226].

Однак у багатьох країнах світу досить ефективно функціонує система законодавчих гарантій конституційного права на безкоштовну середню освіту, що ґрунтується на закріпленні бюджетного фінансування безпосередньо за індивідуальним споживачем освітніх послуг. При цьому фінансування школи здійснюється на основі усередненого нормативу оплати навчання одного учня, який закріплюється за ним і отримується тією школою, яку обрав учень для навчання. Більше учнів – більше фінансування школи.

Цей принцип створює засади конкуренції між освітніми закладами за учня і забезпечує розширення гарантій права на освіту як мінімум у двох аспектах.

У першому, фінансування персонально пов'язане із суб'єктом права на освіту, що примушує освітні заклади орієнтуватися на його потреби, а не на формальні показники освітнього процесу.

У другому, конкуренція сприяє підвищенню якості освітніх послуг, а саме у цій сфері існують найбільші проблеми щодо гарантування у повному обсязі права на безкоштовну середню освіту в Україні [6, с.43].

Оскільки у проаналізованому вище випадку мова йде про цілу систему законодавчих гарантій, формою її реалізації має бути окремий Закон (Закон України "Про фінансування загальноосвітніх середніх закладів на основі закріплених за споживачами освітніх послуг бюджетних нормативів"), а також низка підзаконних актів Міністерства освіти і науки України щодо механізму його впровадження і застосування.

У матеріально-фінансовій сфері для розширення законодавчих гарантій права на освіту суттєве значення має створення нормативно-правової бази залучення позабюджетних коштів фінансування та матеріального забезпечення освітніх закладів, більш широко – створення правової основи спрямування ресурсів громадянського суспільства на розвиток вітчизняної системи освіти.

Це досить складний аспект правотворчості, оскільки він включає у себе поєднання різних сфер правового регулювання і необхідність узгодження низки галузей законодавства, та ще й у контексті потреб розвитку відповідних сфер життєдіяльності українського суспільства. Значною мірою тут удосконалення конституційного регулювання права на освіту залежить від здійснення конституційної реформи та модернізації за європейськими стандартами усієї системи державного управління в Україні.

Розширення конституційно-правового регулювання права на освіту в Україні значною мірою пов'язане з законодавчим регулюванням суміжних сфер соціального життя, що у тій чи іншій формі відображаються на розвитку освітнього потенціалу країни.

Доцільно виділити кілька основних соціальних детермінант впливу на розширення можливостей українського суспільства у сфері задоволення права громадян на освіту.

1. Соціально-управлінський вплив. Тут значну роль відіграє удосконалення законодавства в процесі здійснення політичної реформи.

2. Соціально-економічний вплив. Безумовно, опосередковано на рівень забезпечення права на освіту в Україні впливає увесь комплекс нормативно-правового забезпечення стабільного та поступального розвитку національної економіки.

3. Вплив ринку праці. Вище вже говорилося, що ринок праці має найближче відношення до ринку освітніх послуг, і відповідно його законодавче регулювання безпосередньо стосується гарантій права на освіту.

4. Вплив соціальної реклами та пропаганди освітніх програм. Однією з найбільш ефективних форм опосередкованого впливу на розширення гарантій права на освіту в сучасних умовах слід вважати державний маркетинг у досліджуваній галузі.

5. Вплив євроінтеграційних перспектив України. Адаптація законодавства України до європейських стандартів одним зі своїх аспектів має і посилення загальноосвітніх гарантій права на освіту в країні у відповідності з нормами, які існують у Європі.

На сьогодні найбільш актуальними у коротко- та середньотерміновому плані для України є кілька суттєвих розширень права на освіту, що вже зараз вимагають серйозного вивчення на конституційно-правовому полі.

1. Поступовий перехід до загальної вищої освіти. Цей перехід не слід інтерпретувати як забезпечення загальної і обов'язкової вищої освіти, а як створення в українському суспільстві реальних можливостей для кожного випускника середньої школи отримати вищу та спеціальну середню освіту, тобто закінчити ВНЗ 1–4 рівня акредитації. Переважна більшість європейських країн вже досягли цього ступеню, оскільки в них пересічно до 90% випускників шкіл навчаються потім в університетах і колежах.

Деякі країни (наприклад, Канада) довели цей показник до 95%. Тому розширення права на освіту в Україні у цьому напрямі є абсолютно необхідним з погляду перспектив євроінтеграції, забезпечення конкурентоспроможності країни і просто з огляду на вже існуючі

стандарти прав людини і громадянина у цивілізованому світі [7, с.42].

На нашу думку, принциповим орієнтиром розширення права на освіту у сфері вищої освіти має стати її інтерпретація не лише як процесу підготовки фахівців, а як необхідної життєвої стадії розвитку кожної людини – подібно до середньої школи, професійний аспект якої є другорядним порівняно з розвиваючим компонентом. Саме такою є глобальна загальноцивілізаційна тенденція освітнього розвитку в умовах становлення інформаційного суспільства.

Враховуючи те, що в процесі свого життя середньостатистична людина 5-7 разів змінює свою роботу, що звичайно супроводжується і професійною перекваліфікацією, а обсяг професійної інформації збільшується в два рази кожні 2-3 роки, вища освіта має не стільки забезпечувати фаховий рівень людини, скільки закладати у ній здатності до самонавчання та саморозвитку [8, с.13]. На цій основі і має здійснюватися розширення права на вищу освіту в Україні.

Найбільшою проблемою для України тут є розширення мережі ВНЗ, які можуть надавати якісні освітні послуги. Сьогодні при всьому бажанні всі випускники школи просто не мають фізичної можливості отримати вищу освіту. Цю проблему використовують представники бізнесу для комерціалізації галузі і створення освітніх структур, які нездатні забезпечити надання якісних освітніх послуг і просто здійснюють продаж дипломів.

З 2006 року уряд розпочав системну боротьбу з такими явищами, заклавши після перевірки кілька десятків різноманітних освітніх закладів, що не витримували мінімальних критеріїв щодо послуг у галузі вищої освіти. Однак реально проблема залишилася невирешеною, оскільки існує певна невідповідність між мережею вищих навчальних закладів та потребами у вищій освіті з боку громадян.

На нашу думку, вирішення проблеми можливе на шляху реалізації системної загальнодержавної програми розвитку вищої освіти, що спирається на розробку розгалуженого законодавства у цій сфері. Основними її складовими мають стати інтенсифікація підготовки науково-педагогічних кадрів із забезпеченням європейського рівня статусу цієї соціально-професійної групи, зростання бюджетних асигнувань на розвиток інфраструктури та матеріальної бази вищої освіти у два-три рази, перегляд правових засад механізмів управління та комерційної діяльності ВНЗ.

Важливим є вирішення питання щодо доступності вищої освіти для кожного громадянина України. Ми вважаємо, що світовий досвід свідчить не на користь загальної безоплатної вищої освіти, і реалізація цього принципу не може ототожнюватися із розширенням змісту права на освіту стосовно вищої освіти. Навіть дуже багаті країни, які без проблем можуть дозволити собі фінансування безоплатної вищої освіти своїх громадян у повному обсязі, зберігають поєднання безоплатного (за рахунок держави) та платного (за рахунок споживачів освітніх послуг) принципів отримання вищої освіти.

Суть тут і полягає у підтримці зацікавленості споживачів освітніх послуг у якісному навчальному процесі та підтримці механізмів конкуренції у галузі, яка самі по собі є принципово важливим механізмом забезпечення права громадян на якісну вищу освіту [9, с.71].

Зважаючи на це, для України важливою законодавчою та соціально-управлінською проблемою є формування сучасної системи вищої освіти, збалансованої за пропорцією оплаченого з бюджету державного замовлення на фахівців з часткою освіти комерційного харак-

теру. Її невід'ємною частиною є впровадження доступного для всіх державного кредитування освіти громадян, а також механізмів відшкодування фахівцями-бюджетниками державних коштів за своє навчання.

Одним із аспектів розширення права на вищу освіту слід вважати зняття існуючих обмежень на отримання двох і більше спеціальностей. Зокрема, це стосується положення щодо отримання лише однієї вищої освіти за рахунок бюджетного фінансування.

Очевидно, потрібно переглянути це положення, оскільки сьогодні значна і все зростаюча частина громадян України на базі вищої освіти отримує додаткові спеціальності. Звичайно, це викликано виробничою необхідністю і відповідає інтересам суспільства. Тому необхідні зміни до законодавства в освітній галузі, які б надавали можливість хоча б частині громадян отримувати другу вищу освіту державним коштом [10, с. 134].

2. Необхідним напрямом розширення конституційного права на освіту мають стати зміни у державній освітній політиці, спрямовані на підтримку індивідуальних зусиль громадян щодо підвищення освітнього рівня. У сучасних умовах формується безперервна система освіти та самоосвіти, оскільки інформаційна економіка вимагає постійного оновлення знань, навичок та компетенцій людей.

Тому підвищення освітнього рівня вже є не індивідуальною справою кожного громадянина, а однією з найважливіших сфер державної стратегії забезпечення національної безпеки та конкурентоспроможності. На цій основі формується відносно новий спектр права на освіту – право на використання освітнього простору суспільства як елемент постійної життєдіяльності кожної людини [11, с.28].

Указаний аспект права на освіту формується кількома системними процесами, передусім законодавчого характеру.

По-перше, це нова політика держави у галузі фінансування та організації системи освіти. Потрібно забезпечити наступність кожної ланки, процесуальний (а не одноразовий) характер навчання, проникнення освітніх інститутів у нові сфери життєдіяльності суспільства. Мова йде про створення інституційної інфраструктури неперервної системи освіти, становлення мережі освітньої діяльності у всіх сферах суспільства за типом формування "павутинних структур", що функціонують на засадах теорії "динаміки поля" і значною мірою забезпечують дію стохастичних регуляторів освітньої діяльності.

По-друге, мають бути створені законодавчі гарантії доступності неперервної освіти для кожного громадянина з погляду матеріальних витрат. Держава має взяти на себе основні витрати громадян на підтримку свого освітнього рівня. Більше того – має бути розроблена і впроваджена система компенсацій громадянам матеріально-фінансових втрат, пов'язаних з підтримкою необхідного освітнього рівня. Найбільш дієвим механізмом у цій сфері можуть стати державні пільги та субсидії, а також законодавчі нормативи стосовно корпоративних витрат на освіту працівників.

По-третє, це формування системи освіти для дорослих. Система галузевої післядипломної освіти у її нинішньому вигляді вже давно віджила свій вік і не відповідає новим освітнім потребам українського суспільства. Необхідно створення розгалуженої і структурно єдиної системи післядипломної освіти, яка б враховувала неперервність та постійну диверсифікацію освітніх потреб дорослого населення країни – фахівців різних галузей народного господарської діяльності. Хоча спроби започаткувати законодавчий процес форму-

вання сучасної системи освіти для дорослих продовжуються вже кілька років, її правових засад до цього часу не розроблено.

3. Нові аспекти права на освіту формуються у зв'язку зі становленням електронної та дистанційної освіти. Зокрема, право на доступ до освітніх ресурсів Інтернету стає загальноприйнятим у сучасному світі і розвинені держави витрачають десятки мільярдів доларів на забезпечення доступності Інтернет – освіти для своїх громадян, а у низці країн (наприклад, Японії) існують спеціальні державні програми у цій сфері. Дистанційна освіта з використанням електронних технологій здійснює переворот у освітній діяльності ХХІ століття, а створювані у низці країн установи електронної освіти за своєю ефективністю у кілька разів перевершують традиційні освітні заклади. Наприклад, п'ятирічна програма пересічного американського університету в центрах електронного навчання освоюється споживачами освітніх послуг за рік [12, с.23].

Таким чином, право на електронну освіту у сучасному світі значною мірою визначає інноваційний потенціал освітнього розвитку, і без його забезпечення вже не можна говорити про стан справ у цій сфері громадянських прав і свобод. Для України мова йде передусім про два взаємопов'язаних аспекти формування інституту права на електронну освіту. Перший з них пов'язаний зі становленням матеріальної основи електронної освіти і вирішується у процесі інформатизації навчання та становлення інформаційної економіки.

Другий – з формуванням так званого "електронного законодавства". На сьогодні певні успіхи законодавчого характеру визначаються прийняттям законів у галузі комунікаційних технологій, електронного урядування, інтелектуальної власності тощо. Електронна освіта поки що залишається значною мірою неврегульованою з точки зору правових основ свого функціонування та розвитку. На нашу думку, необхідна розробка спеціального закону "Про електронну освіту", який би визначив як правові

основи забезпечення права на електронну освіту, так і державну стратегію у цій сфері.

Таким чином, основні напрями удосконалення конституційно-правового забезпечення права на освіту визначаються загальними тенденціями розвитку українського суспільства. Вони пов'язані з розробкою та прийняттям нової Конституції України, наданням статусу конституційного нормам Закону України "Про освіту", удосконаленням на цій основі існуючих та прийняттям низки нових законів та підзаконних актів.

1. Агафонов. И. В. Становлення національної системи освіти в Україні : 1917–1920 рр. / И. В. Агафонов. – О. : Принт Мастер, 2002. – 206 с. 2. Освіта Київщини в цифрах і фактах (2002/2003 навчальний рік) : інформ.-аналіт. зб. – К. : Сакцент, 2003. – 112 с. 3. Про затвердження Положення про освітньо-кваліфікаційні рівні (ступеневу освіту) : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.01.1998 р. – № 65 // Урядовий кур'єр. – 1998. – 26 лютого. 4. Про освіту : Закон України від 23.05.1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР – 1991. – № 34. – Ст. 451. 5. Мескон М., Альберт М., Хедоури Ф. Основы менеджмента : пер. с англ. – М. : Дело, 1999. – 800 с. 6. Henden J. Education for tomorrow's world. – L., 1970. – 95 р. 7. Освіта в системі цінностей людського розвитку. – К. : Знання, 2003. – 450 с. 8. Вифлеемский А. Б. Чем грозят изменения в финансировании школы / А. Б. Вифлеемский // Управление школой. – 2003. – № 8. – С. 9-16. 9. Афанасьев В. Г. Общество: системность, познание и управление. / В. Г. Афанасьев. – М. : Юрид. Лит., 1981. – 672 с. 10. Вифлеемский А. Б. Организация работы с внебюджетными средствами образовательных учреждений / А. Б. Вифлеемский // Администратор в системе образования: сб. учебно-метод. материалов – Нижний Новгород, 1999. – С. 133-144. 11. Администратор образования: управленческая компетентность в современных условиях : сб. мат. науч.–практ. конф. НИРО / Нижегородский ин-т развития образования / В. М. Соколов (отв. ред. редкол.) – Нижний Новгород : Нижегородский гуманитарный центр, 2000. – 241 с. 12. Крячко Т. Деньги идут туда, где есть идеи : Норма и норматив / Т. Крячко // Народное образование. – 2002. – № 10. – С. 21-24.

Надійшла до редколегії 07.06.10

М. Верес, асп.

ДЕРЖАВНІ ОРГАНИ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН І ПРОФЕСІЙНІ СПІЛКИ В УКРАЇНІ (1917–1919 рр.)

У статті проаналізована діяльність державних органів України. у сфері трудових правовідносин у період 1917–1919 рр. Автор розглядає їх правовий статус та співпрацю з професійними спілками в залежності від політичної ситуації в державі. Розглянуті особливості та форми безпосередньої взаємодії державних органів з професійними спілками.

Ключеві слова: професійні спілки, Міністерство праці, Комітет праці, департаменти, IV Універсал, Директорія, трудові правовідносини.

В статье проанализирована деятельность государственных органов Украины в области трудовых правоотношений в 1917–1919 гг. Автор рассматривает их правовой статус и сотрудничество с профессиональными союзами в зависимости от политической ситуации в государстве. Рассмотрены особенности и формы непосредственного взаимодействия государственных органов с профессиональными союзами.

Ключевые слова: профессиональные союзы, Министерство труда, Комитет труда, департаменты, IV Универсал, Директория, трудовые правоотношения.

The activity of the state labour organs of Ukraine in 1917–1919 in the sphere of labour relations was analyzed in the article. The author deals with their law status and the interactivity with the professional organizations taking into account the political situation in the state. They worked out the peculiarities and forms of the interactivity of the state organs with the professional union.

Key words: professional organizations, Ministry of labour, The Committee of labour, departments, IV Universal, Directoria, labour legal relations.

Сьогодні, у період розбудови незалежної правової держави, велике значення набуває дослідження історії трудового права України. Розгортання процесів приватизації створює принципово нові стосунки між роботодавцями і найманими працівниками та їх професійними спілками, вимагає напрацювання нових форм співпраці між ними з метою уникнення небажаних конфліктів. Гостро постали питання охорони праці, безробіття, виробничого травматизму і профзахворювань. Про те, як

важко впроваджувати нове трудове законодавство, свідчить досвід законотворчої роботи в незалежній Україні. За цих умов цікавим, важливим і актуальним стає вивчення та узагальнення досвіду розробки і застосування законодавства про працю й діяльність органів, що регулювали трудові відносини у 1917–1920 рр. в Україні через взаємодію з професійними спілками. Цей період багато в чому нагадує сучасні реалії в нашій країні. Тому він привертає все більшу увагу науковців.

Варто зауважити, що окремі аспекти досліджуваної проблеми названого періоду були предметом вивчення окремими вітчизняними правниками та істориками, такими як: Андрусишин Б.І., Реєнт О.П., Проданюк Ф.М. та ін. Але спеціального історико-правового дослідження в області регулювання трудових правовідносин у вітчизняній науці проведено ще не було.

На початку своєї діяльності Центральна Рада, будучи зв'язаною угодами з Тимчасовим урядом в сфері соціально-економічного устрою, дуже мало зробила для врегулювання трудових відносин та розв'язання конфліктів між робітниками та роботодавцями. Показовим є те, що ні серед першого, ні серед другого складів українського національного уряду – Генерального Секретаріату – навіть не було Секретаріату праці [4, с.39], який би займався регулюванням трудових відносин. І лише на вимогу першого Всеукраїнського робітничого з'їзду Генеральний Секретаріат праці все ж було створено.

В програмній декларації Генерального Секретаріату, оприлюдненій 12 жовтня 1917 р. на засіданні Малої Ради, оголошувалося що Секретарство праці, "спираючись на підтримку робітничих організацій", буде обороняти інтереси господарського розвитку в цілісності намагаючись закріпити вплив примирних інституцій і допомагаючи устанавляти колективні умови". Секретарство праці зобов'язувалося докласти всіх зусиль до того, "щоб як найпевніше упорядкувати трудові відносини на Україні". З метою як найкращого регулювання відносин між роботодавцями і найманими працівниками було заплановано заснувати палати праці та промислові суди, прийняти нове законодавство про соціальне забезпечення, для регулювання ринку робочої сили намічалось заснування мережі бірж праці [5]. У здійсненні зазначених проєктів передбачалася широка участь професійних спілок.

Внаслідок перевороту в Петрограді у листопаді 1917 р. до влади прийшли більшовики. Були створені передумови для досягнення автономії України. Водночас радикальні дії більшовиків у соціально-економічній сфері позбавили УЦР можливості зволікати з розв'язанням соціально – економічних проблем в Україні. 20 листопада 1917 р. III Універсалом Центральна Рада оголосила про утворення Української Народної Республіки, визначила найголовніші принципи її устрою і невідкладні економічні й політичні завдання. "Праця робітників в Народній Республіці має бути негайно впорядкована", – зазначалося в цьому документі. Генеральному Секретаріату праці за участю робітничих організацій доручалося "встановлення державного контролю за продукцією в Україні". В УНР крім загальнодемократичних свобод друку, віри, зібрань тощо забезпечувалися права на об'єднання у спілки та на страйки, чим були закладені юридичні основи для організацій профспілок.

Центральна рада змушена була визначитись у своїй законодавчій соціально – економічній базі. 25 листопада 1917 р. вона залишила чинними всі закони Російської імперії, які діяли на території України до 15 жовтня 1917 р., аж до створення власних правових документів. Отже, поряд з іншими, в УНР залишився чинним закон Тимчасового Уряду від 22 червня 1917 р. "Про розпорядок розвитку й прикладення діючих законів про охорону праці" та інші. В УНР залишалися недоторканими і призначені Тимчасовим урядом комісари, які перейшли на службу до Центральної Ради й були взяті нею під захист. Голова Генерального Секретаріату Винниченко у листопаді розіслав на місця директиву, в якій пропонував усім урядовим і громадським організаціям взяти до відома, що попередні губернські і повітові комісари і їхні по-

мічники "віднині є органами влади Генерального Секретаріату і як такі повинні залишатися на своїх місцях".

З проголошенням IV Універсалу Генеральний секретаріат було перетворено в Раду Народних Міністрів, а генеральних секретарів – у народних міністрів. Однак процес державного будівництва був перерваний наступом і зайняттям Києва більшовиками. Після повернення Центральної Ради до столиці, за словами М. Грушевського, довелося "відновляти зруйновану більшовиками адміністративну машину" [6]. Але це дозволило розпочати більш серйозну і ґрунтовну роботу по правовому вдосконаленню діяльності державних органів, що працювали у трудовій сфері.

В органах праці УНР хоча й повільно, але велася робота по розробці трудового законодавства. 28 листопада 1917 р. було ухвалено закон "Про робітничі комітети". На початок 1918 р. було видано цілий ряд законів у галузі трудового законодавства: "Про фабрично – заводські комітети" від 22 квітня 1917 р., "Про примирюючі камери", "Про біржі праці", та "Про місцеві комісаріати праці". В роботі знаходилися ще цілий ряд законопроектів, які мали охопити весь спектр відносин у промисловості. Серед них: "Про страйки", "Про страхування від безробіття", "Про профспілки", "Про промислові суди", "Про трудові договори", "Про інспекцію праці" [7].

Передбачалося створення Головної ради праці для регулювання відносин на підприємствах. До організації Головної ради праці її функції мало виконувати "Головне присутствіє фабричних та гірничозаводських справ у м. Києві" [10].

Складною проблемою, яка постала перед ЦР було масове безробіття. Розв'язання проблеми безробіття лягло на органи праці ЦР, головними серед яких були біржі праці, які починають утворюватися після видання Тимчасовим урядом закону від 19 серпня 1917 р. Профспілки брали безпосередню участь у їх створенні та роботі. Крім того, профспілками створювалися спеціальні комітети для боротьби з безробіттям. Такий комітет, зокрема, був створений в Катеринославі. До його складу ввійшли представники профради, бюро ФЗК, ради робітничих депутатів та інших організацій. Так само діяли профспілки і в інших містах.

Ще однією спробою вирішити проблему безробіття був ухвалений УЦР 2 березня 1918 р. "Тимчасовий статут громадських робіт". Згідно з яким їх очолювала "Рада по організації необхідних для держави і громадянства робіт", яку було утворено при Міністерстві праці. До її складу входили і представники від Центрального союзу професійних робітничих спілок [11].

Таким чином, за період свого існування Центральна Рада заклала фундамент і почала розбудовувати державні виконавчі органи влади, які займалися регулюванням трудових відносин разом із профспілками та започаткували процес соціального партнерства. Заслужовує на увагу законодавча робота Центральної Ради у сфері трудового та соціального законодавства, яка свідчить що Центральна Рада, ставлячи за мету створити незалежні українські професійні спілки, безпосередньо залучала їх до діяльності органів праці УНР.

Гетьманський уряд, як і уряд Центральної Ради, а ще раніше – Тимчасовий уряд, намагаючись врегулювати трудові відносини у державі, створив у складі Ради Міністрів Народне Міністерство праці. Міністерство мало вести політику на попередження і відвернення соціальних конфліктів. Державний апарат службовців перейшов у спадок від Центральної Ради. На початку своєї діяльності Міністерство праці Української держави діяло на підставі постанови "Про штати Народного Міністерства праці", прийнятої ще Центральною Радою.

Перші практичні дії уряду Української держави щодо професійних спілок знайшли своє відображення в циркулярі Міністерства праці № 1 "Про межі компетенції професійних робітничих організацій і власників підприємств", який було опубліковано 16 жовтня 1918 р. Міністерство праці пропонувало до відома та виконання низку вимог. Насамперед наголошувалося, що компетенція профспілкових організацій та заводських комітетів обмежувалася захистом професійних інтересів робітників і піклуванням про влаштування їхнього побуту. Тобто Міністерство праці намагалося спрямувати діяльність профспілок у правове поле і надати їм саме ті права, які змогли б забезпечити нормальну їх діяльність за прикладом Західної Європи. Але значні обмеження, що містилися в циркулярі, свідчили про те, що для цього в державі має бути створена сильна система державного регулювання. Вважалося неприпустимим втручання робітників у діяльність адміністрації, яка стосувалася найму і звільнення працівників, фінансових, економічних і технічних заходів, так само як і самостійне встановлення контролю над виробництвом. З іншого боку, управління заводу не мало права порушувати ст. 9 Закону "Про робітничі комітети" від 25 листопада 1917 р. [3, с.60].

Одним з першочергових завдань Української держави була спроба запобігти соціальним конфліктам. З цією метою у структурі Міністерства праці було створено департамент "взаємовідносин між працею і капіталом", до компетенції якого якраз і належав розгляд соціальних конфліктів. Такі конфлікти між підприємцями і робітниками протягом весни – літа 1918 р. розглядалися на підставі законів Тимчасового уряду "Про примирні інституції" від 5 серпня 1917 р. та "Про порядок розгляду і прикладення діючих законів про охорону праці" від 22 червня 1917 р. Згодом 7 вересня 1918 р. Міністерство праці видало власний циркуляр № 3 "Про правила розгляду справ між підприємцями та робітниками". Ці правила регламентували суперечки, які виникали на приватних і громадських підприємствах у зв'язку з договором найму чи праці й могли передаватися дільничному інспекторові праці. "Правила" не змінювали меж і порядку діяльності існуючих примирних установ, які діяли на підставі законодавства Тимчасового уряду або були створені за згодою між професійними організаціями робітників і роботодавців. Комісари праці, зі свого боку, розглядали справи як на прохання зацікавлених сторін, так і з власної ініціативи. На суді він виступав у ролі обвинувача. На попередніх етапах розгляду справи комісар праці пропонував сторонам скликати узгоджувальну комісію з представників сторін, де головував він або його заступник. Рішення узгоджувальної комісії були остаточні, оскарженню не підлягали і мали ухвалюватися одностайно [8].

Крім зазначених вище органів Міністерства праці, для вирішення соціальних конфліктів створювалася унікальна для свого часу структура. 15 липня 1918 р. було створено Комітет праці – міжвідомчий дорадчий орган при Міністерстві праці, який мав попередньо обговорювати всі законопроекти, що стосувалися відносин між роботодавцями та найманими працівниками. Метою заснування цього комітету, стверджував у своєму виступі на першому його засіданні 7 серпня міністр праці Ю.Вагнер, було "притягнення до роботи промислових і робітничих кіл, особливо в справі розглядання проектів законів, котрі мають регулювати взаємовідносини між працею і капіталом". Щоб розробка законів не була односторонньою, пропонувалася відповідний склад Комітету праці, до якого увійшли по одному представнику від міністерств, два професори – фахівці з економічних питань, вісім представників від промисловості та стіль-

ки ж від робітничих організацій. Очолив Комітет товариш міністра праці В.А.Косинський [9]. Як свідчать протоколи засідань Комітету праці, представники роботодавців та найманих працівників могли відкрито дебатовати й обговорювати нагальні проблеми в соціальній сфері і домагатися прийнятих для себе результатів. Однак спроба змусити їх співпрацювати не вдалася. Підготовлені законопроекти не знайшли підтримки.

У міжвідомчих комісіях Міністерства праці вже розглядалися законопроекти "Про інспекцію труда", "Про комітети труда робочих і служачих", "Про Головну та районні палати труда", вироблено положення "Про комітет труда" і положення "Про обласні біржі труда". Але семи з половиною місяців виявилось для Міністерства праці замало, щоб ухвалити потрібні закони та впровадити їх у життя.

Для врегулювання такої серйозної соціальної проблеми як безробіття при Міністерстві праці було організовано тимчасову нараду з організації громадських робіт, куди ввійшли п'ять представників від Центральної ради профспілок. До компетенції наради входила розробка загальних питань про організацію та обсяг громадських робіт, їх пріоритетність, визначення осіб і органів, яким доручали організацію громадських робіт і яким надходили асигнування.

Ще одним напрямом діяльності уряду, у якому профспілки брали безпосередню участь, була охорона праці. У структурі Міністерства праці поряд з іншими діяв департамент охорони праці. Одночасно у фабрично-заводському департаменті Міністерства торгу і промисловості розроблявся проект щодо промислової інспекції, яка мала стати виконавчим органом міністерства зі збору інформації, статистики і технічного догляду за безпекою праці на промислових підприємствах [11]. Нагляд за охороною праці на місцях здійснювали урядовці районних та місцевих комісаріатів охорони праці.

П. Скоропадський зміг у короткий термін побудувати ефективну та дієву систему державних органів, у тому числі і у сфері найманої праці. Але більшість його програм та ідей так і не були запроваджені, а залишилися на рівні законопроектів. Тому будучи змушеним виконувати важкі умови Берестецького миру, під тиском землевласників і Протофісу, гетьман вдався до таких непопулярних кроків, як відступ від закону про 8-годинний робочий день, обмеження діяльності професійних організацій робітників, поновлення дії "Тимчасових правил про покарання за участь у страйках" від 2 грудня 1905 р. тощо, що стало однією із причин, які призвели до повалення Гетьманату.

Директорія після повалення Гетьманату задекларувала свою підтримку і захист інтересів робітників та їх професійних спілок. У Декларації Директорії від 26 грудня 1918 р. разом з відновленням республіканського устрою України містилася широка програма діяльності нової влади у сфері трудових відносин. У Декларації зазначалося: "Постановою від 9 грудня Директорія скасовує всі закони і постанови гетьманського уряду в сфері робітничої політики. Відновлено 8-годинний робочий день, знову установлені колективні договори, право коаліції та страйків, а також усю повноту прав робітничих фабричних комітетів".

У розділі Декларації "Робітничий контроль" Директорія проголошувала намір ввести його на фабриках і заводах й інших промислових підприємствах та вжити заходів щодо відновлення промисловості, а отже, зменшити безробіття. Але широкої підтримки Декларація не отримала. В. Винниченко вважав причиною не підтримання програми Директорії те, що вона з'явилася занадто пізно. Також залишення на адміністративних посадах службовців, призначених ще гетьманським

урядом, не сприяли підтримці Директорії [1, с.253]. Із встановленням влади Директорії всі профспілки, які подали заяву про реєстрацію до Міністерства праці, були легалізовані та почали працювати.

У складі уряду Директорії відновило свою діяльність Міністерство праці, основним завданням якого був захист інтересів найманої працівника. Усі сторони організації та діяльності міністерства визначалися "Статутом Міністерства праці УНР", який кваліфікував його як окрему центральну установу Української Народної Республіки, яка "відає всіма справами, що виникають із взаємовідносин між підприємцями й найманими працівниками в усіх галузях як найманої, так і інтелектуальної праці". Було закріплено широке коло повноважень Міністерства праці. Зокрема, привертає увагу четвертий пункт статуту: до компетенції Міністерства праці належить чинна допомога як духовному розвитку працівників, так і професійному їх рухові. Таким чином, у самому статуті Міністерства праці було закріплено пункт про допомогу професійним спілкам.

Для врегулювання відносин у сфері праці передбачалося створити новий державний орган. Таким органом мала стати Рада праці (у проекті статуту – Палата праці), куди б увійшли представники робітничих, професійних і громадських організацій з певною участю підприємців. До її компетенції було віднесено розгляд найважливіших справ і законопроектів Міністерства праці. Проте Рада праці так і не приступила до роботи, так як правовий статус, порядок виборів, а також сам її склад мав встановити окремий закон, який так і не було прийнято.

Відсутність міцної центральної адміністративної влади призводила до самочинних дій на місцях. Особливо дискредитували Директорію тимчасові адміністрації, військові отамани, які своїми наказами на місцях забороняли робітничі організації, виступи робітників, у тому числі й страйки, а також силою припиняли дію робітничих з'їздів [12].

Такі дії влади були засуджені Уцентропрофом, який 15 січня 1919 р. опублікував "Звернення до Директорії", де вимагав забезпечити повну, необмежену свободу коаліцій. Це право мало забезпечуватися всім громадянам, у тому числі й державним службовцям. У зверненні акцентувалася увага на неприпустимість будь-яких затримок та перешкод при реєстрації статутів професійних спілок. У документі ставилася вимога призначити нових комісарів праці на місцях тощо. Директорія намагалася виправити становище. Своїми наказами вона виділяла значні кошти на відновлення роботи професійних спілок.

У 1919 р. у розпорядженні Міністерства праці, на правлених комісарах праці, неодноразово підтверджувалася чинність усіх законів УНР щодо робітничого питання, профспілок, охорони праці, а саме: "Закон про 8-годинний робочий день", "Про фабрично-заводські комітети", "Про примирні камери і третейські суди для розгляду конфліктів", "Про забезпечення від хвороб та каліцтва", "Про волю страйку", "Про порядок розрахунку робітників та служачих з приводу ліквідації чи зменшення штатів підприємства" тощо [13]. Цими законами мали керуватися всі державні структури. В уряді розуміли, що регулювання соціальних і трудових відносин без участі та підтримки професійних спілок практично неможливе. У жовтні 1919 р. міністр праці О. Безпалко зазначав, що профспілки залишилися чи не єдиним органом, до якого робітники зберегли довіру та через які сподівалися захистити свої права. "Вороже відношення до профспілок означає вороже відношення до цілого робітництва".

Законодавча комісія розробила, розглянула та внесла на затвердження РНМ низку законопроектів

щодо розбудови органів праці УНР: Про Головну раду забезпечення, районні присутствія забезпечення і фабрично-заводські комітети. Наприкінці грудня 1918 – на початку січня 1919 р. Законодавча комісія підготувала законопроекти про Головну і районні ради праці та про інспекцію праці. Законопроект про інспекцію праці був одним із перших, що стояли на порядку денному. Тобто згідно з проголошеною Декларацією УНР Директорія мала на меті здійснювати державний контроль над промисловістю.

Але Декрети Директорії, її декларації були лише хорошими намірами, які не реалізовувалися на практиці. "Все лихо було в тому, що вона не мала відповідних органів, які і проводили б в життя її програми", – зазначав В.Винниченко [2, с. 15].

Досвід Директорії свідчить, що навіть за умов, коли уряд УНР проводив політику підтримки профспілкових організацій, відсутність чіткої вертикалі державної влади призводила до того, що в місцевих органах, а особливо в армії, до профспілок ставилися з підозрою та недовірою як до потенційних прибічників більшовизму. Це призводило до обмеження діяльності профспілкових організацій, їх заборон, руйнувань, переслідувань. Проте, якщо подібні факти ставали відомі уряду, він ставав на бік професійних спілок. Отже, Директорія припустилася тих самих помилок, що й Центральна Рада, не відчувши необхідності швидких змін у державі, яких потребував час.

Отже, аналізуючи місце, роль і значення створення й діяльності органів по регулюванню трудових відносин в УНР і Українській державі П. Скоропадського доказано, що недооцінка проблем розвитку цих органів було одним із чинників падіння урядів УНР і гетьманату Скоропадського, на відміну від УСРР, де належна увага до цих органів сприяла утвердженню радянської влади в Україні.

Соціально-економічна політика всіх українських урядів носила переважно декларативний характер. Незважаючи на окремі конкретні кроки у проведенні цієї політики, вони не змогли вирішити такі нагальні питання, як організація роботи промислових підприємств, створення чіткої системи державних органів праці, визначення правового статусу робітничих організацій, запровадження робітничого контролю над виробництвом, через що переважна частина робітників України ставилася до них критично. Законодавча і практична діяльність українських урядів, коли закони приймалися поспіхом і без належної підготовки, захищали лише інтереси робітників та їх професійні організації, ігноруючи інтереси промисловості, або, навпаки, висуваючи на перше місце інтереси підприємців, створювала таку обстановку, яка вела до загострення суспільних конфліктів. Таким чином неефективна діяльність українських урядів у трудовій сфері, зокрема недооцінка ролі професійних організацій, призвели до падіння їх авторитету серед робітників і зрештою до втрати ними влади.

1. Винниченко В. Відродження надії. – К., Відень, 1920. – ч. 1. 2. Винниченко В. Щоденник // Україна. – 1990. – №7. 3. Гай – Нижник П. Гетьманат Скоропадського і питання безробіття // Профспілки України. – 1998. №2. 4. Грушевський М. Новий період історії України. – К., 1992. 5. Інструкції, правила – ЦДАВО України, Ф. 2857. Оп.1. Спр.1. – Арк. 11 зв. – 12. 6. Рада Міністрів Української держави – ЦДАВО України, Ф. 1063. Оп.2. Спр.1. – Арк. 22; Ф. 3266. – Оп. – Спр.1/а. – Арк.1-1 зв. 7. Постанова "Про штати Генерального Секретаріату праці" – ЦДАВО України, Ф. 3266. – Оп.1. – Спр.1/а. – Арк. 13в., 2. 8. Постанова "Про штати Генерального Секретаріату праці" – ЦДАВО України, Ф. 3266. – Оп.1. – Спр. 4. – Арк. 2-6. 9. Закон "Про Промислові суди" – ЦДАВО України, Ф. 2857. – Оп.1. – Спр.12. Арк. 233, 234. 10. "Про біржі праці" – ЦДАВО України, Ф. 2857. – Оп.1. Спр.12. – Арк.134; Спр.18. – Арк.78. 11. "Про біржі праці" – ЦДАВО України, Ф.2857. – Оп.1. – Спр.12. – Арк.59, 110зв., 111. 12. Нова Рада. – 1918. – 27(14) вересня. 13. Міністрів Рада Народних УНР – ЦДАВО України, Ф.1065. – Оп.1. – Спр.2. – Арк.21., 23. 14. Положення – ЦДАВО України, Ф.3305. Оп.1. – Спр.4. – Арк. 18.

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ УКРАЇНИ В 1919–1921 РОКАХ

Проаналізовано нормативно-правові акти, за якими забезпечувалася зайнятість населення України у 1919–1921 роках. На підставі цього охарактеризовано правовий механізм забезпечення зайнятості населення у зазначений період. Встановлено основні його ознаки, засоби реалізації, тенденції.

Ключові слова: зайнятість населення, трудова повинність, правовий механізм, примус, мілітаризація, мобілізація, народне ополчення.

Проанализированы нормативно-правовые акты, в соответствии с которыми обеспечивалась занятость населения Украины в 1919–1921 гг. На основании этого охарактеризован правовой механизм обеспечения занятости населения в этот период. Установлены основные его признаки, способы реализации, тенденции.

Ключевые слова: занятость населения, трудовая повинность, правовой механизм, принуждение, милитаризация, мобилизация, народное ополчение.

The author has analyzed normative – legal acts according to which Ukrainian people employment in 1919–1921 was provided. Legal mechanism of people employment within this period was described on these grounds. The author determined its main features, means of realization and tendency.

Key words: employment, labor duty, legal mechanism, compulsion, militarization, mobilization, home guard.

Становлення та розвиток українського законодавства щодо *зайнятості населення* безпосередньо пов'язані з історичними подіями, які відбувалися у 1919–1921 роках. Економічний занепад, закриття багатьох підприємств та безробіття, що дісталися більшовикам у спадок від попередньої влади, змушували як російську, так і українську радянську владу вдаватися до рішучих заходів щодо припинення спаду виробництва, зменшення безробіття та забезпечення *зайнятості населення*. Через об'єктивні (економічна ситуація в державі) та суб'єктивні (вчення лідера держави про суспільність праці) чинники був обраний єдиний засіб вирішення зазначених проблем – запровадження в країні *загальної трудової повинності населення*. З точки зору свого функціонального призначення *загальна трудова повинність населення* виступала відповідним механізмом, формою, засобом забезпечення господарства країни робочою силою, а відповідно і забезпечення *зайнятості населення*. Крім цього, примусова *зайнятість населення* була потрібна владі для забезпечення успішної боротьби Червоної Армії проти ворога.

Правовий механізм, за яким здійснювалася *загальна трудова повинність* населення України, а, відповідно, і його зайнятість, до цього часу не були предметом наукових досліджень у вітчизняній історико-правовій науці. Досі ґрунтовно не опрацьовано нормативно-правові акти (декрети, постанови, розпорядження, інструкції), які формували такий механізм. Це визначає актуальність та важливість нашого дослідження. Воно дасть можливість зрозуміти сутність та мотиви прийняття зазначених рішень, встановити характер поступальності, з'ясувати їх позитивні та негативні наслідки й послуговуватися зробленими висновками в подальшій законотворчій діяльності. Зазначене має особливе значення сьогодні, адже внаслідок економічної кризи питання безробіття та зайнятості населення набувають особливої гостроти.

Загальній трудовій повинності населення присвячені наукові праці вчених Б.А.Виноградова, Е.Г. Гімпельсона, В.М.Земскова, П.С.Кувшинова та інших, але цих дослідників цікавили здебільшого її комуністично-ідеологічні та патріотично-виховні аспекти. Тому зазначені питання залишаються недостатньо дослідженими та чекають своєї наукової розробки.

Ідея загальної трудової повинності населення належить В.Леніну, який вважав, що вона є однією з обов'язкових складових "розвитку країни та побудови нового державного ладу" [1, с.37]. Велику роль у запровадженні цієї ідеї у життя відіграв Л.Троцький, який вважав, що трудова повинність становить єдиний засіб, який може

забезпечити необхідною робочою силою суспільне господарство в державі [2].

Суспільно – політична ситуація в Росії на той час складалася таким чином, що перші нормативно-правові акти щодо *загальної трудової повинності населення* були видані російською радянською владою. Їх поширювали і на територію України, адже перший Всеукраїнський з'їзд Рад 11–12 грудня 1917 року визнав Українську Республіку федеративною частиною Росії [3, с. 15] та поширив на Україну всі декрети та розпорядження Робітниче-Селянського уряду Російської Федерації [4, с.14]. Перша Всеукраїнська конференція Рад селянських депутатів 22 січня 1918 року також підтвердила входження Української Робітниче-Селянської Республіки до складу Всеросійської Федерації Радянських Республік [5, с.43]. Крім цього, українська радянська влада сама приймала відповідні, аналогічні російським, рішення, щоправда, з певним запізненням у часі.

Загальна трудова повинність вперше була закріплена на декларативному рівні у січні 1918 р. в "Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа", прийнятій III Всеросійським З'їздом Рад Робітничих, Селянських та Солдатських депутатів. У п.4 розділу II Декларативної зазначалося, що "з метою знищення паразитичних прошарків і організації господарства запроваджується загальна трудова повинність" [6, с.4]. На законодавчому рівні *загальну трудову повинність* проголосила перша Радянська Конституція 1918 року, розділ 1-ий якої фактично складався з уже зазначеної "Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа" [7, с.599], а пізніше – перший радянський Кодекс законів про працю 1918 року. У Кодексі були визначені принципи та порядок проведення загальної трудової повинності, перелік осіб, для яких встановлювалася трудова повинність та які звільнялися від неї, форма застосування праці залучених до загальної трудової повинності, в тому числі й учнів шкіл, які мали виконувати трудову повинність безпосередньо у школах, де навчалися тощо. Для залучення до виконання суспільних робіт осіб, "обязанных трудовой повинностью и незанятых общественно-полезным трудом", місцевим Радам депутатів надавалося право застосовувати примус [8, с.7]. Незважаючи на те, що Українська радянська влада у своїх законодавчих актах дублювала відповідні російські рішення, правова норма про *загальну трудову повинність* в першій радянській Конституції України 1919 року була відсутня, вона лише визнавала працю обов'язком усіх трудящих та проголошувала гасло "Хто не працює, той не їсть" [9, с.226].

Таким чином, правовою підставою для запровадження в нашої державі загальної трудової повинності стало, по-перше, визнання України Федеративною частиною Російської Федерації; по-друге, рішення I Всеукраїнської конференції Рад селянських депутатів від 22 січня 1918 року про входження Української Робітничо-Селянської Республіки до складу Всеросійської Федерації Радянських Республік; по-третє, закріплення в Радянській Конституції 1918 року та радянському Кодексі Законів про працю 1918 року відповідної норми про загальну трудову повинність.

Здійснення загальної трудової повинності вимагало від влади створення спеціальних структур, формування яких почалося задовго до початку її практичної реалізації, відповідно до положення "Про відділи розподілу робочої сили", прийнятого РНК Росії 29 жовтня 1918 року. Такі відділи входили до структури Народного Комісаріату Праці, на них покладалися функції ведення обліку та реєстрації усіх працюючих та безробітних, розподілу робочої сили та робочих місць тощо [10]. В Україні аналогічне "Положення про місцеві відділи праці" було прийнято РНК України 14 червня 1919 року [11]. 29 січня 1920 року при Раді Оборони було створено головний комітет із загальної трудової повинності, який 20 лютого 1920 року постановою РНК було реорганізовано в Головний комісаріат із трудової повинності з територіальними комітетами на місцях. Це був спеціальний орган, який здійснював трудові мобілізації, спонукав до праці безробітних та осіб, які жили на нетрудові доходи тощо. 11 квітня 1920 року РНК України створила Всеукраїнський Комітет із загальної трудової повинності [12], а також відповідні комісії з проведення трудової повинності на "підприємствах, установах та господарствах", де встановлювалася строга трудова дисципліна та заборонявся самовільний перехід працівників з однієї роботи на іншу [13]. 23 квітня 1920 року РНК України своєю постановою затвердила склад Всеукраїнської комісії на чолі з Данішевським [14, с.177], а 12 червня 1920 року з метою узгодження та об'єднання діяльності Губкомпраці та Компраці при РНК України було створено Всеукраїнський Комітет по проведенню трудової повинності [15]. Він, хоча й був підпорядкований Головкомпраці при Раді оборони і праці РСФРР, продовжував залишатися безпосередньо органом Раднаркому УСРР. 17 червня 1920 року "з метою об'єднання діяльності контролю і керування сільськими комітетами праці", при всіх Волвиконкомах було створено волосні Комітети по здійсненню загальної трудової повинності, яким було надано право оголошувати мобілізацію через свої Волвиконкоми [16].

Створення на законодавчому рівні спеціальних органів з організації та здійснення загальної трудової повинності уможливило запровадження жорсткого державного обліку, контролю, розподілу та перерозподілу робочої сили, а далі – надзвичайно жорстку систему примусу, яка відіграла вирішальну роль у реалізації більшовицької ідеї загальної та максимальної зайнятості населення.

Практично загальна трудова повинність почала запроваджуватися з прийняттям Всеросійським ЦВК 2 вересня 1918 року постанови "Про перетворення Радянської республіки у військовий табір" та 3 вересня 1918 року декрету "Про заборону безробітним відмовлятися від роботи", згідно з якими все господарство країни підпорядковувалося військовим потребам. Запроваджувалася мобілізація робочої сили та мілітаризація промисловості, безробітним, зареєстрованим на біржах праці, заборонялося відмовлятися від запропонованої їм роботи [17, с. 268; 18]. В Україні аналогічний

документ – тимчасова постанова "Про заборону відмовлятися від праці, запропонованої відділами підрахунку і розподілу робітничих сил" був прийнятий Уповноваженим Наркомтрудсоцзабезу 23 березня 1920 р. Ця постанова забороняла всім здатним до праці громадянам відмовлятися від запропонованої їм роботи, а також відмовлятися від переселення у інші місцевості у випадках потреби. До осіб, винних у порушенні зазначеної постанови, застосовувалося покарання, в тому числі передача їх в карні трудові частини та арешту [19]. Безпосередня реалізація загальної трудової повинності почалася раніше, в січні 1919 року, прийняттям Тимчасовим Робітничо-Селянським Урядом України постанови "Про трудову повинність по розчистці снігових заносів" [20]. За формою залучення до виконання певної роботи та змістом цієї роботи, такий документ у державі було прийнято вперше. Особливість його полягала в тому, що він поклав початок прийняттю радянською владою цілого ряду нормативних актів, які забезпечували проведення радянською владою політики зайнятості населення у формі загальної трудової повинності. Пізніше такого типу документи Радянська Влада почала ухвалювати систематично. Всі ці нормативно-правові акти за формою залучення людей до трудової повинності можна класифікувати на наступні групи: а) нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності у загальній формі; б) нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності у мобілізаційній формі; в) нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності у мілітаризаційній формі; г) нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності у спеціальній формі; д) нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності у епізодичній формі;

За нормативно-правовими актами щодо здійснення трудової повинності у загальній формі залучалися, як правило, спеціалісти різних категорій для виконання примусової праці за своїм фахом у тих структурах, які визначала влада. Ця примусова праця інколи супроводжувалася переселенням працівників з одних територій на інші. Зокрема, декретом РНК України від 16 квітня 1919 р. "Про трудову повинність спеціалістів з судової частини" до трудової повинності були залучені "спеціалісти з судової частини", які зобов'язані були працювати у народному комісаріаті юстиції та всіх підвідомчих йому закладах [21, с.572]. Декретом РНК України "Про облік та трудову повинність всіх медичних працівників на території УСРР" з травня 1919 року до роботи в галузях праці, які потребують спеціальні медичні знання, були залучені медичні працівники [22, с.715]. Постановою Ради Робітничо – Селянської Оборони "Про введення трудової повинності робітників просвіти по навчанню Червоної Армії" від 12.02.1920 р. була запроваджена трудова повинність робітників просвіти, яка передбачала їх реєстрацію та відрядження в культурно-просвітні заклади й організації Червоної Армії для найшвидшої ліквідації в її лавах безграмотності [23, с.58]. Відповідно до Декрету РНК від 5.06.1920 р. "Про використання юристів-практиків", до загальної трудової повинності почали залучатися юристи-практики. Запроваджувалася загальна реєстрація всіх, незалежно від віку та статі, осіб з вищою юридичною освітою, які раніше працювали в судових, військово-судових установах, адвокатурі та працюють не за фахом. Всі вони могли бути у будь-який час відправлені на роботу в підлеглі народному комісаріату юстиції установи [24, с.322].

За нормативно-правовими актами щодо здійснення трудової повинності у загальній формі залучалися також особи незалежно від наявності чи відсутності в них відповідного фаху. Вони виконували таку роботу, яку

визначала влада з можливим їх переселенням на інші території. Так, постановою Головкинпраці і Всеукраїнської праці від 4.07.1920 р. до трудової повинності були приєднані робітники мистецтва, які працювали в державних зразкових і націоналізованих театрах [25, с.508]. За цим документом їх примушували виконувати будь-яку роботу, в тому числі важку фізичну.

Найбільш поширеною формою залучення людей до примусової праці (трудової повинності) була трудова мобілізація. Тому група нормативно-правових актів щодо здійснення трудової повинності у *мобілізаційній* формі є найбільшою.

Вперше трудова мобілізація в Україні почала застосовуватися прийняттям 27 лютого 1919 року декрету РНК "Про мобілізацію технічних сил" [26, с.329]. З часом українська радянська влада прийняла цілий ряд документів мобілізаційного характеру, зокрема: декрет від 11 березня 1919 р. "Про облік та мобілізацію спеціалістів сільського господарства та землевпорядкування" [27, с.358]; декрет від 12 березня 1919 р. "Про мобілізацію контрольних службовців" [28, с.385]; постанова від 20 березня 1919 року "Про заснування Головного Бюро обліку та мобілізації спеціалістів сільського господарства та землеустрою (положення)" [29, с.460]; постанова "Про порядок обліку та мобілізації спеціалістів сільського господарства та землеустрою (інструкція)" [30, с.462]; декрет від 25 квітня 1919 р. "Про мобілізацію річкового флоту" [31, с.464]; постанова від 31 травня 1919 року "Про мобілізацію усіх радіофахівців України" [32, с.685]; постанова Всеукраїнського ЦВК від 3 червня 1920 р. "Про мобілізацію на продовольчу працю" [33, с. 295]; декрет від 10 червня 1920 року "Про мобілізацію слухачів вищих медичних учбових закладів" [34, с. 372]; наказ Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності від 13 червня 1920 р. "Про мобілізацію будівельних робітників віком від 18 до 50 років" [35, с.404]; Постанова Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності від 25 червня 1920 р. "Про мобілізацію будівельних робітників" [36, с.464]; наказ Народного Комісаріату з продовольства від 20 червня 1920 р. "Про мобілізацію інструкторів з кооперації" [37, с.444]; Постанова Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності від 25 червня 1920 р. "Про мобілізацію нафтовиків" [38, с.465]; декрет РНК від 5 серпня 1920 р. "Про облік та мобілізацію фахівців шкіряної справи" [39]; Постанова Всеукраїнського Комітету із загальної трудової повинності від 28 липня 1920 р. "Про мобілізацію статистичних сил України" [40, с. 611]; декрет РНК від 2 вересня 1920 "Про мобілізацію фахівців гірської справи" [41, с. 465]; Постанова РНК від 14 вересня 1920 р. "Про мобілізацію осіб, що працюють в рибній промисловості" [42, с. 702]; Постанова РНК від 16.10.1920 р. "Про надання Всеукраїнської праці та його місцевим органам права на проведення мобілізації для шиття предметів обмундирування для робочих та Червоної Армії" [43, с.735]; Постанова РНК УСРР від 25.11.1920 р. "Про мобілізацію студентів – медиків і медичок" [44, с.767] тощо.

Зазначені документи свідчать, що трудова мобілізація в більшості своєї носила "професійний" характер й застосовувалася, перш за все, до кваліфікованих фахівців. Вона супроводжувалася насильницьким перерозподілом робочої сили по підприємствах та галузях народного господарства, а також переселенням її з одного регіону країни в інший. Був запроваджений обов'язковий облік громадян, які, незалежно від віку та статі, в будь-який час могли бути призвані на дійсну трудову службу.

Разом із мобілізацією для залучення робочої сили до виконання примусової праці радянська влада засто-

совувала й таку форму примусу, як мілітаризація. Нормативно-правові акти щодо здійснення трудової повинності населення у цій формі вперше влада прийняла в середині 1919 року. Так, 14 червня 1919 року був прийнятий Декрет РНК України від "Про мілітаризацію залізничних службовців". 23 травня 1920 р. Всеукраїнський ЦВК прийняв постанову "Про мілітаризацію всіх радянських установ", а 6 серпня 1920 р. – Положення РНК "Про мілітаризацію радянських установ". Відповідно до цих та багатьох інших документів у всіх радянських закладах запроваджувалася найсуворіша військова дисципліна, усім розпорядженням керівництва закладів надавався статус бойових наказів, які підлягали терміновому та беззаперечному виконанню, крім явно злочинних. Працівники мілітаризованих установ не мали права відмовлятися від відряджень, чергувань та надурочних робіт, переміщуватися з однієї посади на іншу за власним бажанням, заборонялося без відповідного дозволу залишати місце роботи, звільнятися за власним бажанням, крім призову за мобілізацією [45; 46, с.548].

Мілітаризація праці дала можливість використання на трудовому фронті праці солдат Червоної Армії, яку після закінчення громадянської війни було перетворено на Трудові Армії та перекинуто на господарський фронт зі збереженням військової дисципліни та системи управління. Трудові Армії були одним з етапів розвитку мілітаризації праці.

Під час здійснення загальної трудової повинності поширеною набула ще одна форма залучення людей до примусової праці – *тилове ополчення*. Воно провадилося на підставі нормативно-правових актів щодо здійснення трудової повинності у *спеціальній формі*. Сутність його полягала в залученні осіб віком від 18 до 45 років, які не призивалися до Червоної Армії з різних причин та не виконували суспільно-корисних функцій, до служби в трудових частинах (трудовах батальйонів, рот, команд). Вони використовувалися для виконання окопних, будівельних, дорожніх, вантажних робіт, заготівлі палива та харчів, роботи у різних майстернях, а також виконання інших робіт загальнодержавного та місцевого призначення. Особи, які ухилялися від призову до *тилового ополчення*, підлягали позбавленню волі не менше, ніж на два роки з виконанням примусових робіт та конфіскацією майна. Зазначені питання регулювалися положенням РНК України "Про правила реєстрації населення на предмет зарахування до тилового ополчення(положення)", прийнятого 2 березня 1919 р. [47, с. 286], декретом РНК від 21 березня 1919 р. "Про призов громадян в тилі ополчення" [48, с.485], а також декретом (положенням) "Про тилі ополчення, яке формується на підставі Декрету "Про призов громадян в тилі ополчення" [49, с.487].

Загальна трудова повинність використовувалася радянською владою для епізодичного виконання людиною суспільних робіт, які не були пов'язані з виконанням його основних трудових функцій. Мотиви необхідності виконання цих робіт були різними: від "усунення санітарного безладу", "пропаганди в масах ідеї і завдань трудової напруги та надихання в пролетарський держави" до "надання термінової допомоги селянам України". Ці питання регулювалися нормативно-правовими актами, які мали характер епізодичний. До слід віднести спільну постанову Всеукраїнського комітету праці та Центральної Комісії "Тижня чистоти" "Про притягнення населення У.С.Р.Р. до трудової повинності" упродовж "Тижня чистоти" від 17.04.1920 р. [50, с.159], інструкцію Всеукраїнського Комітету по загальній трудовій повинності "Про проведення трудової повинності населенням УСРР в період "Тижня чистоти" від

21.04.1920 р. [51, с.163], циркуляр Народного Комісаріату Освіти "Про участь всіх органів Освіти в проведенні "Тижня трудового фронту" від 20.04.1920 р. [52, с.170], постанова РНК України "Про селянський тиждень" від 31.08.1920 р. [53, с.679]. Крім цього, загальна трудова повинність використовувалася, наприклад, для дров'яних заготівель з метою усунення в державі паливної кризи [54, с.670], з метою посилення протипожежної охорони військових складів, державних підприємств і лісових багатств, що містяться на території УСРР, а також для збільшення кількості професійних пожежних команд (трудова пожежна повинність) [55, с. 680]. Влада також широко застосовувала безкоштовну "добровільно-примусову" працю всього працездатного населення у вихідні та святкові дні у формі "суботників" та "недільників".

Трудова повинність населення була предметом обговорення V Всеукраїнського з'їзду Рад у березні 1921 р, на якому було ухвалено використати для робіт у радгоспах частини трудармії, а червоноармійців – для обробки полів, оранки та засіву земель, які пустують [56]. Було також визнано за необхідне притягнути усе населення до трудової повинності для відновлення лісового господарства [57]. З'їзд прийняв також резолюцію "Про організацію праці", у якій, зокрема, пропонувалося ЦВК якнайсуворіше впроваджувати загальну трудову повинність, не допускаючи жодного ухилення від неї, особливо з боку нетрудового "дармаїдного елемента" [58].

Таким чином, загальна трудова повинність як форма забезпечення зайнятості населення України у 1919 – 1921 роках здійснювалася, з точки зору права, за допомогою великої кількості декретів, постанов, інструкцій, які приймалися всупереч трудовому законодавству. Трудова повинність підміняла фахову діяльність робітників, праця здійснювалася не економічною доцільністю та матеріальною зацікавленістю працівників, а директивними приписами керівних органів трудового фронту. Вже наприкінці 1920 року "загальна суспільність праці", яка була проголошена одним з принципів соціалізму, перетворилася у тотальну мілітаризовану трудову повинність, що підтримувалася відповідною системою репресивних органів.

На підставі вищенаведеного можна зазначити, що зайнятість населення України в 1919–1921 р. здійснювалася в формі *загальної трудової повинності*, яка була проголошена однією з необхідних умов розвитку держави. Методи та форми забезпечення зайнятості населення та залучення людей до загальної трудової повинності були однакові: мобілізація та мілітаризація. Їх схожість була й в іншому – вони базувалися на жорсткому примусі та насильстві.

У березні 1921 року X з'їзді РКП (б) констатував, що завдання політики "військового комунізму", складовою частиною якого була *загальна трудова повинність*, виконано і в країні запроваджується нова економічна політика. У подальшому залучення людей до примусової праці на основі трудової повинності здійснювалося лише для боротьби зі стихійними лихами та у випадках необхідності виконання важливих державних завдань.

Таким чином, можна зробити висновок, що *правовий механізм здійснення зайнятості населення України в 1919-1921 роках формувалася на основі нормативно-правових актів, які за своїм функціональним призначенням слід поділяти на: а) нормативно-правові акти фундаментального значення; б) нормативно-правові акти щодо створення відповідних структур для здійснення трудової повинності; в) нормативно-правові акти щодо здійснення мобілізації; г) нормативно-правові акти щодо забезпечення мілітаризації; д) нормативно-правові акти щодо організації*

та проведення народного ополчення; е) нормативно-правові акти щодо організації "трудових тижнів"; ж) нормативно-праві акти щодо проведення "суботників-недільників".

1. Ленин В. Полное собрание сочинений. – 5-е изд. – М.: Госкомиздат, 1977. – т.34. 2. Троцкий Л. О мобилизации индустриального пролетариата, трудовой повинности, милитаризации хозяйства и использования военных частей для хозяйственных нужд. Тезисы ЦК РКП. – Изд-во походной типографии поездов Предреввоенсовета. 3. Резолюция I Всеукраїнського з'їзду Рад 11 – 12 грудня 1917 р. "Про самовизначення України" // Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР., т. 1, 1917-1941 р.р. – К.: Державне видавництво політичної літератури УСРР, 1963. 4. Резолюция I Всеукраїнського з'їзду Рад 11 – 12 грудня 1917 р. "Про організацію влади на Україні" // Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР, т. 1, 1917-1941 р. р. – К.: Державне видавництво політичної літератури УСРР, 1963. 5. Резолюция Першої Всеукраїнської конференції Рад селянських депутатів "Про організацію влади і діяльність Народних Секретарів Української Робітничо-Селянської Республіки" від 22.01.1918 // Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР, т. 1, 1917-1941 р.р. – К.: Державне видавництво політичної літератури УСРР, 1963. 6. Кодекс законов о труде и декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа. – К.: Издание Киевского районного управления сахарной промышленности. – 1920. 7. Конституция (Основной Закон) Российской Социалистической Федеративной Советской Республики, принятая V Всероссийским съездом Советов в заседании от 10 июля 1918 года. // СУи РРиКП. – 1918. – №51. – ст.582. 8. Кодекс законов о труде и декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа. – К.: Издание Киевского районного управления сахарной промышленности, – 1920 р. 9. Конституція УСРР від 14 березня 1919 року. Конституційні акти України. 1917-1920 // Невідомі конституції України. – К.: Філософська та соціологічна думка, 1992. – С. 272. 10. Положення РНК Росії "Про відділи розподілу робочої сили" від 29.10.1918 // СУ и Р Р и КП. – 1918 р. – №80. – ст. 838. 11. Положення РНК України "Про місцеві відділи праці" від 14.06.1919 // У и Р РКПУ. – 1919, опубликованные в газ. "Киевские Известия", часть вторая, ст.121. 12. Тимчасовий статут РНК України "Про Всеукраїнський Комітет загальної трудової повинності" від 11.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 7. – ст. 107. 13. Положення РНК України "Про Комісії по проведенню трудової повинності" від 11.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 7. – ст. 108. 14. Постанова РНК України "Про затвердження Всеукромпраці" від 23.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 8. – ст. 132. 15. Постанова Всеросійського і Всеукраїнського Центральних Виконавчих Комітетів "Про Всеукраїнський Комітет по проведенню трудової повинності" від 12.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 14. – ст. 272. 16. Про утворення Волкомпраці. Постанова №26 Всеукраїнського Комітету по загальній трудової повинності від 17.07.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 20. – ст. 384. 17. Постанова Всеросійського ЦВК "Про перетворення Радянської республіки у військовий табір" від 02.09.1918. – Декрети Советской власти, т.3. М.: – Госкомиздат, 1957. – С.268. 18. Декрет РНК РСФРР "О воспрещении безработным отказываться от работы" від 03.09.1918 // СУ и Р Р и КП. – 1918. – №64. – ст.704. 19. Тимчасова постанова Уповноваженого Наркомтрудсоцзабезу "Про заборону відмовлятися від праці, запропонованої відділами підрахунку і розподілу робітничих сил" від 23.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 4. – ст. 63. 20. Постанова Тимчасового РС Уряду України "Про трудову повинність по розсиці снігових заносів" від 26.01.1919 // СУ и Р РКП України. – 1919. – №36. – ст. 436. 21. Декрет РНК України "Про трудову повинність спеціалістів з судової частини" від 16.04.1919 // СУ и Р РКП України. – 1919. – №36. – ст. 436. 22. Декрет РНК України "Про облік та трудову повинність всіх медичних працівників на території УСРР" від 23.05.1919 // У и Р РКП України. – 1919 : видавництво 1, п.№52. 23. Постанова Ради Робітничо – Селянської Оборони "Про введення трудової повинності робітників просвіти по навчанню Червоної Армії" від 12.02.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 10. – ст. 67. 24. Декрет РНК "Про використання юристів-практиків" від 5.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 12. – ст.235. 25. Постанова № 8 Головомпраці і Всеукромпраці "Про притягнення до трудової повинності робітників мистецтва" від 4.07.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 18. – ст. 350. 26. Декрет РНК України "Про мобілізацію технічних сил" від 27.02.1919 // СУ и Р РКП У. – 1919. – ч.1. – изд. 3. – №16. – ст. 180. 27. Декрет РНК України "Про облік та мобілізацію спеціалістів сільського господарства та землевпорядкування" від 11.03.1919 // ЗУ УСРР. – 1919. – №24. – ст. 269. 28. Декрет РНК України "Про мобілізацію контрольних службовців" від 12.03.1919 // ЗУ УСРР. – 1919. – №26. – ст. 277. 29. Постанова РНК України "Про заснування Головного Бюро обліку та мобілізації спеціалістів сільського господарства та землеустрою (положення)" від 20.03.1919 // ЗУ УСРР. – 1919. – №30. – ст. 329. 30. Постанова РНК України "Про порядок обліку та мобілізації спеціалістів сільського господарства та землеустрою (інструкція)" від 20.03.1919 // ЗУ УСРР. – 1919. – №30. – ст.330. 31. Декрет РНК України "Про мобілізацію річкового флоту" від 25.04.1919 // ЗУ УСРР. – 1919. – №38. – ст. 464. 32. Постанова РНК України "Про мобілізацію усіх радіофахівців України" від 31.05.1919 // У и Р РКП У. – 1919. – видавництво 1, п.№63. 33. Постанова

ва Всеукраїнського ЦВК "Про мобілізацію на продовольчу працю" від 03.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – №12. – ст. 220. 34. Декрет РНК України "Про мобілізацію слухачів вищих медичних учбових закладів" від 10.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 14. – ст. 261. 35. Наказ Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності "Про мобілізацію будівельних робітників віком від 18 до 50 років" від 13.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 15. – ст. 283. 36. Постанова Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності "Про мобілізацію будівельних робітників" від 25.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 17. – ст. 322. 37. Наказ Народного Комісаріату з продовольства "Про мобілізацію інструкторів з кооперації" від 20.06.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 16. – ст. 311. 38. Постанова Всеукраїнського комітету із загальної трудової повинності "Про мобілізацію нафтовиків" від 25.06.1920. 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 17. – ст. 323. 39. Декрет РНК України "Про облік та мобілізацію фахівців шкіряної справи" від 05.08.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 21. – ст. 416. 40. Постанова Всеукраїнського Комітету із загальної трудової повинності "Про мобілізацію статистичних сил України" від 28.07.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 21. – ст. 419. 41. Декрет РНК України "Про мобілізацію фахівців гірської справи" від 02.09.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 23. – ст. 465. 42. Постанова РНК України "Про мобілізацію осіб, що працюють в рибній промисловості" від 14.09.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 24. – ст. 494. 43. Постанова РНК України "Про надання Всеукраїнської праці та його місцевим органам права на проведення мобілізації для шиття предметів обмундирования для робочих та Червоної Армії" від 16.10.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 25. – ст. 530. 44. Постанова РНК УСРР "Про мобілізацію студентів – медиків і медичок" від 25.11.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 26. – ст. 549. 45. Постанова Всеукраїнського ЦВК "Про мілітаризацію всіх радянських установ" від 23.05.1920 // У і Р РКПУ. – 1919. – видавництво 1. – п.№119. 46. Положення РНК України "Про мілітаризацію радянських установ" від 06.08.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 19. – ст. 372. 47. Положення РНК України "Про правила реєстрації населення на предмет зарахування до тилового ополчення (положення)" від 02.03.1919 // СУ і Р РКПУ. – 1919. – вид. 3. – ч.1. – № 20. – ст. 210. 48. Декрет РНК України "Про призов громадян в тилі ополчення" від 21.03.1919 // СУ і Р РКПУ. – 1919. – вид. 3. – ч.1. – № 32. – ст. 344. 49. Декрет РНК України "Про тилі ополчення, яке формується на підставі Декрету "Про призов громадян в тилі ополчення" від 21.03.1919 // СУ і Р РКПУ. – 1919. – вид. 3. – ч.1. – № 32. – ст. 345. 50. Постанова Всеукраїнського Комітету праці і Центральної

Комісії "Тижня чистоти" "Про притягнення населення У.С.Р.Р. до трудової повинності на час "Тижня чистоти" від 17.04.1920 р. // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920 р. – № 7. – ст. 119. 51. Інструкція Всеукраїнського Комітету по загальній трудовій повинності "Про проведення трудової повинності населенням У.С.Р.Р. в період "Тижня чистоти" від 21.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – №7. – ст.120. 52. Циркуляр Народного Комісаріату Освіти "Про участь всіх органів Освіти в проведенні "Тижня трудового фронту" від 20.04.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 7. – ст. 126. 53. Постанова РНК України "Про селянський тиждень" від 31.08.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 23. – ст. 473. 54. Постанова РНК України "Про залучення до дров'яних заготівель всіх співробітників лісового відомства та лісових органів Народного Комісаріату Землеробства і про деякі зміни у складі органів управління лісовою справою" від 20.08.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 23. – ст. 467. – стр.670. 55. Постанова РНК України "Про пожежні трудові дружини і пожежні команди" від 1.09.1920 // 33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – 1920. – № 23. – ст. 475. 56. Резолюція V Всеукраїнського з'їзду Рад "Про колективізацію сільськогосподарського виробництва" від 06.03.1921 // 33 УРСР. – 1921. – №3. – ст. 98. 57. Резолюція V Всеукраїнського з'їзду Рад "Про лісове господарство" від 06.03.1921 // 33 УРСР. – 1921. – №3. – ст. 99. 58. Резолюція V Всеукраїнського з'їзду Рад "Про організацію праці" від 16.03.1921 // 33 УРСР. – №3. – ст.107.

Скорочення

СУ і РРКП – Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства.

У і Р РКП У – Узаконения и Распоряжения Рабоче-Крестьянского Правительства Украины.

33 і Р РС УУ і У Р.С.Ф.Р.Р. – Зібрання Законів і Розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України і Уповноважених Р.С.Ф. Р.Р.

СУ і Р РКП У – Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства Украины.

У і Р РКП України – Узаконения и Распоряжения Рабочего и Крестьянского Правительства Украины.

ЗУ УРСР – Зібрання Узаконений Української Радянської Соціалістичної Республіки.

33 УРСР – Зібрання Законів Української Радянської Соціалістичної Республіки.

Надійшла до редколегії 07.06.10

С. Рабенко, здобувач

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА РІШЕННЯМИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ В УКРАЇНІ

У статті розглядаються актуальні питання здійснення судового контролю за рішеннями Міжнародного комерційного арбітражу в Україні. Автор відзначає необхідність визначення та законодавчого закріплення оптимального рівня судового контролю за арбітражним розглядом з боку держави, розглядає світовий досвід по встановленню моделей судового контролю. Також, у статті наведений один з останніх прикладів встановлення рівня вітчизняного державного контролю, який був реалізований судами шляхом тлумачення законодавства про арбітрабельність, та шляхом застосування норм інституту публічного порядку. Дана стаття буде корисною для практикуючих юристів, а також для студентів юридичних факультетів, які вивчають господарське право.

Ключові слова: господарське право, Міжнародний комерційний арбітраж, арбітраж, арбітражне рішення, судовий контроль, моделі судового контролю, рівень судового контролю, публічний порядок.

В статье рассматриваются актуальные вопросы осуществления судебного контроля над решениями Международного коммерческого арбитража в Украине. Автор отмечает необходимость определения и законодательного закрепления оптимального уровня судебного контроля над арбитражным производством со стороны государства, рассматривает мировой опыт при установлении моделей судебного контроля. Также, в статье приводится один из последних примеров установления уровня отечественного государственного контроля, который был реализован судами путем толкования законодательства про арбитрабельность, и путем применения норм института публичного порядка. Данная статья будет полезной для практикующих юристов, а также для студентов юридических факультетов, которые изучают хозяйственное право.

Ключевые слова: хозяйственное право, Международный коммерческий арбитраж, арбитраж, арбитражное решение, судебный контроль, модели судебного контроля, уровень судебного контроля, публичный порядок.

The article considers the topical issues of judicial control performance after the International commercial arbitration awards in Ukraine. The author notes necessity to define and prescribe in legislation an optimal level of judicial control after arbitral proceedings from the state side, and considers the world experience during establishing of the judicial control models. Also, the article contains one of the most recent examples of the domestic judicial control level establishment, which was performed by means of arbitral legislation interpretation by the courts, and by means of public policy institute regulations application. The article could be useful for the practicing lawyers and students of the legal faculties studying commercial law.

Key words: commercial law, International commercial arbitration, arbitration, arbitral award, judicial control, models of judicial control, level of judicial control, public policy.

Розгляд справ у державних судах та міжнародному комерційному арбітражі може бути взаємопов'язаний по багатьох напрямках, а також на різних стадіях арбітражного розгляду. Візьмемо для аналізу тільки такий аспект, як здійснення судового контролю за арбітражними рішеннями.

Виконання на суверенній території актів інших юрисдикційних органів (в тому числі міжнародного комерційного арбітражу) допускається тільки у межах, визначених державою у нормах законодавства та міжнародних договорів, через визнання за такими актами юридичної сили, та за необхідності, вираження згоди на

використання механізму примусового виконання. Закономірним є намагання будь якої держави побудувати систему, яка дозволить контролювати акти, які тим чи іншим чином регулюють правопорядок. Визначаючим фактором для встановлення такого контролю є відношення держави до арбітражу, як до альтернативного способу вирішення спорів. Доречно навести позицію Р.В. Зайцева про те, що визнання та приведення до виконання іноземних судових постанов у більшості випадків не тільки не посягає на державний суверенітет, а й нерозривно пов'язане з виконанням державою власних функцій, до яких традиційно відносять соціальну функцію, охорону правопорядку, охорону різних форм власності та інші. Визнання та приведення до виконання іноземних судових постанов на власній території державою, фактично, є виконання останньою власних функцій щодо охорони прав та свобод людини [1, с. 11]. Наведена вище думка розповсюджується і на рішення міжнародних комерційних арбітражів.

У сьогоднішньому світі жодна держава не може собі дозволити відноситись до арбітражу негативно, заперечуючи його як спосіб вирішення спорів. В цьому випадку суб'єкти господарювання будуть вимушені погодитись на розгляд справ на чужій території, із всіма з цього випливаючи ми наслідками. Тому, сьогодні питання стоїть не про судовий контроль взагалі, а більше про його характер. На перший план виходить задача визначення та законодавчого закріплення оптимального рівня судового контролю за арбітражним розглядом з боку держави. Як влучно було неодноразово зазначено Т.Н. Нешатаєвою, для ефективної спільної роботи державних та третейських судів життєво важливим є механізм контролю за дотриманням прав сторін у третейському розгляді справ, який дозволить врахувати приватні та публічні інтереси. І таким механізмом, на її думку, повинен стати обмежений контроль державних судів, що означає їх право за заявою сторони розглянути та винести рішення про принципи питання третейського розгляду, зачіпаючи вихідні положення права на захист громадянських прав [2, с. 24].

Встановлення судового контролю здійснюється законодавцем різними способами. Першим серед яких є закріплення кола арбітрабельних справ, тобто, категорій справ, результати розгляду яких будуть визнаватись державою на своїй території. Це свого роду превентивний контроль, який обмежує діяльність недержавних юрисдикційних органів в публічно значущих сферах. Сторони вправі передавати й інші спори до арбітражу, окрім визначених законодавцем, але рішення по ним не будуть мати юридичної сили у відповідній державі, що не виключає можливості визнання таких рішень в іншій державі. При встановленні такого контролю, першими категоріями оцінки арбітрабельності спорів є публічний інтерес та публічний порядок. Сьогодні за кордоном, в доктрині міжнародного комерційного арбітражу, широко розглядається проблема допустимості розгляду третейськими судами спорів у сфері конкуренції, регулювання ринків цінних паперів та патентного права. Потребі суб'єктів господарювання, ускладнені іноземним елементом, постійно вимагають розширення сфери арбітрабельності спорів за рахунок включення до неї спорів, що межують із публічним порядком. Враховуючи вищесказане, можна дійти висновку про існування залежності між суспільною значимістю певних категорій спорів та рівнем державного контролю арбітражних рішень, що виносяться по таких спорах. Як наслідок, існує необхідність диференціювання підходів до порядку, обсягу та характеру реалізації контролюючої функції.

Другим способом встановлення законодавцем рівня судового контролю є нормативне закріплення умов та порядку включення в правопорядок актів міжнародного комерційного арбітражу, у тому числі через визначення характеру, обсягу і порядку перевірки рішення, встановлення підстав для його відміни або відмови у визнанні та примусовому виконанні. Е. В. Брунцева виділяє декілька моделей судового контролю за арбітражним рішенням, що існують у світовій практиці: (1) перевірка рішення по суті в його класичному розумінні (на предмет правильного застосування матеріального і процесуального права і встановлення фактів, що мають істотне значення для справи, а також наявності процесуальних порушень), тобто фактичне оскарження рішення; (2) перевірка рішення на предмет наявності у складу суду компетенції й істотних процесуальних порушень, допущених при розгляді спору; (3) відсутність будь якої судової перевірки. Крім того, існують країни в яких діють змішані моделі [3, с. 225]. До таких країн традиційно відносять Англію та Швейцарію. Так, наприклад, в Англії суди мають право в апеляційному порядку перевіряти арбітражне рішення з питань права у випадках, якщо сторони власною угодою (у письмовій формі) не виключили таку можливість [4, с. 33]. Закон України "Про міжнародний комерційний арбітраж" такої можливості для сторін не передбачає.

Законодавство Бельгії та Швеції передбачає, що у випадку коли місцем арбітражного розгляду є вищевказані країни, але сторони спору є нерезидентами цих країн, сторони мають право відмовитись від права на звернення за судовим переглядом арбітражних рішень, що на перший погляд робить ці юрисдикції привабливими, як місце арбітражного розгляду спорів. Дуже показовим є досвід Бельгії, в арбітражному законодавстві якої мали місце неодноразові зміни щодо регулювання даного питання. Спочатку бельгійський закон передбачав відсутність судового перегляду арбітражних рішень, винесених на території Бельгії, щодо сторін які не мають зв'язків із Бельгією. Однак, сторони почали уникати Бельгію як місце арбітражного розгляду. Результатом став перегляд законодавства у 1998 році задля того, щоб дозволити сторонам звертатись за допомогою до судів, крім випадків коли вони відмовились від такої допомоги. Це дало підстави юристам, зокрема Вільяму В. Парку (William W. Park), оцінити таке законодавство як "експеримент по обов'язковому "не перегляду" арбітражних рішень Бельгії, що не вдався" [5, с. 1267]. Швейцарія також дозволяє нерезидентам, місцем арбітражного розгляду спору яких є Швейцарія, обирати незастосування норм про перегляд до арбітражного рішення, як з усіх підстав передбачених законодавством, так і вибірково [6, с. 59]. Але як свідчить судова практика, таке законодавство є виключенням, так як сторони побоюються обмежувати власне право на перегляд арбітражних рішень та обирати таку автономію. Тому у більшості країн світу арбітражне законодавство передбачає обмежений судовий контроль та обмежені підстави для скасування рішення, які головним чином зводяться до серйозних процесуальних порушень та перевищення арбітрами своєї компетенції. За законодавством цих країн суд перевіряє арбітражні рішення лише за обмеженим, закритим колом питань, які зводяться до того, чи була між сторонами укладена дійсна арбітражна угода, чи підпадає предмет спору під дію арбітражної угоди і чи діяли арбітри, вирішуючи спір, у порядку, передбаченому угодою сторін. І якщо арбітражне рішення не порушує публічний порядок такої країни, національний суд обмежує свою роль підтвердженням того, що рішення було винесене з дотриманням

основоположних процесуальних правил і в межах компетенції арбітрів [3, с. 226].

Наведена Е. В. Брунцєвою класифікація відображає обсяг державного контролю арбітражних рішень по суті. Однак, рівень контролю ще визначається й порядком його здійснення. У світовій практиці при побудові системи контролю за арбітражними рішеннями застосовуються дві політики: справедливості та остаточності [7, с. 8]. В контексті "політики справедливості", при розгляді справи юрисдикційним органом (арбітражем), повинно бути винесене справедливе остаточне рішення, незалежно від витрат держави і сторін спору та тривалості розгляду спору. Під дотриманням "політики остаточності", мається на увазі встановлення меж розгляду справи по суті та здійснення перевірок та переглядів усіх видів. На сьогоднішній день все більше держав, в тому числі Україна, схиляються до "остаточності", обмежуючи кількість перевірок. Наприклад, статті 34 та 36 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж", містять вичерпний перелік підстав для оспорування та відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення.

Також, багато залежить і від етапу на якому здійснюється контроль законодавцем. Контроль може мати превентивний характер, і в цьому випадку він реалізується в процесі арбітражного розгляду (контроль компетенції арбітражу). В інших випадках, контроль звертається на винесене у підсумку рішення. У світовій практиці склались механізми первинного та подальшого (вторинного) судового контролю арбітражних рішень. Первинний контроль – це всі процедури, пов'язані з перевіркою (оскарженням) та оспоруванням рішення на вимогу сторони, що програла спір. Характер первинного судового контролю визначається обраною законодавцем концепцією арбітражу. Подальший (вторинний) судовий контроль здійснюється в рамках процедури визнання та приведення до виконання арбітражного рішення. Суди від імені держави вирішують питання про включення арбітражного рішення до правового порядку, перевіряючи його на відповідність мінімальним стандартам юрисдикційної діяльності (належні сторони, рівне до них відношення, змагальність процедури, волевиявлення на підпорядкування юрисдикції). В межах запропонованої схеми рівень судового контролю зростає від мінімального, і як наслідок, потенційно незастосовного за наявності угоди сторін, на етапі судового розгляду, до максимального (який застосовується обов'язково) на етапі визнання та приведення до виконання арбітражного рішення [8, с. 27 і далі].

В Україні на сьогоднішній день існує подвійний контроль за арбітражними рішеннями, які перевіряються по одним і тим же підставам в межах двох різних процедур. Тобто, в межах оспорування рішення міжнародного комерційного арбітражу, а також в межах примусового виконання такого рішення. Як зазначають деякі вчені, наприклад О. Ю. Скворцов, наявність подвійного контролю свідчить, по-перше, про надмірне правове регулювання у даній галузі, про порушення принципу процесуальної економії; по-друге, про гіпотетичну можливість конкуренції судових актів; по-третє, про порушення принципу *res judicata*, який ґрунтується на визнанні того, що один раз вирішена справа не може розглядатись знову з тих же підстав (за виключенням перегляду судового акту в порядку оскарження та нагляду) [9, с. 550]. Усі наведені обставини обтяжують сучасну модель українського арбітражного судочинства, роблять її менш ефективною та дозволяють робити висновки про можливі проблеми в сфері арбітражного розгляду. Деякі російські вчені, враховуючи досвід Російської Федерації, пропонують вирішити дану проблему шляхом

виключення можливості подвійного контролю з боку державних судів за рішеннями арбітражу, а саме, одного із механізмів контролю – механізму оспорування арбітражного рішення [10, с. 111]. Так, М.А. Попов обґрунтовує позицію, що інститут оспорування арбітражних рішень дублює контроль з боку уповноважених судів на етапі видачі виконавчого листа і тому є зайвим [11, с. 19]. З іншого боку, С. Ж. Соколових розглядаючи нормативно закріплену можливість звернення сторони третейського розгляду з клопотанням про скасування рішення до компетентних судів, приходять до протилежних висновків про те, що дана форма захисту є найважливішою правовою гарантією дотримання прав і законних інтересів підприємств і організацій, які звернулися за вирішенням цивільно-правового спору до третейської форми захисту [12, с. 24].

Вчені інших країн також не мають єдиної позиції з питання що розглядається. Наприклад, Р. Бринер зазначає, що "враховуючи завантаженість судів, будь яка міра, що зменшує їх втручання у діяльність арбітражів, повинна сприйматися добре. Дійсно, є неоправданим, щоб судовий контроль здійснювався в місці винесення арбітражних рішень, а не в місці їх виконання" [13, с. 16]. На думку У. Парка, навпаки, "мудрість вимагає того, щоб держава, у якій було винесене рішення, здійснювала контроль за дотриманням стандартів справедливого розгляду й інтересів третіх осіб. Оскільки у відповідності до Нью-Йоркської конвенції 1958 року презюмується дійсність іноземних арбітражних рішень, справедливим була б їх відміна у місці отримання, у разі невідповідності вказаним вимогам арбітражного розгляду. Сторона, що програла, не повинна бути зобов'язаною доводити такі факти як, наприклад, корупція арбітрів в судах кожної держави, де запрошується визнання та примусове приведення до виконання рішення. Також, арбітражне рішення не повинне вигравати від презумпції дійсності, що встановлена Нью-Йоркською конвенцією, у випадку коли існують суттєві розбіжності між тим як арбітр вирішив спір та тим як учасники спору уповноважили його це зробити" [14, с. 21].

У зв'язку з цим, необхідно зазначити наступне. Перш за все, при встановленні рівня контролю, необхідно зберегти баланс процесуальних можливостей сторін арбітражного розгляду в частині перевірки підсумкового документу. Очевидним є той факт, що клопотання про скасування арбітражного рішення (як механізм контролю) ініціюється стороною що програла (заявником, відповідачем), а заява про визнання та виконання рішення – стороною що виграла. Як справедливо зазначає І.М. Стрелов, метою запровадження інституту оскарження є не посилення контролю за рішенням "внутрішніх" третейських судів, а забезпечення рівності сторін третейського розгляду, у тому числі шляхом встановлення балансу між процедурами відміни та примусового виконання [15, с. 111]. Таким чином, виключення однієї із процедур (наприклад, оспорування) призведе до спотворення цієї системи, поставить сторону що програла в такі умови, в яких вона не зможе застосувати механізм судового контролю за "дефектним" арбітражним рішенням. Наслідком цього стане суттєве підвищення юрисдикційних ризиків сторін. На думку професора П. Сандерса, контроль за арбітражним рішенням, що здійснюється судом в рамках процедури його відміни, не може бути виключеним. Таке виключення фактично стало б порушенням публічного порядку, крім випадків, коли застосоване арбітражне законодавство прямо допускає таку можливість [8, с. 346]. Наведена теза не відноситься до угоди про виключення контролю, згідно якої сторони спору беруть на себе зобов'язання

виконати рішення без його перевірки у державному суді. Наявність первинного судового контролю відповідає також і принципу процесуальної економії. Як вже зазначалось, більш доцільним буде перевіряти арбітражне рішення у місці його винесення, ніж кожен раз ставити це питання при видачі екекватури, що особливо помітно проявляється по відношенню до рішень міжнародних комерційних арбітражів, які потенційно виконуються у більшості іноземних країн. Останнім, та найбільш вагомим аргументом є світова практика застосування двох механізмів перевірки.

Рівень судового контролю не може, та не повинен, залишатись статичним. Він постійно підвладний змінам, і в цьому є як позитивні так і негативні наслідки. Однак відсутність стабільності не зможе переважити позитивні наслідки, похідні від можливості оптимальним шляхом налагодити увесь механізм державного контролю за рішенням міжнародних комерційних арбітражів на балансі інтересів держави, арбітражів та учасників господарських відносин, на балансі, який склався у конкретній державі, на конкретному етапі її розвитку. З цих причин, право на зміну рівня державного контролю було надано законодавцем судам та сторонам спору.

Корегування рівня державного контролю здійснюється судами шляхом тлумачення законодавства про арбітрабельність, та шляхом застосування норм інституту публічного порядку. Яскравим прикладом реалізації першого підходу є фактичне закріплення в Рекомендаціях Президії Вищого господарського суду України № 04-5/14 від 28 грудня 2007 року та Постанові Пленуму Верховного суду України № 13 від 24 жовтня 2008 року заборони Учасникам господарських товариств, незалежно від суб'єктного складу акціонерів, підпорядковувати розгляд корпоративних спорів, пов'язаних з діяльністю господарських товариств, які зареєстровані в Україні, зокрема, таких, що впливають з корпоративного управління, міжнародним комерційним арбітражним судам. Пізніше дана позиція отримала закріплення на законодавчому рівні, а саме Закон України № 1076-VI "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів" від 5 березня 2009 року, який набрав чинності 31 березня 2009 року, обмежив право сторін звертатись до арбітражних та третейських судів для вирішення корпоративних спорів. Натомість, Законом встановлено, що такі спори підлягають розгляду виключно господарськими судами України. Зокрема, вказаний Закон вносить зміни до частини 2 статті 12 Господарського процесуального кодексу України, якою передбачено, що сторони підвідомчого господарським судам спору не можуть передавати на вирішення третейського суду (арбітражу) справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності їхнього товариства. Наразі, всі вказані категорії справ повинні передаватись на розгляд до господарських судів України. До прийняття вказаного Закону, обмеження, встановлені частиною 2 статті 12 Господарського процесуального кодексу України, стосувались лише спорів про визнання недійсними актів, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб. Заборона на вирішення цих спорів в арбітражі залишається чинною [16].

Необхідно зазначити, що реалізований державними судами підхід був запропонований ще у 2001 році. Б.Р. Карабельников відмічав, що в цілому необхідно віднести до категорії неарбітрабельних спори, предмет яких пов'язаний із законодавством про цінні папери та про права на нерухоме майно. На думку даного вченого, цей факт витікає із приписів відповідного національного законодавства будь якої держави про дотримання відповідних публічно-правових механізмів, що охоплюють процедуру обліку та реєстрації прав на цінні папери та нерухоме майно. Арбітри, як вважає Б. Р. Карабельников, в силу свого "недержавного" статусу не можуть мати рівного з державними судами доступу до даних про цінні папери та нерухомість, та давати обов'язкові до виконання приписи органам, які здійснюють облік відповідних прав [17, с. 191].

Таким чином, сьогодні вже зрозуміла позиція яку зайняли суди в ході тлумачення норм законодавства. Можливості вплинути на неї за допомогою будь яких аргументів є безперспективними, адже дана позиція була пізніше, як свідчить прийнятий Верховною Радою України Закон, підтримана та закріплена на законодавчому рівні. У той же час, міг бути прийнятий й інший варіант.

Найбільший потенціал зміни рівня контролю має практика застосування захисного механізму правової системи – застосування норм інституту публічного порядку (основоположні принципи українського права). Варто відзначити, що в Україні під публічним порядком, у контексті статті V Нью-Йоркської конвенції, розуміється правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності і недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо). Таке поняття було визначено у постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 "Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України". А оскільки визнання тих чи інших обставин у якості порушення публічного порядку України здійснюється державними судами, з власною ініціативою ex officio у ході розгляду справи, підстави для відмови (відмови у визнанні та приведенні до виконання) арбітражного рішення можна вважати регулятором обсягу судового контролю, орієнтованого на досягнення оптимального рівня у конкретних історичних умовах. Яскравим прикладом наведених висновків є пункт 6.3 Рекомендацій Президії Вищого господарського суду України № 04-5/14 від 28 грудня 2007 року, який передбачає наступне. Згідно з частиною другою статті 215 Цивільного Кодексу України, визнання судом недійсним правочину, нікчемність якого встановлена законом, не вимагається. Такий недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Виходячи з наведеного, угода (правочин) щодо підпорядкування відносин з корпоративного управління господарського товариства, зареєстрованого в Україні, нормам іноземного права, є нікчемною і не підлягає примусовому виконанню. Така угода не може бути виконана примусово, в тому числі на підставі рішення міжнародного комерційного арбітражного суду як така, що порушує публічний порядок України.

Деякі можливості по регулюванню рівня судового контролю за арбітражним розглядом є й у сторін спору. Перш за все, вони можуть обмежити втручання держави на етапі формування складу арбітражу та визначення правил процедури, шляхом реалізації диспозитивних

норм законодавства. Також, як вже зазначалось вище, в низці держав сторони мають право своєю угодою виключити перевірку арбітражного рішення. Практично у всіх державах континентальної Європи сторони мають право власною угодою уповноважити арбітрів діяти у якості *amiable compositeurs* ("дружніх посередників"), у такому випадку останні, на власний розсуд, можуть не брати до уваги норми законодавства при вирішенні спорів, і можуть діяти так, якби була укладена угода що виключає контроль з боку держави. Угода що виключає контроль з боку держави – це англійський еквівалент застереження, який допускає призначення "дружніх посередників" [18, с. 257]. Саме в Англії вперше з'явилась угода про виключення контролю з боку держави (*exclusion agreement*), і тільки потім цей досвід був перейнятий іншими країнами системи загального права. В оригіналі вона була направлена на усунення можливості перевірки арбітражного рішення як по суті, в цілому, так і окремо, з питань застосування права. Пізніше, цей інститут проник у інші правові системи, які сприйняли приватноправову концепцію арбітражу (*civil law concept of arbitration*) і розповсюдили свою дію на механізм відміни арбітражного рішення [19, с. 30]. Зауважимо, що запозичення відбувалось усюди дуже обережно. Так, наприклад, до сих пір суди США притримуються сформульованої відповіді на питання, що були поставлені сторонами в справах *Chromalloy* та *Baker Marine*, а саме, правила про те, що сторони не можуть власною угодою обмежити право державного суду на відміну арбітражного рішення у випадках, коли буде виявлена одна із встановлених законодавством підстав для вказаної відміни [20, с. 569].

На сьогоднішній день у багатьох країнах дія угод про виключення значно розширилась і сторонам надано право повністю усувати перевірку арбітражного рішення по місцю його винесення в порядку відміни. Контроль з боку держави, у цьому випадку, можливий лише в межах процедури визнання та приведення арбітражного рішення до виконання. Однією з причин такої радикальної зміни режиму державного контролю, стало намагання держав максимально делокалізувати арбітраж, що здійснюється на їх території, і тим самим повернути іноземним підприємцям для врегулювання спорів. Вказана практика не була повністю позитивною.

Як вже зазначалось, рівень судового контролю визначається встановленими підставами для відміни, відмови у визнанні та примусовому приведенні до виконання арбітражних рішень. Вельми цікавою для пошуку його оптимального значення є концепція, що дістала назви договірної підходу у встановленні меж судового втручання, про що вперше було зазначено Е. І. Носіревою [21, с. 39]. На її думку, встановлення обмеженого та вичерпного переліку підстав для відміни арбітражного рішення має два аспекти протиріччя. З одного боку, це важливо для визначення меж судового втручання у діяльність приватного "недержавного правосуддя". З іншого боку – це стримуючий фактор для більш широкого застосування цієї процедури, через можливі побоювання винесення арбітрами неправильних, але остаточних для сторін рішень. В зв'язку з цим, в американській літературі, до останнього часу, активно обговорюється питання про можливість надання сторонам права самим визначати у арбітражній угоді додаткові до закону підстави (наприклад порушення норм права або не-

обґрунтованість) для судового перегляду арбітражних рішень [22, с. 121].

На завершення відмітимо, що ефективність роботи системи, яка дозволяє державі контролювати акти юрисдикційних арбітражних судів, що включаються до правопорядку, є похідною від рівня такого контролю. Як недостатня так і надмірна увага держави, у якій була вирішена справа або ставиться питання про визнання та приведення до виконання арбітражного рішення, до результатів розгляду, може суттєво викривити арбітражний режим, позбавити сторін спору переваг арбітражної форми захисту прав і законних інтересів, суттєво знизити кількість спав що розглядається в арбітражах. Механізм корегування рівня контролю судами і сторонами, що спорять, доповнює законодавче регулювання, дозволяє віднайти та зафіксувати оптимальний, з точки зору конкретної держави на певному етапі її розвитку, режим контролю за арбітражними рішеннями.

1. Зайцев Р. В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов // Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.15 / Екатеринбург, 2005. – 25 с. 2. Нешатаева Т. Н., Старженецкий В. В.: Третейские и государственные суды. Проблема права на правосудие // Вестник ВАС РФ. 2000. №10. 3. Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж / учебное пособие для высших учебных заведений. – СПб.: Издательский дом "Сентябрь", 2001. – 368 с. 4. частини 1, секції 69, Arbitration Act 1996 (of England) – 1996 CHAPTER 23 [17th June 1996] // http://www.jus.uio.no/lm/england.arbitration.act.1996/sisu_manifest.html. 5. The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform // William W. Park; Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, Number 4: October 2003. – 1475 с. // <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-36-number-4/index.aspx>. 6. Swiss Private International Law Act of 1987, гл. 12, стаття 192 // <http://www.umbricht.ch/pdf/swissPIL.pdf>; 7. Reisman M. Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair. // Duke University Press, Durham, NC, 1992. – 178 с. 8. Sanders P. Quo Vadis Arbitration? // Sixty Years of Arbitration Practice. Hague, Kluwer Law International, 1999. – 451 с. 9. Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Волтерс Клувер., 2005. – 692 с. 10. Бакхауз Н. А. О проблеме "двойного контроля" за решением третейского суда // Третейский суд, №5, 2003. – с. 109 – 112. 11. Попов М. А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. СПб., 2002. – 24 с. 12. Соколовых С. Ж. Процессуальные гарантии субъективных прав сторон третейского разбирательства при разрешении экономических споров: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук., Специальность: 12.00.15, Саратов, 2005. – 26 с. 13. Бриннер Р. Нью-Йоркская конвенция: философия и цели конвенции // Третейский суд. 2003. № 6. – с. 15-19. 14. W. Park The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. International & Comparative Law Quarterly. Vol. 32. 1983 – с. 21-52. 15. Стрелов И. М. Взаимодействие арбитражных и третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2005. №4.; 16. ст. 12 Господарського процесуального кодексу України, від 06.11.1991, № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, N 6, ст. 56, з наступними змінами і доповненнями (<http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1798-12>). 17. Карабелников Б. Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений / Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 року. – М.: ЗАО "Юридический дом "Юстициформ", 2001. – 368 с. 18. Mann F. A. Private arbitration and Public Policy. // Civil Justice quarterly (Andover, United Kingdom). 1985. – с. 257 – 267. 19. С. А. Курочкин: Судебный контроль за решениями третейских судов и международных коммерческих арбитражей: поиск оптимального уровня // Третейский суд №1 (55) 2008 – с. 23 – 31. 20. Christopher R. Drahozal, Commercial Arbitration: Cases and Problems. Matthew Bender & Company, 2002. – 634 с. 21. Носырева Е. И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. // Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук., спец.: 12.00.15, Воронеж, 2001. – 65 с. 22. Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. Издательский Дом "Городец", 2005. – 320 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК: 342.6+351.75

С. Черних, здобувач

ОРГАНІЗОВАНА ЗЛОЧИННІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ

Проаналізовано поняття організованої злочинності, уточнено її ознаки як об'єкта адміністративно-правової протидії, визначено основні напрями адміністративно-правової протидії організованій злочинності, охарактеризовано основні завдання суб'єктів протидії організованій злочинності.

Ключові слова: організована злочинність, адміністративно-правова протидія.

Проанализировано понятие организованной преступности, уточнены ее признаки, как объекта административно-правового противодействия, определены основные направления административно-правового противодействия организованной преступности, охарактеризованы основные задания субъектов противодействия организованной преступности.

Ключевые слова: организованная преступность, административно-правовое противодействие.

The concept of the organized crime is analysed, the signs of the organized crime are specified as to the object of administrative legal counteraction, certainly basic directions of administrative legal counteraction the organized crime, the basic tasks of subjects counteraction the organized crime are described.

Key words: organized crime, administrative legal counteraction.

Для уточнення наукових засад адміністративно-правового забезпечення діяльності підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю ОВС України особливе значення має розробка поняття організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії, за допомогою якого можна було б окреслити межі цього надзвичайно небезпечного суспільного явища, визначити його стан та закономірності розвитку, з'ясувати шляхи подолання. Однак, зауважимо, що визначення поняття організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії, становить досить складну наукову проблему, вирішення якої ускладнюється її багатоаспектним характером. Різноманітність визначень, що зустрічаються у науковій літературі, є закономірним відображенням наукового пошуку, в якому задіяні представники різних наук.

Визначенню поняття організованої злочинності було приділено значну увагу фахівцями різних галузей правничої науки, насамперед, кримінального права, кримінології, криміналістики, адміністративного права та оперативно-розшукової діяльності. В нашій державі та державах СНД ці проблеми досліджували Л. В. Багрій-Шахматов, О. М. Бандурка, В. Т. Білоус, А. Ф. Волобуєв, В.В. Голіна, В.Л. Грохольський, Н.О. Гуторова, І.М. Данишин, О.Ф. Долженков, С.О. Єфремов, О.Г. Кальман, та багато інших науковців. Проте у сучасній вітчизняній юридичній науці проблеми визначення поняття організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії висвітлені недостатньо, в працях науковців ці питання досліджувались фрагментарно, без комплексного підходу у зв'язку з чим сьогодні серед адміністративістів немає єдиного підходу щодо визначення поняття організованої злочинності як об'єкта протидії.

Метою цієї статті є удосконалення методологічних основ поняття організованої злочинності як об'єкта протидії. Для досягнення поставленої мети планується: охарактеризувати запропоновані науковцями визначення поняття організованої злочинності; уточнити ознаки організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії; визначити основні напрями адміністративно-правової протидії організованій злочинності; охарактеризувати основні завдання суб'єктів протидії організованій злочинності.

Організована злочинність в Україні виникла і зміцнювалась на основі зростання всієї злочинності, концентрації і монополізації різноманітних видів злочинної діяльності. Тому її розвиток тісно пов'язаний з динамікою загальної злочинності, з послабленням тотального контролю з боку держави у 60–80-ті роки. Рівень загальної злочинності в СРСР і в Україні особливо інтенсивно зріс разом зі заміною соціально-політичних умов

розвитку суспільства в кінці 80-х і на початку 90-х років [1, с. 123]. Цілком справедливо відмічають Ю. В. Александров, А. П. Гель, Г. С. Семаков, що організована злочинність – це не тільки особливе кримінальне явище, як професійна злочинність, а й суспільно-політичне, притаманне розвиненому ринковому суспільству. Зокрема, якщо професійна злочинність як кримінальне явище, умовно кажучи, співіснує паралельно з життям законотворчого суспільства, створюючи власний таємний "світоток", то організована злочинність, об'єднуючи злочинні угруповання на різних напрямках злочинної діяльності (наркобізнес, порнобізнес, торгівля людьми, зброєю, рекет тощо) і створюючи "стартовий капітал" здебільшого у лідерів і їх найближчого оточення, створює нібито два шари свого існування: нижчий – виконавці злочинів різного характеру, які фактично "звичайними" професійними злочинцями і вищий – керівники угруповань і керівники цих керівників, які безпосередньо злочинів не вчиняють, але через ланки системи, зокрема і державної керують злочинною діяльністю [2, с.220]. Організована злочинність – це суспільно небезпечне явище, яке охоплює усю сукупність злочинів учинених організованими злочинними угрупованнями [3, с.45]. Вона є частиною загальної злочинності (її особливим видом), що поєднує найнебезпечніші вияви багатьох видів умисної злочинності: насильницької, корисливої, економічної, корупційної. Її специфічною ознакою є організований характер. За ступенем організованості виділяють слабоорганізовані, середньоорганізовані та високоорганізовані злочинні формування. Наприклад, на думку А. І. Долгової, організована злочинність – це не просто сукупність організованих формувань та їх діяльності, а їх органічна цілісність, наявність різноманітних стійких взаємозв'язків між ними на основі забезпечення злочинної діяльності та створення сприятливих умов для її розвитку [4, с. 20]. В. С. Овчинський зазначає, що "еволюція організованої злочинності в перебігу останніх десятиліть може розглядатися як процес раціональної реорганізації в міжнародному масштабі злочинних організацій аналогічно реорганізації законних економічних операцій в економіці, побудованих на ринкових відносинах" [5].

На нашу думку цілком слушним є висновок експертів ООН, що "організована злочинність створює пряму загрозу національній і міжнародній безпеці, стабільності є фронтальною атакою на політичні і законодавчі владні органи, а також створює загрозу самої державності. Вона порушує нормальне функціонування соціальних і економічних інститутів і компрометує їх, що призводить до втрати довіри до демократичних процесів. Вона під-

риває процес розвитку і зводить нанівець досягнуті успіхи. Вона ставить в положення жертви населення цілих країн і експлуатує людську уразливість, витягуючи при цьому доходи. Вона охоплює, обвиває і навіть закабальє цілі прошарки суспільства, і залучає їх до різних видів протиправної діяльності" [6]. В свою чергу кримінологічні та криміналістичні дослідження дають підстави для висновку, що організована злочинність це явище економіко-соціальне, пов'язане з тіньовою економікою. На практиці України можна простежити етапи переродження існування "звичайної" злочинності у глобальні криміногенні процеси, трансформацію у тотальну криміногенну тінізацію суспільно-економічних відносин [7, с.91]. Шантаж, убивства на замовлення, наркобізнес і багато інших видів злочинів не у сфері економіки перебувають поруч з економічними злочинами.

Аналіз вищенаведених визначень дозволяє дійти висновку, що *організована злочинність* – це сукупність злочинів, вчинюваних у межах організованої злочинної діяльності із чіткими розподілом ролей та завдань, чіткою ієрархією між керівниками та виконавцями, підкупом посадових осіб, розподілом контролю злочинного впливу за допомогою насильства з метою задоволення протиправним шляхом корисливих чи інших інтересів.

Існування організованої злочинності в Україні визнано офіційно. Так у ст. 1 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" [8] передбачено, що організованою злочинністю є сукупність злочинів, що вчинюються у зв'язку із створенням та діяльністю організованих злочинних угруповань. Крім того, частина друга цієї статті визначає, що види та ознаки цих злочинів, а також кримінально-правові заходи щодо осіб, які вчинили такі злочини, встановлюються Кримінальним кодексом України. Слід відмітити, що у Кримінальному Кодексі України, термін "організоване злочинне угруповання", про яке йде мова у ст. 1 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" [8] не використовується.

Таким чином, протидія цьому виду злочинності, усунення причин і умов, що її породжують, стає проблемою загальною, інтернаціональною, що обумовлює необхідність об'єднання зусиль вчених-теоретиків, юристів-міжнародників, фахівців-кримінологів і практичних працівників правоохоронних органів, а також активізації співпраці держав в рамках універсальних і регіональних міжнародних організацій.

Сучасна організована злочинність уявляє собою настільки потужне соціально-економічне, і певною мірою вже політичне явище [9, с. 316], що воно вимагає застосування найрізноманітніших методів та засобів, включаючи увесь комплекс адміністративних заходів її протидії. При цьому слід зазначити, що "повною мірою необхідно використовувати можливості ... нормативного масиву не тільки для функціонування системи управління, але й для цілеспрямованого зростання його ефективності" [10, с. 251].

Не менш важливим для даного дослідження є розуміння організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії, оскільки для здійснення регулювання будь-чого необхідно усвідомлювати сутнісну характеристику цього явища, а також визначити його характерні особливості. Отже організована злочинність на сучасному етапі є важливим об'єктом адміністративної протидії.

Слід відмітити, що новий тлумачний словник української мови трактує поняття об'єкта як: 1) пізнавану дійсність, що існує поза свідомістю людини і незалежно від

неї; 2) явище, предмет, на які спрямована певна діяльність, увага та ін.; 3) певна одиниця (споруда, підприємство, ділянка місцевості) господарського значення [11, с. 392]. Ю. П. Битяк вважає, що об'єктом адміністративно-правових відносин є поведінка учасників управлінських відносин (дії, утримання від дій). Це можуть бути речі, матеріальні цінності, продукти духовної творчості, особисті нематеріальні блага [12, с. 51].

Основні особливості організованої злочинності як об'єкта адміністративної протидії, зумовлюють, з одного боку, необхідність державного впливу на процес протидії означеного суспільно-небезпечного явища та існування адміністративно-правового механізму впливу на її розвиток шляхом формування нормативно-правової бази, з іншого, – визначають особливості такої протидії. Як відомо, процес протидії являє собою систему взаємопов'язаних і виконуваних у певному порядку дій (заходів): від законодавчого забезпечення державної політики щодо протидії організованій злочинності до безпосереднього виконання працівниками правоохоронних органів завдань та обов'язків щодо протидії організованій злочинності.

Основні напрями адміністративно-правової протидії організованій злочинності повинні бути спрямовані на: вдосконалення системи органів державної влади, які є суб'єктами протидії організованим злочинностям; виконання в рамках Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" завдань, функцій та повноважень суб'єктами протидії; впровадження механізмів державного контролю, координації та взаємодії між суб'єктами протидії організованій злочинності; надання всебічної державної підтримки підрозділам по боротьбі з організованою злочинністю.

З метою реалізації визначених нами напрямів необхідними є: розробка та удосконалення нормативно-правових актів, що регулюють відносини в сфері протидії організованим злочинностям; забезпечення належного матеріально-технічного рівня діяльності органів виконавчої влади в сфері протидії організованій злочинності; здійснення професійного відбору та навчання кадрів в сфері протидії організованій злочинності для роботи у відповідних правоохоронних органах.

З метою активізації діяльності правоохоронних органів, основним завданням яких є протидія організованій злочинності, необхідно: переорієнтувати спеціальні підрозділи правоохоронних органів на викриття найбільш небезпечних злочинів; розробити та запровадити у діяльність правоохоронних органів необхідні методики виявлення та збору інформації про організовану злочинність; чітко визначити порядок повної та своєчасної перевірки повідомлень щодо діяльності організованих злочинних угруповань; розв'язати існуючу колізію у чинному законодавстві щодо порядку надання інформації правоохоронним органам щодо коштів та майна окремих юридичних та фізичних осіб; з цієї метою уніфікувати та конкретизувати в єдиному законодавчому акті умови та порядок надання зазначеної інформації [13, с.119]; визначити конкретні механізми взаємодії правоохоронних органів, які здійснюють протидію організованій злочинності, з іншими органами, на які законодавством покладено обов'язок оперативного, технічного, інформаційного та іншого забезпечення діяльності щодо протидії таким злочинами.

Таким чином, основними специфічними ознаками організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії є:

- 1) висока суспільна небезпечність;

2) організований характер функціонування злочинних формувань;

3) ієрархічний характер взаємовідносин між учасниками організованої злочинної організації;

4) наявність корупційних зв'язків із представниками державної влади;

5) застосування насильства;

6) розподіл сфер злочинного впливу;

7) отримання надприбутків;

8) своєрідність зовнішніх форм прояву елементів механізму адміністративно-правової протидії (суб'єкти, принципи, функції, методи та форми протидії);

9) комплексний характер, пов'язаний із необхідністю поєднання усіх відомих способів протидії.

Підсумовуючи викладене, варто зробити висновок, що юридичний аспект адміністративно-правової протидії організованої злочинності, на жаль, залишається без структурного, логічного аналізу як на доктринальному, так і на нормативному рівні. Складність адміністративно-правової протидії у зазначеній сфері полягає в тому, що існує значна кількість нормативно-правових актів, які містять норми, що належать до різних галузей законодавства, превалюють у більшості своїй підзаконні акти, що ускладнює систематизацію внаслідок їх великої кількості, відсутня єдина правова термінологія. Все це вимагає продовження аналізу адміністративно-правового забезпечення діяльності щодо боротьби з організованою злочинністю, в тому числі дослідження

організованої злочинності як об'єкта адміністративно-правової протидії.

1. Саркісова Э.А. Роль наказания в предупреждении преступлений / Э.А. Саркісова. – Минск: Наука і техника, 1990. – 160 с. 2. Александров Ю. В. Криминология: Курс лекцій / Ю. В. Александров, А. П. Гель, Г. С. Семаков. – К.: МАУП, 2002. – 295 с. 3. Романюк Б.В. Стратегія і тактика боротьби з організованою злочинністю / Б.В. Романюк, В.О. Глушков, Б.В. Голуб // Науково-аналітичний бюлетень. – 1998. – № 3. – С. 45. 4. Долгова А.И. Организованная преступность, ее развитие и борьба с ней / А.И. Долгова // Организованная преступность. – М., 1996. – С. 20-24. 5. Овчинский В.С. Стратегия "борьбы с мафией". В.С. Овчинский – М., СИМС, 1993. С.14. 6. IX Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Каир, 29 апреля – 5 мая 1995 г. 7. Ефремов С. Поняття організованої злочинності С. Ефремов // Право України. – 2002. – № 9. – С. 89-91. 8. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 червня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 35. – Ст. 358. 9. Черкес М. Ю. Міжнародне право: Підручник. – 2-ге видання, стер. / М.Ю. Черкес. – К.: Знання, 2001. – 284 с. 10. Адміністративне право України: Підручник для юрид. вузів і фак. / Ю.П. Битяк, В.В. Багуцький, В.М. Парашук та ін.; За ред. Ю.П. Битяка. – Харків: Право, 2000. – 520 с. 11. Новый толмачный словарь Украинської мови у 4-х т. – Т.2. / В. Яременко, О. Сліпушко – К.: Вид. Аконті, 1998. – 910 с. 12. Адміністративне право України: підручник / [Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дьяченко та ін.]; за ред. Ю.П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с. 13. Білоус В. Т. Координація управління правоохоронними органами України по боротьбі з економічною злочинністю (адміністративно-правовий аспект): дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07 / Віктор Тарасович Білоус. – Ірпінь, 2004. – 444 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

УДК 347.958

І. Бондар, канд. юрид. наук, асист.

ПОНЯТТЯ НОВОВІЯВЛЕНИХ ОБСТАВИН У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті визначено коло фактів, що входять в предмет доказування у справі та фактів, що є підставами для перегляду судового рішення у зв'язку з новоявленими обставинами, а також пропонується визначення нововиявлених обставин.

Ключові слова: предмет доказування, перегляд рішень, нововиявлені обставини.

В статье установлен круг фактов, которые входят в предмет доказывания по делу и фактов, которые являются основанием для пересмотра судебного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, а также предлагается определение вновь открывшихся обстоятельств.

Ключевые слова: предмет доказывания, пересмотр решений, вновь открывшиеся обстоятельства.

This article is devoted to frame of facts, which are included in subject-matter of case and facts, which are the grounds for review of juridical decisions that have new circumstances. Also this article is devoted to concept of new circumstances.

Key words: point to be proved, review of judgments, new circumstances.

Завданням цивільного судочинства, відповідно до статті 1 ЦПК, є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Перегляд рішень, ухвал, що набрали законної сили у зв'язку з нововиявленими обставинами (ст.361 – 366 ЦПК України) є одним із способів перевірки законності та обґрунтованості судових рішень. Але для того, щоб захист права був повним, всебічним та ґрунтовним необхідно чітко розуміти суть провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами, його поняття та основні ознаки.

Оскільки законодавство України не містить визначення "нововиявлених обставин", в теорії та практиці цивільного процесу існують різні тлумачення нововиявлених обставин, що призводить до помилок при їх застосуванні.

На думку більшості науковців, під терміном "нововиявлені обставини" слід розуміти юридичні факти, що мають для справи суттєве значення, які існували в момент винесення рішення, але не були і не могли бути відомі ні заявнику, ні суду, що виконав всі вимоги зако-

ну по збору доказів та встановленні об'єктивної істини [6, с.41, 374, 277].

У даному визначенні нововиявлених обставин не врахована така важлива ознака, як виявлення цих обставин після набрання рішення законної сили. Так, відповідно до ч.1 ст.361 ЦПК перегляд судових постанов за нововиявленими обставинами можливий тільки після набрання рішенням суду законної сили, тому обставини, що з'являються після винесення постанови суду не є нововиявленими. Тому докази, виявлені після розгляду справи свідчать про те, що обставини справи були досліджені не повно.

Інші автори вважають, що нововиявлені обставини – це факти, від яких залежить виникнення, зміна чи припинення прав та обов'язків осіб, які беруть участь у справі, але треба їх чітко відрізняти від доказів, цільове значення яких обмежується встановленням таких юридичних фактів [9, с.338].

Особливість інституту перегляду за нововиявленими обставинами полягає у відсутності судової помилки. На даній стадії цивільного процесу головне завдання суду встановити наявність чи відсутності нововиявлених обставин. Треба також зауважити, що рішення, яке переглядається за нововиявленими обставинами, до вияв-

лення та встановлення цих обставин вважається законним та обґрунтованим, оскільки воно відповідає фактам, що існували на момент винесення рішення чи ухвали.

Найбільш повне визначення нововиявлених обставин було надане Ломоносовою Е.М., яка зазначила, що нововиявлені обставини – це завжди суттєві для справи факти об'єктивної дійсності, що існували в період першого розгляду справи та винесення судового акту, які не були враховані в ньому через невідомість їх суду та позивачу з причин, що від них не залежать, а не в результаті помилки суду. Це факти, що стають відомими після набрання судової постанови законної сили, які можуть вплинути на її законність та обґрунтованість, істинність, на можливість захисту та здійснення передбачених та охоронюваних законом прав та інтересів [5, с.12].

Однак і в цьому визначенні наявні певні недоліки, оскільки не зазначається, що нововиявлені факти мають бути доказані. Це положення закріплено законодавством, а саме ч.2 ст.364 ЦПК, вимагає доведення нововиявлених обставин, оскільки суд повинен бути впевненим у наявності суттєвих підстав для перегляду. Тобто, це той випадок коли сумніви мають тлумачитись на користь залишення прийнятого рішення суду в силі, а не навпаки.

Зробивши аналіз частини 2 статті 361 ЦПК України, підстави для перегляду рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами, можна класифікувати на дві групи: 1) обставини, що необхідно було встановити у справі при первинному розгляді справи судом, тобто обставини, що мають бути встановлені як підстави для вирішення спору між сторонами (п.1 ч.2 ст.361 ЦПК України); 2) факти, що не підлягають встановленню під час розгляду справи судом, оскільки виникають після ухвалення рішення (п. п. 2 – 4 ч.2 ст.361 ЦПК України). Коли говорять про обставини, що необхідно було встановити при первинному розгляді справи судом, тобто про обставини, що мають бути встановлені як підстави для вирішення спору між сторонами то завжди аналізують предмет доказування в конкретній цивільній справі.

В науковій юридичній літературі висловлювалися різні погляди щодо визначення кола фактів, що входять в предмет доказування у справі. Зокрема К.С. Юдельсон до юридичних фактів, що входять в предмет доказування включає факти, що обґрунтовують позов або заперечення проти позову, а саме факти правоутворюючі, факти активної та пасивної легітимації, факти підстав до позову [13, С.155].

С.В.Курильов давав іншу класифікацію фактів, що входять в предмет доказування. Він ділить їх на факти позитивні і негативні, факти – явища і факти – стану; факти, що є підставою виникнення юридичних наслідків, та факти, що є підставою для диференціації цих наслідків [4, С.17-18].

По суті в позиціях цих науковців не було розбіжностей. Фактично вони по-різному називають одні й ті самі факти.

Л.П.Смишляев розширює предмет доказування і крім вище зазначених фактів включає в нього ще й передумови для виникнення матеріального правовідношення – правоздатність та дієздатність [8, С.14-16]. Ми вважаємо, що такий підхід є слушним щодо застосування його до перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. Наприклад, згідно із ч.2 ст.202 СК України якщо мати, батько були позбавлені батьківських прав і ці права не були поновлені, обов'язок утримувати матір, батька у дочки, сина, щодо яких вони були позбавлені батьківських прав, не виникає [7, С.398].

Отже в разі ухвалення рішення і стягнення аліментів з дочки або сина на користь батьків, позбавлених бать-

ківських прав, у відповідачів виникне право на перегляд такого рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Цікавою і цілком прийнятною є позиція Ю.К. Осипова, який зазначав, що встановлення фактів, що входять в предмет доказування пов'язано з необхідністю дослідження багатьох обставин, а саме тих, які сприяють правильній оцінці процесуальних юридичних фактів, доказових і деяких інших фактів. Зазначені обставини, хоча і є об'єктом дослідження, але не входять в предмет доказування. В предмет доказування, вказує Ю.К.Осипов, входять лише ті обставини, від яких безпосередньо залежить виконання завдань цивільного судочинства, тобто: юридичні факти підстав позову, юридичні факти заперечень проти позову, а також підстави і умови виникнення спору [1, с.175].

Н.Ф.Фаткулін пропонує розширити коло фактів, що можуть входити в предмет доказування. Він вважає, що будь-яка обставина (факт), що підлягає пізнанню в кримінальному або цивільному процесі входять в предмет доказування у справі, оскільки будь-який факт повинен бути досліджений і підтверджений органами слідства та суду у передбачених законом порядку.

В предмет процесуального доказування повинні бути включені всі факти що відбулися, всі факти, що існують, юридичні та доказові факти і обставини, що мають значення для правильного вирішення справи [11, с.48, 55, 65]. Тобто, на думку Фаткуліна Н.Ф. в предмет доказування слід включати все, що підлягає доказуванню.

Така позиція була піддана критиці. Зокрема, Треушников М.К., звертає увагу на те, що факти, що є об'єктом пізнання суду є значно ширшими ніж факти, що входять в коло фактів предмету доказування. До фактів, що є об'єктом пізнання суду він включає чотири групи фактів: юридичні факти матеріально-правового характеру; доказові факти; факти, що мають виключно процесуальне значення; факти, встановлення яких суду необхідно для виконання завдань виховного та попереджувального характеру. Щодо предмету доказування, то він зазначає, що це особливий процесуальний інститут, до якого входять лише ті факти, які мають матеріально-правове значення, факти, без з'ясування яких не можна вирішити справу по суті [10, с. 9-12].

Правильно визначити предмет доказування в цивільній справі означає надати всьому процесу доказування належний напрямок. Ми цілком підтримуємо позицію М.К.Треушнікова про те, що вчення про предмет доказування напряму пов'язано із проблемою розподілу обов'язків по доказуванню. Саме тому питання про предмет доказування слід розглядати в комплексі із питаннями вчення про позов. Предмет доказування в справах позовного провадження має два джерела формування: 1) підстави позову та заперечення проти позову; 2) гіпотезу і диспозицію норм матеріального права, що підлягають застосуванню.

Таку ж позицію займає і О.С.Захарова. Вона пише, що склад фактів, що входять в предмет доказування, для кожної конкретної справи неоднаковий. Він визначається змістом заявлених вимог і заперечень і тими нормами права, які повинні бути застосовані в даному випадку [2, с.14].

В.В.Комаров до предмету доказування відносить коло фактів матеріально – правового значення, необхідних для вирішення справи по суті. Факти, які належать до предмету доказування, зазначає він, необхідно відрізнити від фактів, які встановлюються при розгляді справи, однак не пов'язані з правильним вирішенням питання про права і обов'язки сторін [3, с.9].

Характеризуючи процес формування предмету доказування в наказному провадженні Т.В. Цюра зазначає

ла, що докази мають підтверджувати не тільки факт настання права вимоги стягувача, а й розмір обов'язків боржника [12, с.9, 88].

Узагальнюючи вище викладені позиції науковців можна зробити висновок, що предмет доказування визначається судом, та особами, що беруть участь у розгляді справи на підставі норми матеріального права, що підлягає застосуванню. Протягом розгляду справи він може змінюватися. Зокрема, позивач має право змінити підставу або предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову. Відповідач, в свою чергу, має право визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов, у справу можуть вступити треті особи. Всі ці фактори і будуть впливати на формування предмету доказування. Такий підхід тим більше підтверджується законодавчо, оскільки, згідно із ч.ч.1,3 ст.60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень і доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір.

Таким чином, предмет доказування в цивільній справі – це сукупність фактів матеріально – правового та процесуального характеру, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення з метою правильного вирішення цивільної справи.

Говорячи про співвідношення фактів, що входять в предмет доказування та фактів, що є підставами для перегляду судового рішення у зв'язку з новоявленими обставинами слід зазначити, що коло останніх є значно ширшим і може включати в себе: юридичні факти матеріально – правового характеру; доказові факти; факти, що мають процесуальне значення. Крім цього слід завжди пам'ятати, що ці факти об'єктивно існували на час

розгляду справи, але не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи.

Враховуючи викладене можна зробити висновок, що новоявлені обставини – це факти об'єктивної дійсності, що залишилися невідомими заявнику та суду при розгляді справи, які мають суттєве значення для вирішення справи, достовірно встановлені особливим процесуальним способом і є такими, що вказують на незаконність та необґрунтованість судових рішень, що набрали законної сили.

1. Гражданский процесс. Учебник для вузов. / Отв. Редакторы проф. К.И. Комиссаров и проф. Ю.К. Осипов. Издание второе, переработанное и дополненное. – М.: Издательство БЕК, 1996. – 520 с. 2. Захарова О.С. Докази та доказування в справах, що виникають з шлюбно-сімейних правовідносин. Автореф.дис.канд. юрид.наук. К.1995, с. 22. 3. Комаров В.В. Доказування та докази в цивільному судочинстві: Текст лекцій. – Харків: Українська юридична академія, 1991. – 36с. 4. Курылев С.В. Установление истины в советском правосудии. Автореф. Дис.д-ра юрид.наук. – М., 1967. 5. Ломоносова Е.М. Пересмотр гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам: Автореф. дис. канд.юрид.наук. – Х, 1970. С.12. 6. 1.Морозова Л.С. Пересмотр судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам. М, 1959. – С.41; 2. Бородин М. Перегляд рішень, що набрали законної сили, у зв'язку з новоявленими обставинами за новим ЦПК України // Право України, 2004, №11; 3.Гражданский процесс: Учебник для вузов/ Под ред. Проф. М.К. Треушников – 2-е изд. испр. и доп. – М.: Издательство "Спарк", 1998г. – Ст.374; 4. Советский гражданский процесс. Изд.2-е испр. и доп. Под ред. М.А.Гурвича – М.: "Высшая школа", 1975. – Ст.277. 7. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково – практичний коментар. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – 532 с. 8. Смышляев Л.П. Предмет доказывания и распределение обязанностей по доказыванию в советском гражданском процессе. – М., 1961. 9. Советский гражданский процесс. Под ред. К.И. Комиссарова, В.М. Семенова. – М: "Юрид. лит.", 1978 – С.338. 10. Треушников М.К. Судебные доказательства. Монография. М.: Юридическое бюро "Городец", 1997. – с.320. 11. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976. 12. Цюра Т.В. Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі. Автореф.канд.юрид.наук.Київ, 2005, 17 с.; Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі: Науково – практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки) – К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. – 256 с. 13. Юдельсон К.С. Проблемы доказывания в советском гражданском процессе. – М., 1951.

Надійшла до редколегії 07.06.10

Д. Пшеничник, здобувач

РОЗВИТОК ІДЕЇ ТІСНОГО ТА РЕАЛЬНОГО ЗВ'ЯЗКУ В АНГЛІЙСЬКОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Стаття присвячена розвитку ідеї тісного та реального зв'язку в англійському колізійному праві. У статті аналізується колізійна доктрина домислюваного наміру сторін, демонструються основні недоліки цієї доктрини та її еволюція у принцип реального та тісного зв'язку. Крім цього, у статті наводяться основні прецеденти та підходи (техніки) до застосування згаданого принципу в англійському праві.

Ключові слова: колізійний принцип тісного та реального зв'язку, теорія належного права, доктрина домислюваного наміру, суб'єктивна та об'єктивна теорія намірів.

Статья посвящена развитию идеи тесной и реальной связи в английском коллизионном праве. В статье анализируется коллизионная доктрина домысливаемого намерения сторон, демонстрируются основные недостатки этой доктрины и ее эволюция в принцип реальной и тесной связи. Кроме этого, в статье приводятся основные прецеденты и подходы (техники) к применению упомянутого принципа в английском праве.

Ключевые слова: коллизионный принцип тесной и реальной связи, теория должного права, доктрина домысливаемого намерения, субъективная и объективная теория намерений.

This article is devoted to the elaboration of idea of real and closest connection in English conflict of laws. This article provides an analysis of the choice-of-law doctrine of presumed intent, demonstrates main defects of the doctrine and its evolution in principle of real and closest connection. In addition, this article contains the description of the basic precedents and approaches to application of the mentioned principle in English law.

Key words: choice of law principle of the real and close connection, proper law theory, doctrine of presumed intention, subjective and objective theory of intent.

Враховуючи те, що Закон України "Про міжнародне приватне право" (МПрП) використовує для об'єктивного визначення застосовуваного права колізійний принцип тісного зв'язку, актуальним для національної науки та практики МПрП залишається аналіз іноземного досвіду визначення критеріїв тісного зв'язку. В англійському МПрП сформульована унікальна теорія належного права, яка за змістом та результатами застосування є схожою з колізійним принципом тісного зв'язку. У зарубіж-

ній науці над нею працювали такі вчені, як наприклад, Дж. Блум, Дж. Вестлейк, Ф. Ман, Дж. Моріс, П. Норт, К. Шмітгофф, Дж. Чешир. В Україні окремі аспекти зазначеної проблеми досліджували В. Кисіль, О. Мережко, А.Довгерт, В.Гайворонський, В. Жушман, В. Король та інші. Проте на даний час в українській науці відсутнє системне дослідження змісту, структури та механізму дії колізійного принципу тісного зв'язку, що особливо негативно віддзеркалюється на його практичному за-

стосуванні. На жаль, для суддів, а також юристів-практиків колізійний принцип тісного зв'язку та умови його застосування до цього часу залишаються недостатньо вивченими та обґрунтованими. Зважаючи на це, дослідження взаємозв'язку між теорією належного права та колізійним принципом тісного зв'язку в англійському МПРП можуть бути корисними для глибшого усвідомлення потенційних можливостей застосування тісного зв'язку в українському національному праві.

Наприкінці XIX століття в англійському праві вперше з'являється ідея застосовувати для вирішення колізій принцип тісного та реального зв'язку. Так, у 1880 році англійський правник Дж. Вестлейк (John Westlake) публікує працю „Вчення з міжнародного приватного права”, де зазначає: „Право, що визначає внутрішню дійсність та юридичні наслідки договору, обирається в Англії, виходячи з міркувань сутності справи, та перевага надається тій державі, з якою правочин має найбільш реальний зв'язок” [9, С. 219].

Проте розвиток прогресивної гіпотези Дж. Вестлейка був відкладений на більш пізній час через надмірну революційність ідеї англійського вченого про застосування тісного зв'язку для визначення права. Крім цього, необхідно враховувати, що на кінець XIX століття проблема гнучкого колізійного регулювання ще взагалі не була сформульована ані у теорії, ані у практиці англійського міжнародного приватного права. Відтак, майже до середини XX століття у англійському МПРП панівною колізійною доктриною залишалася теорія належного права (*proper law theory*), а принцип тісного зв'язку радше перебував у її тіні. Водночас, незважаючи на те, що дана теорія по суті перешкоджала запровадженню гіпотези про тісний зв'язок, між цим двома інструментами об'єктивного визначення застосовуваного права, на нашу думку, проглядається очевидний та стійкий генетичний зв'язок. Більш того, аналіз процесу формування колізійного принципу тісного та реального зв'язку неможливий без комплексного та всебічного дослідження його взаємозв'язків із англійською доктриною домислюваного наміру (*doctrine of presumed intention*), теорією намірів у суб'єктивному (*subjective theory of intent*) та об'єктивному значенні (*objective theory of intent*), які в теорії та практиці англійського МПРП розглядаються як складові та окремі стадії розвитку теорії належного права.

Аналізуючи розвиток теорії належного права, французький вчений А. Наусбам оцінив її як один з найбільш вагомих внесків англійської науки до загальної теорії МПРП. Інший вчений – Д. Моріс, уточнюючи думку свого попередника щодо унікальності доробку англійського права, наголосив, що найбільш цінною частиною теорії належного права слід вважати саме ту, яка стосувалася об'єктивного визначення права за відсутності вибору сторін [6, С. 199].

На ранніх етапах розвитку теорії належного права ґрунтувався на доктрині домислюваного наміру сторін (*presumed intention*), виникнення якої пов'язують з економічним принципом *laissez-faire*, що в англійському приватному праві надавав абсолютного значення ідеї свободи договору. В англійському колізійному праві цей бентамівський принцип суттєво вплинув на формування у XIX столітті суб'єктивної доктрини належного права (*subjective approach of proper law theory*).

Відповідно до цієї доктрини при встановленні права, що підлягає застосуванню, абсолютне значення надавалося саме наміру сторін. Так, якщо сторони зробили вибір права, яке підлягає застосуванню в очевидній формі, то англійський суд мав застосовувати таке право. За умови, коли сторони не змогли обрати право, суд повинен був припустити або домислити наміри сторін.

Прикладом застосування суб'єктивної доктрини належного права у судовій практиці є рішення у справі *R. v International Trustee*, в якому лорд Аткин зазначив наступне: „...Теорія належного права добре обґрунтована в англійському праві. Таким правом вважається право, застосування якого входило до наміру сторін. Намір сторін має бути виведений з наміру, який виражений у договорі і у випадку, якщо такий намір існує, він повинен бути визначальним (для судді – Д.П.). ... У випадку, якщо жодного наміру не було виражено сторонами, такий намір мав бути припущений судом та виведений з умов договору і супутніх обставин” [7, С. 9].

Аналіз практики застосування англійськими судами доктрини домислюваного наміру показує, що останні у якості техніки об'єктивного визначення застосовуваного права використовувала цю доктрину, як мінімум, у двох категоріях справ: а) справах, де вибір сторін існував, проте був зроблений у прихованій або нечіткій формі (*intention case*) та б) справах, де сторони не зробили вибору взагалі (*no choice case*). Однак, як стверджує канадський професор Дж. Блум, на ранніх етапах розвитку доктрини домислюваного наміру поділ справ на справи, в яких існував реальний намір сторін, проте він не був очевидно та ясно висловлений, та на справи, де сторони взагалі не думали та не обговорювали здійснення вибору права у будь-якій формі, не був помітним. Більше того, друга категорія справ, де сторони взагалі не мали навіть наміру визначити право, тривалий час вирішувалася за рахунок того, що англійський суд застосовував теорію намірів сторін та де-факто приписував сторонам нібито їх намір. Відтак, поділ між справами, де вибір був присутній, але не був явно висловлений, та справами, в яких сторони не висловили наміру взагалі, на думку канадського професора Дж. Блума, став важливим після того, коли доктрина домислюваного наміру сторін поступилася місцем більш об'єктивній формулі – принципу тісного та реального зв'язку [1, С. 170].

Повертаючись до аналізу сутності та природи доктрини домислюваного наміру сторін, стає очевидною деяка подібність цієї колізійної доктрини із теоретичними настановами автономії волі. Співставлення прихованого наміру сторін, який повинен виводитися суддею з обставин та умов договору, з вибором сторін, який, відповідно до поглядів Ш. Дюмулена, міг також бути прихованим або бути висловленим у вигляді мовчазної згоди (*Tacit Agreement*), лише підсилює відчуття подібності. Американський професор К. Янгер, розглядаючи схожість інститутів автономії волі сторін та теорії наміру сторін, дійшов цікавого висновку. Він слушно припускає, що мотивом появи доктрини домислюваного наміру було прагнення англійських юристів поширити позитивний ефект автономії волі на ті випадки, коли сам факт існування вибору сторін був сумнівним, тобто на об'єктивний метод вирішення колізії. Разом з тим, суддівське прагнення до використання теорії намірів, на нашу думку, доцільно розглядати як спосіб, за допомогою якого судді намагалися уникнути практичних проблем, що притаманні будь-якій об'єктивній методології визначення застосовуваного права, зокрема: механічності колізійної норми, справедливості колізійного врегулювання, справедливості матеріального врегулювання тощо. До речі, доцільно зауважити, що саме цих проблем позбавлена теорія автономії волі *ad initio*.

Водночас добрі наміри суддів поширити позитивні ефекти автономії волі на колізійну теорію намірів сторін призвели до виявлення інших, доволі суттєвих недоліків останньої.

Саме до одного з таких недоліків доктрини домислюваного наміру привертає увагу англійський суддя Потер

під час розгляду справи "Saul v. His Creditors". Він справедливо наголошує, що приховані наміри сторін існують тільки в уяві суддів [4, С. 57]. Фактично він має на увазі те, що застосовуючи цю теорію, англійські судді були змушені припускати наявність наміру у конкретній справі, навіть тоді, коли такого наміру не було, створюючи у такий спосіб правову фікцію у судовому рішенні.

Згодом занепокоєння суддів щодо теорії намірів сторін знайшло відображення у доктрині англійського колізійного права. Піддаючи критиці цю теорію, провідні англійські вчені Дж. Чешир та П. Норт вказують, що штучність логічних побудов або використання фікції можуть ставити суддю в незручне становище, для чого немає жодних підстав [10, С. 260]. По суті доктрина домислюваного наміру принижувала роль та значення англійського судді під час вирішення конкретної справи, оскільки відводила йому функції ретранслятора намірів сторін.

Окрім цього, під час судового розгляду траплялися практичні труднощі при встановленні спільного наміру сторін. Зокрема, на етапі судового розгляду нерідко складним та майже неможливим завданням виявлявся пошук наміру сторін, оскільки принцип змагальності сторін у ході процесу заважав відшукати спільний намір сторін: адвокати позивача, як правило, доводили суддям вигідні їм правові позиції щодо вибору права, а адвокати відповідача наполягали на протилежних. Нарешті, теорію намірів значно послаблювали, з одного боку, обов'язковість посилання лише на один "оголений" намір сторін регулюючи правовідносини певним чином, а з другого, – необґрунтоване і суцільне ігнорування усіх інших об'єктивних прив'язок (факторів) та обставин справи. При цьому ігнорувалися не тільки обставини, що могли надати судді вказівку для визначення належного права, але й той факт, що явно висловлений вибір сторонами права міг мати ознаки недобросовісності або бути зробленим із умисним бажанням оминати обов'язкові приписи права.

На початку ХХ століття в англійському праві з'являється тенденція до об'єктивізації теорії належного права. Під впливом негативних наслідків, які стають немінучими унаслідок наявності абсолютної свободи суб'єктивного вибору права (наприклад, вибір права здійснений сторонами з метою обходу закону або вибір права, не пов'язаного зі справою тощо), англійські суди відмовляються від суб'єктивізму та тенет фіктивності при встановленні домислюваного наміру сторін на користь більш об'єктивного визначення наміру.

На думку судді лорда Райта, різниця між суб'єктивною та об'єктивною доктринами теорії наміру сторін була подібною до різниці між філософськими поняттями "суб'єктивне" та "об'єктивне". Якщо згідно з суб'єктивною доктриною теорії належного права суд має виходити із суб'єктивного та гіпотетичного наміру, який був притаманний конкретним сторонам, то згідно з об'єктивною доктриною теорії належного права суд уводить зовнішній критерій "розумної людини" [2, С. 124], починаючи дослідження питання про вибір права з наміру, який мав би бути притаманним розумним особам.

Англійські колізіоністи наполягають на тому, що поведінка розумної людини передбачає врахування об'єктивного стану справ. Отже, коли йдеться про обрання регулюючого права, розумна людина, як правило, зважає не тільки на власне бажання підкорити договір певному правопорядку, але й на майбутній правовий зв'язок самого договору із певною територією, державою чи правовою системою. Подібну точку зору відстоюють професори Дж. Чешир та П. Норт, вважаючи за потрібне не "змушувати ослідувати гіпотетичну волю сторін, ... а постати перед більш ясною, хоча і

складною, проблемою: вирішити, який намір повинні були б мати розумні особи стосовно належного права, враховуючи всі супутні обставини, які мають відношення до справи" [10, С. 246].

Саме у цьому руслі прагматизації та раціоналізації МПРП слід розглядати подальший розвиток судової практики. З огляду на це, показовим є прецедент *Mount Albeit Borough v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd*, в якому чітко помітне бажання англійського судді надати доктрині домислюваного наміру більш об'єктивного характеру. Англійський суддя зазначає, що сторони могли зовсім не обговорювати питання вибору права під час укладення договору. У такому випадку суд повинен домислити наміри або визначити за сторони належне право, яке вони, як чесні та розумні особи, мали б на увазі, якщо б вони подумали про це питання на момент укладення договору.

Коментуючи зазначені зміни акцентів в англійському колізійному-правовому регулюванні, слід сказати про загальну тенденцію до прагматизації та раціоналізації розвитку МПРП у той історичний період. На перший план теорії належного права все більше виходить нововведений критерій розумної поведінки та запровадження раціонального осмислення вирішення колізії.

Наприкінці першої половини ХХ століття під впливом наукових робіт Дж. Чешира та Д. Моріса англійська судова практика робить другий крок у напрямку застосування принципу реального та тісного зв'язку. В авангарді прихильників об'єктивного тесту на наявність реального зв'язку між правом та справою поряд з указаними науковцями знаходяться також авторитетні судді лорд Деннінг та лорд Сімондс.

В 1949 році лорд Деннінг, ймовірно перебуваючи під впливом теорії локалізації договору, у справі *Boissevain v. Weil* прямо вказує на необхідність виявлення зв'язку між правом та договором. "...Питання про чинність договору, – наголошує він, – залежить від належного права, що регулює такий договір, визначення якого залежить не стільки від місця його укладання або від наміру сторін, скільки від місця, з яким він має найбільш істотний зв'язок" [5, С. 444].

За два роки по тому, у 1951 році, досліджуючи питання колізійного регулювання деліктів, британський вчений Дж. Моріс розкриває потенціал принципу тісного та реального зв'язку. Він наполягає на тому, що для розв'язання колізії у сфері деліктів можна обирати право на підставі правової політики, яка матиме найбільш суттєвий зв'язок з ланцюгом дій та юридичних наслідків. Це явно контрастує з усталеною практикою орієнтації суддів на колізійні правила останньої події, якщо прямо не суперечить їй. Таким чином, чи не вперше в теорії МПРП було висунуто гіпотезу про застосування принципу найбільш тісного зв'язку поза межами договірних правовідносин [6, С. 201].

В 1952 році доктрина реального та суттєвого зв'язку детально аналізується лордом Сімондсом під час розгляду справи *Bonython v. Commonwealth of Australia*. За результатами розгляду цієї хрестоматійної судової справи Таємна Рада узагальнює погляди на те, яким чином англійський суд має обирати право, коли відсутній вибір сторін [8, С.200]. У тексті рішення доповідач по справі – лорд Сімондс слушно зауважив, що належне право – це та система права, на яку зроблене посилання у договорі під час його укладення, або та система права, з якою договір має тісний та найбільш реальний зв'язок.

В сучасній доктрині англійського МПРП висновки лорда Сімондса про об'єктивний вибір права називають не інакше, як формула *Bonython*. Текстуальний аналіз формули вказує на існування двох її частин. Перша

частина формули Bonython (система права, на яку зроблене посилання у договорі під час його укладення), на думку Ентоні Джеффей, стосується випадків прихованого наміру сторін, коли вибір існує, проте зроблений сторонами у нечіткій або прихованій формі, та може виводитись через призму показників, які викривають прихований вибір. У практиці англійського права показниками здійснення прихованого вибору сторонами могли бути: вибір юрисдикції / арбітражу (напр., *Hamlyn v. Tslisker Distillery* (1894), *NV Kwik Tong Handel Maatschappij v. James Finlay & Co.* (1927), *Tzortzis v. Monark Line A/B* (1968), *Compagnie d'Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.* (1970)); стиль документу, специфічні правові інститути, характерні для певної правової системи (напр., *The Industry* (1894), *James Miller v. Whitworth Street Estate* (Manchester) (1970), *Amine Rasheed Shipping v. Kuwait Insurance Co.* (1983)); дійсність зобов'язань (*Hamlyn v. Tslisker Distillery* (1894), *Re Missouri Steamship Co.* (1889), *P&O Steam Navigation Co. v. Shand* (1865), *Sayers v. International Drilling* (1971), *Coast Lines Ltd v. Hudig & Veder Chartering* (1971)) тощо.

Індикатором прихованого вибору вважається застосування спеціального терміну, наприклад, вживання у полісі морського страхування клаузули "слідувати Лондону" (*Follow London*), що зобов'язувала американські страхові компанії дотримуватися розрахунків за претензіями англійських страхових компаній, які застрахували певну частину страхового ризику.

Про намір обрати англійське право також можна було судити, виходячи зі специфічної форми документа або його стилю. На практиці застосування стандартизованих форм фінансових документів *Loan Market Association*, наприклад, договорів позики, синдикаційних кредитів, кредитів на субординаційних умовах, як правило, свідчить про те, що сторони мали намір підкорити правовідносини англійському праву.

Встановлення правопорядку, насамкінець, можна було виводити з дійсності договірних зобов'язань. Англійська практика МПрП вважала, що розумні сторони мають намір підкорити договір тій правовій системі, право якої визнавало би його дійсність (*lex validationis*). Виходячи з цього, у випадку, коли договірні зобов'язання зберігали власну дійсність відповідно до однієї правової системи та водночас втрачали юридичну силу за умови застосування іншої правової системи, суд логічно припускав, що реальний вибір сторін полягав у виборі правопорядку, застосування якого зберігало дійсність зобов'язання.

Серед інших фактичних умов і обставин, які могли, на думку судді, вказувати на здійснення сторонами вибору права у прихованій формі, автори відомого англійського підручника з МПрП Дж.Чешир та П.Норт додатково називають наступні: використання мови, місце проживання сторін (громадянство), характер та місце знаходження предмету договору, валюта платежу, зв'язок з попередніми правочинами або навіть такий факт, що однією із сторін угоди є уряд [10, С. 259].

Зазначені індикатори не мали єдиної оцінки та застосовувалися суддями по-різному при вирішенні окремих справ. Деякі юристи вважали, що кожен із зазначених індикаторів може одноосібно, у залежності від конкретних обставин справи, вказувати на право, що підлягає застосуванню. Водночас інші судді наполягали на тому, що індикатори вказують не на право, що підлягає застосуванню, а на зв'язок справи із певною юрисдикцією. Відтак лише сукупний аналіз зв'язків, на думку останніх, давав можливість обрати право. Таким чином, техніка прихованого вибору не тільки не вказувала на

вибір належного права, але й вносила непорозуміння у те, яким чином застосовувати другу частину формули Bonython. [3, С. 532].

Друга частина формули Bonython (система права, з якою угода має тісний та найбільш реальний зв'язок), за твердженням Е.Джеффей, стосується випадків встановлення належного права більш об'єктивним способом, наприклад, спираючись не на намір сторін, а на виключно об'єктивні елементи договору як-то: місце виконання, місце укладення, а також зв'язок сторін з державами. В основі визначення тісного та реального зв'язку лежить прийом локалізації правовідносин, відповідно до якого місцезнаходження "центру ваги зобов'язання", а також правова система, яка має тісний зв'язок із правовідносинами, визначаються за сукупністю об'єктивних елементів договору. Фактично при локалізації йдеться про групування існуючих об'єктивних критеріїв, що містяться (виражаються) у самому договорі, його умовах [3, С. 531, 533].

Описуючи механізм дії теорії локалізації у договірних правовідносинах, П.Чешир зазначає: "...Сторони самостійно, завдяки власним діям, локалізували договір в тому сенсі, що вони встановили низку колізійних прив'язок з тією чи іншою країною, та розташували його (договору – Д.П.) центр ваги у тій країні, де такі колізійні прив'язки є найбільш стійкими та виразними [2, С. 122]".

Дослідження показують, що серед таких об'єктивних елементів англійська доктрина виокремлює наступні: порядок укладення договору, порядок його виконання, факти та події, що пов'язані з договором та вказують на його локалізацію і його належність до певної правової системи.

Слід відзначити, що з моменту ухвалення судового рішення у справі Bonython, словосполучення "тісний та реальний зв'язок", "найбільш значний" та інші подібні терміни стають звичайними кліше у текстах рішень англійських судів.

Завершальний етап розвитку принципу тісного та реального зв'язку пов'язаний з розглядом справи *United Railways of Havana & Regal Warehouses*. У 60-ті роки XX сторіччя відбувається удосконалення та оптимізація формули Bonython. Так, лорд Деннінг усуває із структури двочленної формули її першу частину, відповідно до якої англійський суд виводив право у тих категоріях справ, де сторони зробили його у нечіткій формі (*intentional cases*). Лорд Деннінг роз'яснює, як треба проводити тест на тісний та реальний зв'язок права з обставинами справи, відзначаючи, що "зміст зобов'язання повинен визначатися належним правом договору, тобто системою права, з якою угода має тісний та реальний зв'язок... За умови, якщо очевидного посилання на регулююче право немає, воно має виводитися з усіх обставин цієї справи" [5, С. 445]. В історичному контексті лорд Деннінг по-суті повертається до ідеї Дж. Вестлейка про застосування тесту на реальний зв'язок права із обставинами справи до усіх категорій справ, де відсутній явно виражений вибір сторін.

Аналіз формули тісного та реального зв'язку показує, що цей інструмент вирішення колізії позбавлений рис фіктивності та гіпотетичності об'єктивного вибору, оскільки в його основі лежить локалізація об'єктивних елементів договору. Разом з тим, слід зауважити, що сутність цього принципу усе ж таки залишалася в англійському колізійному праві недостатньо з'ясованою.

По-перше, центральне поняття принципу – поняття "зв'язок" потребує додаткового тлумачення. На цьому наголошує канадський вчений Дж. Блум, коли ставить питання про те, який саме зв'язок лежить в основі нового механізму визначення належного правопорядку:

а) зв'язок справи зі сторонами; б) зв'язок справи із територією; в) зв'язок справи із державою. Якщо припустити, що в основі принципу тісного та реального зв'язку лежить теорія локалізації, тобто наявний географічний характер зв'язку з певною суверенною територією, тоді формула справи *Bonython* повертається до квазітериторіальної доктрини, що однозначно оцінюється Дж. Блумом як регрес в МПРП.

По-друге, існує проблема різної методології встановлення тісного та реального зв'язку. Зокрема, можна говорити про два методи визначення тісного зв'язку справи із правовою системою: перший – застосування прийому локалізації договору *per se*; другий – комбіноване застосування прийому локалізації договору разом із додатковою перевіркою результатів колізійного рішення на предмет їх відповідності критеріям зручності та ділової ефективності.

Перший метод ґрунтується на пошуку (локалізації) центру ваги зобов'язання. В свою чергу визначення центру ваги договору може здійснюватися за рахунок застосування різних технік.

З одного боку, при визначенні центру ваги зобов'язання широкого використання набула техніка, за якою спершу виявляються колізійні прив'язки до різних держав і на підставі їх мажоритарної більшості встановлюється та держава, яка має найбільший зв'язок із правовідносинами. У такому випадку англійська судова практика фактично спирається на просту арифметичну більшість зв'язків правовідносин із певним правом (правовою системою).

З іншого боку, може застосовуватися альтернативна техніка визначення центру ваги зобов'язання, згідно з якою спочатку виявляються колізійні прив'язки до різних держав, а надалі з-поміж них обирається та колізійна прив'язка, яка, на думку судді, є вирішальною у конкретній справі. Як правило, в англійській літературі та текстах судових рішень такі прив'язки іменують епітетами: життєво важлива (*vital connection*), істотна (*most impressive*), стійка (*enduring*), що віддзеркалює їх значимість для вирішення колізійної справи.

Узагальнення англійської судової практики свідчить, що суддями найчастіше в якості вирішальних використовуються колізійні норми *lex loci solutionis* (напр., *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co* (1891), *Miller v. Whitworth Street Estate* (1970)) та *lex loci contractus* (напр., Див.: *Jacobs v. Credit Lyonnais* (1884), *Sayers v. International Drilling Co* (1971), *Coast Lines v. Hugig & Veder* (1972)).

Застосування такої альтернативної техніки спостерігається у добре відомій фахівцям справі *the Assunzione*. Відповідно до фабули справи *the Assunzione* французькі фрахтувальники вимагали від італійського власника судна компенсації збитків за недопоставку вантажу (зерна), яке транспортувалося з Дункірка до Венеції. Суд мав обрати застосовуване право. Ситуація ускладнювалась тим, що з аналізу правовідносин виявлялося існування численних колізійних прив'язок, які вказували на застосування протилежних правових систем: французької або італійської. З одного боку, переговори щодо договору фрахту відбулися у Франції та Італії, договір був укладений в місті Париж (Франція), коносамент – додаток до договору – був вчинений у Франції, договір укладений англійською мовою, а коносамент – французькою, а з іншого, – судно було італійським, вантаж був відвантажений у Франції та поставлений до Італії, послуги фрахта оплачувалися в Італії, в італійських лірах. Із наведеного розмаїття точок локалізації договірних відносин апеляційний суд урахував, що важливе та вирішальне значення мають форма платежу, місце платежу та валюта

платежу. Таким чином, платіж мав бути здійснений в італійських лірах в Італії, до того ж судно було зареєстровано в Італії та вантаж мав поставлятися до італійського порту. Відповідно ці прив'язки зумовили застосування італійського права до розгляду справи.

Незважаючи на те, що різниця між двома описаними техніками в теорії чітко окреслена та зрозуміла, актуальним для англійського колізійного права залишається практичне питання, поставлене англійським колізіоністом Е. Джаффеем: "Чому якась певна прив'язка у комбінації з іншими або ізольовано від інших стає вирішальною або найбільш суттєвою та саме на її підставі відбувається визначення права, що підлягає застосуванню?" На жаль, це питання не отримало належної відповіді та залишається відкритим. По суті дотепер залишається нез'ясованим та раціонально необґрунтованим питання про те, чому в одному випадку визначальну роль відводять арифметичній сукупності колізійних прив'язок, а в іншому визначальною вважається окрема колізійна прив'язка. Отже, можна констатувати, що в англійському МПРП при розгляді конкретної справи відсутня єдина шкала вимірювання відносної цінності та важливості кожної з колізійних прив'язок.

Другий метод встановлення тісного та реального зв'язку передбачає комбіноване застосування прийому локалізації із коригуванням отриманого результату на предмет відповідності критеріям зручності (*convenience*) та ділової ефективності (*business efficacy*). Зародження такої техніки спеціалісти пов'язують із розглядом справи *The Adriatic* (1931 рік). В цій справі суддя-лорд Лангтон стверджує, що двоє ділових людей неодмінно намагаються вирішити питання, у тому числі і щодо застосовуваного права, у найбільш зручний для них спосіб. Додатково суддею вводяться такі критерії об'єктивного вибору, як зручність та ділова ефективність [2, С. 124].

Такий метод знайшов практичне втілення через декілька десяти років у прецеденті *Offshore International SA v Banco Central SA* (1976 р.). У цій справі суддя лорд Анкер визнавав право, що застосовується до операцій за акредитивом. У процесі встановлення права він стверджує, що Іспанія, іспанське право та іспанський банк-емітент акредитиву є джерелом (місцем) виникнення зобов'язання. Проте центр ваги зобов'язання знаходиться у місці його виконання, яке для операцій, пов'язаних із акредитивом, буде співпадати із місцезнаходженням американського підтверджуючого банку (США, штат Нью-Йорк), оскільки у цьому місці будуть пред'являтися документи бенефіціаром та здійснюватися платіж банком за акредитивом. Він мотивує вибір на користь американського права тим, що застосування іспанського закону завдасть значні незручності при виконанні операції, оскільки підтверджуючий банк, який має здійснювати виплати за акредитивом, буде змушений застосовувати іноземне право, а отже, усю множинність іноземних законів.

Водночас в іншому судовому прецеденті – *Sayers v. International Drilling Co.* лорд Деннінг, локалізуючи договір, наводить у тексті судового рішення наступні колізійні прив'язки: "...а) переговори щодо укладення договору були проведені в Англії; б) договір був укладений англійською мовою; в) зарплата працівнику, який мав англійське громадянство, виплачувалася в англійських фунтах; г) працівник був застрахований за програмою Національного англійського плану страхування; д) працедавцем був громадянин Данії, однак, місце здійснення підприємницької діяльності (діловий центр) знаходився у Лондоні, документація у відношенні працевлаштування зберігалась у Лондоні" [3, С. 535]. Якщо спиратися на арифметичну більшість зазначених колі-

зійних прив'язок, то стає очевидним необхідність застосування англійського права як регулюючого, проте суддя дотримується іншої думки з цього приводу. Він визначає, що застосуванню підлягає право Данії, оскільки це цілком зумовлене критеріями зручності та ділової ефективності. Аргументуючи такий вибір, суддя роз'яснює, що датський працедавець використовував типову форму трудового контракту та її стандартні умови: англійську мову контракту, англійську національну валюту та англійську страхову компанію при укладенні трудових контрактів із працівниками з різних кінців світу, оскільки саме у такому разі усі договірні відносини між працівником та працедавцем підкорялись би одному праву, що, зрозуміло, було зручним та ефективним для усіх сторін, включаючи працедавця.

Таким чином, на прикладі наведених судових справ бачимо, що при вирішенні питання про право, що підлягає застосуванню, отримані результати внаслідок локалізації договору коригуються за допомогою критеріїв зручності та ділової ефективності, які є по суті визначальними для обрання того чи іншого права. Водночас зазначимо, що ці два додаткові критерії визначення тісного та реального зв'язку, виведені англійськими суддями, справедливо піддаються критиці за те, що їх зміст та сутність не були чітко доведені [3, С. 539] ані у цій справі, ані у наступних. Так, у декількох справах *The Adriatic* (1931), *Sayers v. International Drilling Co. N.V.* (1971), *Offshore International-SA v. Banco Central SA* (1976), де ці критерії були визначальними при здійсненні вибору, судді не пояснювали, чому вони надавали перевагу саме цим критеріям перед іншими.

Як демонструє загальний аналіз доктрини тісного та реального зв'язку, в основу двох методів визначення

реального та тісного зв'язку справи з правовідносинами покладено протилежні цілі. Якщо перший метод (визначення тісного зв'язку через пошук (локалізацію) центру ваги зобов'язання) більше зорієнтований на врахування та задоволення інтересів держави, то другий – (визначення тісного зв'язку через призму критеріїв зручності та ділової ефективності), спрямований на забезпечення та дотримання інтересів сторін.

На нашу думку, викладений аналіз застосування принципу тісного та реального зв'язку в Англії є особливо цінним тому, що дає можливість краще зрозуміти та осмислити підходи сучасної загальноєвропейської кодифікації з питань вибору права у договірних відносинах, оскільки проект Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань (1980 р.), готувався із урахуванням унікального теоретичного та практичного досвіду англійського МПРП.

1. Blom J. Choice of Law Methods in the Private International Laws of Contract // *Canadian Yearbook of International Law*. – Vol. 18. – 1980. – P. 96-180.
2. Cheshire G.C. The Significance of the Assunzione // *British Yearbook of International Law*. – 1955. – Vol. 32. – P. 124-290.
3. Jaffey A.J.E. The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention // *International and Comparative Law Quarterly*. – Vol. 33. – P. 531-557.
4. Juenger F.K. Choice of Law and Multistate Justice. M. Nijhoff Publ., Dordrecht 1992. – P. 265.
5. Mann F.A. The Proper Law in the Conflict of Laws // *International and Comparative Law Quarterly*. – 1987. – № 36. – P. 437 – 451.
6. Morris J.H.C. The Proper Law of Contract: A Replay // *International Law Quarterly*. – 1950. – Vol. 36, № 3. – P. 197-207.
7. Schmitthoff C.M. New Lights on Proper Law // *Manitoba Law Journal*. – 1968. – Vol. 3. – P. 1-16.
8. Spiro E. The Proper Law of the Contract and Renvoi further Comments on the *Amin Rasheed Shipping Case* // *International Comparative Law Quarterly*. – 1984. – Vol. 33. – № 1. – P. 199 – 202.
9. Wastlake J. A. Treatise on Private International Law. 2-th edition – P. 219.
10. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Дж. Чешир, П. Норт; пер. с англ. С. Н. Андрианова; под. ред. Богуславского М.М. – М.: Прогресс, 1982. – 496 с.

Надійшла до редколегії 07.06.10

Я. Гудов, докторант

ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА ЯК ЧИННИК СВІТОВОГО РОЗВИТКУ

У статті висвітлено деякі питання стосовно проблеми співвідношення національного законодавства України з європейським через призму понять "гармонізація", "наближення" та "адаптація". Аналізується стан розроблення загальнодержавної програми реформи правової системи України в контексті, комплексної оцінки та загальної характеристики всього масиву міжнародних конвенцій, зокрема Ради Європи. Визначено заінтересованість міжнародних європейських організацій та українського керівництва у найшвидшій інтеграції України в Європу.

Ключові слова: європеїзація українського права, єдиний економічний простір, єдиний правовий простір, національна правова система, імплементація.

В статье изложены некоторые вопросы относительно проблемы соотношения национального законодательства Украины с европейским через призму понятий "гармонизация", "приближение" и "адаптация". Анализируется состояние разработки общегосударственной программы реформы правовой системы Украины в контексте комплексной оценки и общей характеристики всего массива международных конвенций, в частности Совета Европы. Определены заинтересованность международных европейских организаций и украинского руководства в скорейшую интеграцию Украины в Европу.

Ключевые слова: европеизация украинского права, единое экономическое пространство, единое правовое пространство, национальная правовая система, имплементация.

The article highlights some issues regarding the problem of correlation with the national legislation of Ukraine through the prism of European notions of "harmonization", "convergence" and "adaptation". Analyzed state of development of national program reform Ukraine's legal system in the context of integrated assessment of general characteristics of the entire array of international conventions, in particular the Europe. Defined international European interest organizations and the Ukrainian leadership in the quickest of Ukraine's integration into Europe.

Keywords: europeanization of Ukrainian law, a single economic space, a single legal space, the national legal system, implementation.

Термін "європеїзація", як і багато інших, запозичених з іноземних мов, стає сьогодні чи не найпоширенішим у нашому науково-практичному вживанні стосовно будь-яких питань – політики, економіки, управління, освіти і т.п. Проте, якщо у країнах Західної та Центрально-Східної Європи існує незліченна кількість публікацій з європеїзації, зокрема, національної держави, національних парламентів, національних галузей права – цивільного, приватного, кримінального, адміністративного, конституційного і т.п., національних інституцій, питань імміграції, досліджень промислової політики, розширення на-

дання допомоги, регіонального і просторового планування, національних політик у сфері навколишнього середовища, профспілок, країн, що приєднуються тощо, то аналогічні наукові розвідки в Україні лише починають розвиватися. Тому зараз досить складно визначити коло вітчизняних науковців, які не те, що спеціалізуються на питаннях європеїзації тих чи інших сфер суспільного життя, та, зокрема, сфери державного управління, але хоч би більш менш наближувалися у своїх розробках до суті цих важливих проблем. Поодинокі публікації, що починають з'являтися, міс-

тять в основному розмірковування загального характеру та заклики до необхідності європеїзації й активізації дій у цьому напрямку.

З огляду на таку ситуацію видається необхідним на цьому етапі розглянути окремі, найбільш узагальнені питання європеїзації, зокрема, у сфері правової нормотворчості. Завдання цієї статті зводиться до вивчення впливу євроінтеграційного процесу на державне управління в Україні (тобто європеїзації) як прояву однієї із закономірностей світового розвитку, з одного боку, та виявлення відповідних дій національних інституцій щодо сприйняття цьому "європеїзаційному" впливу, з іншого боку.

Аналіз публікацій з цієї проблематики показує, що категорією "європеїзація" усе частіше можна охарактеризувати як ту чи іншу роль держав-членів у процесах ухвалення рішень Євросоюзом. Як зазначає К.Демке, термін "європеїзація" частіше визначається як процес, що має певний політичний, економічний, правовий і культурний наслідок для держав-членів. Тільки в окремих випадках він описується як процес конвергенції у розумінні гармонізації і наближення [15, с. 52].

Сьогодні практично не існує у світі країн, які б при вирішенні своїх політичних, економічних та інших проблем не вступали у відповідні відносини з іншими країнами світу та міжнародними організаціями. На фоні тенденції формування єдиного економічного простору спостерігається розширення міждержавного співробітництва. Проте цьому процесу суттєво заважає, серед інших факторів, існуюча різноманітність національних правових систем, їх нездатність швидкої адаптації з міжнародно-правовою.

В ситуації, що склалась, актуалізується необхідність створення єдиного правового простору, в межах якого можна було б швидше досягти ефективної співпраці між державами, які мають різні як економічні, так і правові системи.

Безумовно, що проведення уніфікації існуючих правових систем потребує цілеспрямованої та скоординованої діяльності різних держав і міжнародних організацій. Необхідно буде створити такі юридичні норми, які здатні забезпечити однакове регулювання існуючих у різних державах різноманітних суспільних відносин. При цьому хотілось би зауважити, що така робота сприятиме розвитку міжнародного співробітництва, запобіганню виникненню різного роду юридичних колізій. Звичайно, правова уніфікація не обов'язково повинна мати універсальний характер. Вона може розмежовуватись як за своїми цілями, так і масштабами. По окремих напрямках суспільних відносин уніфікація може носити глобальний характер, а по інших – охоплювати держави регіону або діяти в рамках певних міждержавних об'єднань.

Варто зауважити, що як у вітчизняній, так і у зарубіжній літературі немає єдності щодо вживання термінів, які б адекватно відбивали певні дії, процедури, етапи, явища і т.п., що застосовуються в інтеграційному процесі у найрізноманітніших сферах суспільного життя держав-членів та держав-претендентів на вступ у Євросоюз. При цьому можна зустріти такі найбільш вживані в різному контексті англійські та українські терміни, як *adaptation* – адаптація, пристосування, *harmonization* – гармонізація, *approximation* – наближення, наближення, *convergence* – конвергенція, збіжність, *unification* – об'єднання, уніфікація, *implementation* – здійснення, виконання тощо [6, с. 95].

Очевидно, що навіть дуже поверховий аналіз цих термінів через призму їхньої етимології дає підстави для різноманітного сприйняття змістовного наповнення з численними сутнісними відтінками, що в кінцевому

варіанті робить їх абсолютно відмінними один від одного. Натомість, їх довільне використання у науково-практичному вжитку лише ускладнює ситуацію. З іншого боку, не може бути ілюзій стосовно хоч якоїсь визначеності, упорядкованості й чіткості у використанні цих термінів дослідниками, позаяк при цьому превалюють суб'єктивні чинники. Тому пропонується розглядати деякі проблеми співвідношення національного законодавства з європейським через призму понять "гармонізація", "наближення" та "адаптація", позаяк існують певні наукові доробки з цих питань зарубіжних вчених.

По-перше, ідеї гармонізації національних правових систем з правовою системою ЄС втілюються шляхом забезпечення національної самобутності народів, реальної захисту основних прав і свобод громадян Євросоюзу, насамперед їх прав на вільне пересування по території держав-членів та активну участь у європейських політичних процесах на місцевому і союзному рівнях.

По-друге, гармонізація права ЄС з національними правовими системами досягається не примусовим узгодженням відповідних правових норм, а шляхом добровільної відмови держав-членів від частини своїх повноважень, пов'язаної з економічною та політичною діяльністю. Внаслідок такого підходу відбувається розумний розподіл законодавчих повноважень і відповідальності між національними та наддержавними структурами [11, с. 157].

Розглядаючи проблему створення єдиного правового поля, необхідно враховувати той факт, що у світі існує декілька національних правових систем.

Безперечно, найстарішою та найпоширенішою правовою системою є континентальна [8, с. 92]. Для неї характерна нормативна упорядкованість, структурованість джерел, усталені демократичні правові принципи, а також наявність чіткої юридичної техніки. Головними носіями зазначеної системи є Німеччина, Франція та ряд інших європейських держав. Вона тією чи іншою мірою має місце у багатьох країнах. В її центрі знаходиться людина із системою її суб'єктивних прав та інтересів, на підґрунті яких формуються суспільні та державні інтереси.

В цілому, як відомо, континентальна система складається з публічного і приватного права, які органічно пов'язані та постійно взаємодіють між собою. Приватне право регулює соціально-економічні відносини, спрямовані на реалізацію прав та обов'язків людини й громадянина, встановлює чіткий статус фізичних і юридичних осіб, забезпечує їх рівність у відносинах між собою тощо. Під публічним правом розуміється система норм та принципів, в яких відображаються державні, суспільні потреби, відносини та інтереси, без забезпечення яких неможливо задовольняти особисті інтереси, а також загальнозначимі інтереси суспільства в цілому [8, с. 93].

До особливостей континентальної правової системи належить її галузева класифікація. Як правило, система права поділяється на галузі, серед яких базовими є конституційне, адміністративне, цивільне, кримінальне право, а також цивільне процесуальне та кримінально-процесуальне право. В межах цієї правової системи велике значення приділяється питанням систематизації законодавства. Як відомо, джерела континентального права мають стійку ієрархію, легко піддаються кодифікації. Найбільшу юридичну силу, звичайно, має конституція.

До інших найважливіших міжнародних правових утворень, що, можна сказати, ефективно функціонують, слід віднести систему загального права, яке поширює свою дію на всі держави та міжнародні організації. Це – ядро всієї міжнародно-правової системи. Важливо за-

значити, що на відміну від континентального права згадана система розвивалася не лише вченими-юристами, а й юристами-практиками. Воно створюється і змінюється загальними зусиллями всіх суб'єктів, міжнародним співтовариством в цілому. Це право спирається на презумпцію універсальності дії його норм, оскільки є правом міжнародного співтовариства в цілому. Тому будь-яка держава зобов'язана поважати це право.

На даний період з врахуванням системи норм і принципів загального права функціонує багато національних законодавств (Англії, США, Канади, Індії, Австралії, ряду африканських держав тощо). В той же час в кожній з цих країн збережено багато специфічного, що віддзеркалює особливості розвитку, географічного положення тієї чи іншої держави, а також впливу на неї регіональних міжнародних структур та інші фактори.

Нині проявляється чітка тенденція зближення окремих елементів згаданих вище правових систем при загальному збереженні і навіть деякому посиленні їхньої специфіки.

Якщо говорити про Європу, частиною якої є і Україна, то в останні роки переважна більшість європейських держав, керуючись спільними національними інтересами, спрямовує свої зусилля на побудову правової системи, яка регулюватиме функціонування принципово нового міждержавного формування – об'єднаної Європи. Зазначена правова система, що дістала назву "Європейське право", складається з численних конвенцій, угод, хартій, кодексів та протоколів до них, розроблених під егідою таких міжнародних регіональних організацій, як Рада Європи, Організація з питань безпеки та співробітництва у Європі, Європейський Союз тощо. Наприклад, правову базу лише однієї Ради Європи становлять близько 173 багатосторонніх угод [16], які, до речі, ми не поспішаємо поки що ратифікувати. На цей час Верховна Рада дала згоду на обов'язковість для України лише тридцятьом з них. Якщо за попередні роки парламент давав таку згоду в середньому не більше як на 4 угоди щороку, то за таких темпів для надання згоди на 143 угоди, що залишилися, знадобиться 35 років (за умови, що за цей час нові угоди взагалі не укладатимуться). Звичайно, незважаючи на активну законотворчість Верховної Ради, питання її ратифікаційної діяльності потребує значної уваги.

Доречно нагадати, що сучасний європейський "правовий простір" – комплексне явище, в якому право Ради Європи хоча і відіграє важливу роль, але воно не становить ні переважну, ні навіть значну за обсягом і нормативним змістом її частину. Тому входження до складових цього простору, наприклад, до права ЄС, або приєднання до численних міжнародних угод універсального рівня, яких тисячі, потребує значної роботи.

Слід зазначити, що особливістю Європейського права є те, що воно виникло та активно розвивається на підвалинах як континентального, так і загального права. Наприклад, питаннями забезпечення прав та свобод людини в рамках Ради Європи займається Європейський Суд з прав людини. В своїй діяльності останній поєднує елементи як континентального, так і загального права. Зокрема, він досить активно використовує в своїй практиці правило прецеденту. Обґрунтування судових рішень відбувається виходячи не тільки з норм відповідних конвенцій, але й принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям суспільної необхідності. Держави-члени Ради Європи, зокрема Україна, зобов'язані визнавати обов'язковість юрисдикції цього суду [17].

Попередньо розглянувши існуючі правові системи, ми вже можемо зробити висновок, що Україна та її

правова система, безперечно, належить до родини континентальної правової системи. Проте в нашій державі приватне право, наприклад, розвинуто вкрай недостатньо. Тривалий час у нас головну увагу приділяли в основному розвитку публічного права. Імовірно, що саме з цим пов'язані великі труднощі впровадження в нашій державі соціально орієнтованої ринкової економіки та підприємництва. Низька правосвідомість населення України в галузі приватного права також стоїть на заваді інтеграції нашої держави до світового економічного простору.

Але незважаючи на це, вже з перших кроків здійснення самостійної зовнішньої політики Україна, усвідомлюючи свій історичний, геополітичний та культурний зв'язок з Європою, розпочала реалізацію стратегічного курсу, спрямованого на поступове входження до політико-економічного та гуманітарно-правового європейського простору. В рамках реалізації цієї мети наша держава набула повноправного членства в 50 міжнародних організаціях, зокрема в різних впливових європейських організаціях, поступово реалізує свій намір вступу до Європейського Союзу [13]. Як відомо, головними передумовами вступу та перебування України у більшості з названих організацій є визнання нашою державою принципу верховенства права, забезпечення прав та основних свобод людини. Особливого значення надається питанням приведення національного законодавства у відповідність з європейськими нормами та стандартами. І тут роботи надзвичайно багато. За даними ряду експертів, для входження у правове поле Європи Україні потрібно прийняти нові або внести відповідні зміни майже до 4 тис. законів та інших нормативно-правових актів. Фактично йдеться про створення цілком нового законодавства, причому у багатьох випадках започаткованого на міжнародних принципах та стандартах, які раніше у практиці нашої держави не використовувалися. Здійснення таких перетворень можливе лише за умови активного зближення законодавства України з правом Європейського Союзу, Ради Європи, Організації з безпеки та співробітництва в Європі та інших європейських міжнародних організацій.

Слід зазначити, що зі свого боку європейське співтовариство задекларувало заінтересованість у розвитку європейського напрямку зовнішньої політики нашої держави. І в цьому плані слід відмітити, що досить значну увагу до розвитку правової системи нашої держави проявляє Рада Європи. Розроблення проектів правової допомоги в цій сфері вона розпочала відразу ж після подачі Україною заявки про вступ до її складу (листопад 1992 р.). За час після прийняття нашої держави до Ради Європи активізувалися двосторонні заходи, спрямовані на поліпшення в ній законопроектної діяльності. В рамках щорічних планів та програм провідні фахівці Ради Європи стали брати безпосередню участь у проведенні експертиз підготовлених українськими юристами законопроектів. Серед інших форм співробітництва слід звернути увагу на проведення взаємних консультацій та багатосторонніх семінарів тощо [18].

Одним з важливих напрямів діяльності цієї міжнародної організації стало намагання залучити європейські держави до вирішення складних питань правової допомоги Україні. Зокрема, у 1999 р. Парламентська асамблея Ради Європи звернулася до ряду впливових міжнародних органів, а саме: Європейського парламенту, Європейської комісії, Європейського банку реконструкції та розвитку, Світового банку, Міжнародного валютного фонду, Конгресу місцевих та регіональних влад, а також Фонду соціального розвитку Ради Європи з пропозицією надати Україні необхідну допомогу. Одночас-

но керівництво згаданої вище міжнародної організації взяло під свій контроль проведення конституційної та судової реформи в Україні, а також питання створення правових основ для інтеграції української держави до європейського простору.

Але в той же час, незважаючи на вжиті заходи, значена діяльність Ради Європи не дає поки що відчутних результатів. Аналогічне становище складається з впровадженням у законодавство нашої держави інших, європейських стандартів існують поза межами правового поля Ради Європи, зокрема, тих, що передбачені Угодою про партнерство та співробітництво України з Європейським Союзом, а також конвенціями та угодами в рамках Організації з безпеки та співробітництва в Європі.

В цілому можна зробити висновок, що, незважаючи на заінтересованість міжнародних європейських організацій та українського керівництва у найскорішій інтеграції України в Європу, зближення національного законодавства з Європейським правом відбувається занадто повільно.

Значні проблеми виникають також у реалізації питань безпосередньої адаптації європейських стандартів у правове поле України. На сьогодні наша держава практично не може навести жодного прикладу повного впровадження ратифікованих конвенцій у національне законодавство. Фактично його зближення і гармонізація з Європейським правом залишається на рівні декларацій та побажань, а приєднання до конвенцій Ради Європи має скоріше політичний, а не правовий характер.

Законодавче затвердження 18 березня 2004 року Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства ЄС [5] містить не зовсім вірне положення про те, що державна політика України щодо адаптації законодавства формується як складова частина правової реформи в Україні та спрямовується на забезпечення єдиних підходів до нормопроєкування, обов'язкового врахування вимог законодавства Європейського Союзу під час нормопроєкування, підготовки кваліфікованих спеціалістів, створення належних умов для інституціонального, науково-освітнього, нормопроєктного, технічного, фінансового забезпечення процесу адаптації законодавства України.

На наше переконання, державна політика щодо адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу формується не лише як складова частина правової реформи, але й таких реформ, як адміністративної, територіальної, судової, муніципальної, що пояснюється декількома причинами. По-перше, саме ці та інші реформи є складовими частинами системного реформування передусім суспільної, державної й соціально-економічної сфер в цілому. По-друге, адаптацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу варто здійснювати у відповідності з Копенгагенськими й Мадридськими критеріями [9], тобто значно ширше й комплексніше, ніж в якості складової частини тільки правової реформи.

На користь саме такого підходу свідчить перелік у Програмі пріоритетних сфер, у яких на першому етапі здійснюється адаптація законодавства України. До цих сфер належать митне право, законодавство про компанії, банківське право, бухгалтерський облік компаній, податки, включаючи непрямі, інтелектуальна власність, охорона праці, фінансові послуги, правила конкуренції, державні закупівлі, охорона здоров'я та життя людей, тварин і рослин, довкілля, захист прав споживачів, технічні стандарти, енергетика, включаючи ядерну, транспорт. Очевидно, що ці сфери виходять далеко за межі правової сфери і фактично відбивають декі-

лька найважливіших національних сфер суспільних відносин [6, с. 292].

Щодо прямої дії ратифікованих міжнародних договорів, багаторічний досвід інших держав свідчить, що безпосереднє застосування ратифікованих міжнародних угод у внутрішньому праві має надзвичайно низьку ефективність. Тому, як вважається, єдиним надійним засобом реального впровадження норм міжнародного права у національне законодавство є розроблення та прийняття відповідних законів.

Найбільш серйозні проблеми виникають у питаннях імплементації європейських конвенцій з питань забезпечення прав та основних свобод людини. На шляху їх практичної реалізації існують великі труднощі, пов'язані з тривалою економічною кризою, а також відсутністю багатьох правових інститутів, механізмів та процедур. В Україні значна частина населення мало обізнана з механізмами правового захисту.

Зміст найважливіших конвенцій з питань захисту прав людини до цього часу невідомий широкому загалу. Існуюча юридична практика засвідчує, що забезпечувати права, не відомі або не доведені до широкої громадськості, неможливо. Для ілюстрації такого стану правосвідомості в нашій державі зробимо посилання на результати загальнонаціонального опитування "Права і свободи людини в оцінках громадян України", яке було проведено у вересні 1999 р. в рамках міжнародного проекту Програми розвитку ООН в Україні "Захист прав людини" [10; 7]. За даними цього дослідження, громадяни України у разі порушень їх прав та свобод в основному звертаються за допомогою до судів та місцевих органів влади. Однак, як ми знаємо, діяльність судів у питаннях захисту прав людини не відповідає вимогам часу і особливо там, де слід застосовувати норми та принципи європейських конвенцій. Негативно позначається на захисті прав людини і те, що в Україні досить слабо розвинутий правозахисний рух. Свій потенціал та можливості у боротьбі за соціально-економічні права трудящих могли б реалізувати професійні спілки. Проте більшість населення України їм не довіряє, вважаючи, що роль профспілок зводиться, як і раніше, до формального представництва інтересів працюючих людей.

Оцінюючи проаналізовану ситуацію, можна зробити висновок, що імплементація норм та стандартів Європейського права у національне законодавство поки що перебуває у початковому стані. Є всі підстави для ствердження, що зазначене питання набуло ознак суттєвої державної проблеми.

Аналіз діяльності по приведенню національного законодавства у відповідність з Європейським правом однозначно засвідчує наявність об'єктивних труднощів у цьому процесі. Перш за все, поки, що держава виявляє свою неспроможність до реалізації проголошеного нею стратегічного курсу, спрямованого на входження до Європейського Союзу. Намагаючись прискорити процес входження до європейських структур, ми фактично зобов'язались у надзвичайно стислі терміни здійснити докорінну перебудову національного законодавства. Проте українська сторона не уявляла і не могла уявити всю складність переходу до відкритої, демократичної правової держави.

Дається взнаки відсутність у нашій державі як сприйнятливої і зрозумілої для всіх верств суспільства концепції європейської інтеграції, так і комплексних програм встановлення та розвитку відносин з міжнародними організаціями Європи з чітко визначеними цілями, завданнями і механізмами їх реалізації. У нас сьогодні відсутні програми гармонізації нашого законодавства з правовими системами тих міжнародних організацій, де

ми вже є їх членами. Зокрема, суттєву шкоду у справі приведення українського законодавства у відповідність з нормами міжнародного права заподіює неузгодженість дій виконавчої та законодавчої гілок влади, спрямованих на забезпечення контролю за дотриманням вимог ратифікованих міжнародних договорів, а також розроблення пропозицій щодо їхньої імплементації у національне законодавство.

Розроблення загальнодержавної програми реформи правової системи України гальмується через відсутність комплексної оцінки та загальної характеристики всього масиву міжнародних конвенцій, зокрема Ради Європи. Відсутність перекладних видань всього масиву європейських конвенцій унеможливує проведення відповідних наукових досліджень. В той же час необхідно зазначити, що і Рада Європи, Організація з питань безпеки та співробітництва у Європі, Європейський Союз та інші міжнародні організації, взявши на себе зобов'язання допомогти Україні в питаннях переходу до європейського правового простору, не зовсім чітко уявляють собі всю складність ситуації, в якій вона перебуває. Насамперед це пов'язано із тим, що європейська спільнота не має належної, своєчасної та повної інформації про процеси, що відбуваються у пострадянському просторі, а в ряді випадків має спотворене уявлення про процеси, що мають місце у законодавчій та виконавчій гілках влади. Складається враження, що значна частина рекомендацій з боку міжнародних організацій, спрямованих на імплементацію норм Європейського права в національне законодавство України, надається на основі використання їхнього досвіду роботи в країнах Центральної та Східної Європи без врахування особливостей суспільно-політичного та соціально-економічного розвитку України. Зокрема, не враховується той факт, що правова система України формується у надзвичайно складних умовах її політичного та економічного виживання [12].

Європейські експерти наголошують на необхідності ратифікації Україною Конвенції Ради Європи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005 [3], яка передбачає впровадження незалежного механізму запобігання цьому ганебному явищу.

"Якщо всі країни Ради Європи ратифікують цю конвенцію, то її положення відразу стануть законодавством у сфері протидії торгівлі людьми у кожній країні, тобто це буде узгоджене законодавство, що дає можливість переслідувати трафікерів згідно з єдиними правилами. Це дуже важливо, оскільки на сьогодні законодавство у цій сфері відрізняється", – сказав представник Європейської Конференції Комісії "Справедливість і мир" при Раді Європи Генрік Альберіус (Франція) [14].

Але незважаючи на це, наша держава повинна все зробити для зближення українського законодавства з Європейським правом. Адже від цього багато в чому залежить ефективність міжнародного співробітництва за участю України та її авторитет в Європі і у світі в цілому [14].

Україна перебуває на етапі пошуку власної національної ідентичності. Інтеграція в європейську й світові структури сприятиме утвердженню української нації та держави в Європі й світі; але йти у Євросоюз слід сильною державою, яка заново самоідентифікувалася як європейська держава і самостійна у своїх рішеннях. Євроінтеграція передбачає не тільки інституційну та юридичну адаптацію до ЄС, а й залучення України до соціокультурних процесів, що відбуваються на теренах

об'єднаної Європи. Перш ніж інтегруватися до Європи чи будь-якої іншої наднаціональної структури, Україна може і повинна сформулювати власний національний проект – модель самодостатньої держави.

Україна знаходиться на етапі пошуку соборності національної ідентичності. Інтеграція в європейські й мирові структури буде способувати утвердженню української нації і государства в Європі і мирі; но йти в Евросоюз необходимо сильным государством, которое заново самоутвердилось как европейское государство и самостоятельное в своих решениях. Евроинтеграция предусматривает не только институционную и юридическую адаптацию к ЕС, но и привлечение Украины, к социокультурным процессам, которые происходят на поприщах объединенной Европы. Прежде чем интегрироваться в Европу или любой другой наднациональной структуры, Украина может и должна сформировать собственный национальный проект – модель самодостаточного государства.

Ukraine is on the stage of search national identity own. Integration in the European and world structures will be instrumental the claim of Ukrainian nation and state in Europe and world; but to go to European Union track by the strong state which anew authentication as the European state and independent in the decisions. Eurointegration foresees not only institution and legal adaptation to EU but also bringing in Ukraine, to the socioculture processes which take place of incorporated Europe. Before to be integrated to Europe or any other over national structure, Ukraine can and must form an own national project – model of the selfsufficiency state.

1. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року.
2. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О. Л. Жуковської. – К.: ЗАТ "ВІПОЛ", 2004. – 960 с.
3. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005 <<http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.5667.1&nobreak=1>>.
4. Угода про партнерство та співробітництво, яка започатковує партнерство між Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами з одного боку та Україною з іншого боку, – підписана 14.06.1994, ратифікована ВР 10.11.1994, набула чинності 01.03.1998. <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=998_012>.
5. Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства ЄС // Урядовий кур'єр. – 2004. – № 74 (2737). – 20 квітня.
6. Грицяк І. А. Європейське управління: теоретико-методологічні засади: Моногр. – К.: Вид-во "К.І.С.", 2006. – 398 с.
7. Інститут Євро-Атлантичного співробітництва: Концепція (Основні державної політики) національної безпеки України <http://www.ieac.org.ua/index.php?id=15&ch_id=17&ar_id=276&as=0>.
8. Кармазіна К. Механізм взаємодії джерел континентального права // Право України. – 2008. – №10. – С. 92 – 96.
9. Міністерство юстиції України: Щодо механізму наближення правової системи України до Європейських норм і стандартів <<http://www.minjust.gov.ua/0/7146>>.
10. Національний Інститут стратегічних досліджень: <<http://www.niss.gov.ua/>>.
11. Опришко В. Ф., Омельченко А. В., Фастовець А. С. Право Європейського Союзу. Загальна частина: Підручник для вищих навчальних закладів. – К., 2002. – 460 с.
12. Опришко В. Питання трансформації Європейського права в законодавство України. // Інтернет-видання "Юриспруденція on-line" 04.01.2004 <<http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=14&d=488>>.
13. Проект при підтримці Європейського Союзу "Європа в серцях українців". Основні напрямки, в яких українське законодавство потребує змін, щоб відповідати європейським стандартам 12.05.2009 <<http://www.esua.info/programs/295-1420.html>>.
14. Україну закликають ратифікувати Конвенцію щодо протидії торгівлі людьми. УНІАН права людини 21.05.2009 <<http://human-rights.unian.net/ukr/detail/190859>>.
15. Demmke Christoph. Undefined Boundaries and Grey Areas: The Evolving Interaction Between the EU and National Public Services / European Institute of Public Administration. – Maastricht– Eipascopie, 2002/2. – 52 p.
16. <http://eu-directory.ea-ua.info/> (Довідник з європейської інтеграції).
17. http://ec.europa.eu/delegations/ukraine/index_uk.htm (Представництво Європейської Комісії в Україні).
18. <http://eu.org.ua/ecu> (Центр європейських досліджень).

Надійшла до редколегії 07.06.10

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 83

Друкується за авторською редакцією

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей. Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали. Рукописи та дискети не повертаються.



Підписано до друку 12.11.10. Формат 60x84^{1/8}. Вид. № 246-2. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 10,7. Обл.-вид. арк. 11,5. Зам. № 210-5400.

Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 32 22; (38044) 239 31 72; (38044) 239 31 58; факс (38044) 239 31 28
e-mail: vpc@univ.kiev.ua