

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 22.11.2010 (протокол № 3)
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

Гриценко І. Кодифікація адміністративного права в історії державотворення в Україні	4
Кохановська О. Поняття та види особистих немайнових прав у цивільному праві України.....	7
Краснова М. Теоретико-правові питання поняття та видів договорів в екологічному праві України	10
Берзін П. Забуті імена київської школи кримінального права (М.Г. Білоусов, О.Д. Щербак, М.М. Абрашкевич, М.В. Литовченко, С.К. Лібіна).....	12
Самохвалов В. До питання про предмет історії права України	15
Дячук Л. Проблема волевиявлення та форми візантійського шлюбу (IV-VII ст.).....	19
Малишев Б. Розуміння права як теологічно обумовленого явища у концепції Богдана Кістяківського	25
Черняк Є. Критерій віку в правових позиціях Конституційного Суду України.....	27
Чехович Т. Передумови та підстави виникнення міжнародно-правової відповідальності.....	31
Резнікова В. Інститут посередництва в правовій доктрині.....	35
Коваленко Т. Колізія нормативно-правових актів земельного законодавства та її вплив на ефективність земельно-правового регулювання.....	39
Єфремов С. Членство в організованому злочинному угрупованні: поняття, критерії визначення, типові прояви	43
Ахтирська Н. Удосконалення розслідування фактів жорстокого поводження відповідно до європейських стандартів.....	46
Марченко С. Тенденції та перспективи законодавчого регулювання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні	49
Мусієнко А. Деякі елементи криміналістичної характеристики злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини	52
Бондарєва М. Реалізація спадкових правовідносин в нотаріальному процесі.....	55
Гринюк В. Окремі питання притягнення суддів загальної юрисдикції до дисциплінарної відповідальності.....	58
Комзюк Л. Гармонізація охорони прав на бази даних у процесі європейської інтеграції: досвід для України	60
Поєдинок В. Деякі проблеми державної підтримки інвестиційної діяльності.....	63
Кравець І. Державне регулювання інноваційної діяльності: окремі проблеми правового регулювання	67
Василина Н. Професійний ризик у нотаріальній діяльності.....	71
Паламарчук Л. Використання спеціальних знань при розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм.....	73
Яцино К. Місце соціології права в системі інших гуманітарних дисциплін	76
Божко В. Дослідження термінологічних відмінностей оплати праці від заробітної плати в наукових працях другої половини XX століття.....	81
Коваленко О. Повторність злочинів: особливості регламентації за кримінальним правом України та окремих зарубіжних держав	84
Дічкова О. Правове регулювання складання проекту державного бюджету України (порівняльний аспект).....	87
Златіна Н. Особливості банківських систем зарубіжних країн (на прикладі Франції, Німеччини, Італії та Швейцарії)	90
Зяярний О. Вина в системі умов господарсько-правової відповідальності	93
Машков А., Машков А. Погляд на юридичну відповідальність, як різновид правовідносин, та його значення для формування сучасної юридичної теорії відповідальності.....	98
Плахтій Ю. Конфедерація як суб'єкт міжнародно-правових відносин	101
Котюк І. Адміністративні послуги як категорія адміністративного права.....	104
Гудов Я. Політико-правові передумови співпраці Європейського Союзу з Україною.....	107

CONTENTS

Grytsenko I. Codification of the administrative law in the history of state formation in Ukraine	4
Kohanovska O. The concept and types of personal non-property rights and their varieties in the civil law of Ukraine	7
Krasnova M. Theoretical and legal questions of concept and types of contracts in ecology Law of Ukraine	10
Berzin P. The forgotten names of the Kiev science foundation of criminal law (N.G. Belousov, A.D. Scherbak, M.M. Abrashkevich, M.V. Litovchenko, S.K. Libina)	12
Samohvalov V. The subject History of Law of Ukraine	15
Dychuk L. The problem of the declaration of will and forms of the Byzantine marriage (IV-VIII century)	19
Malyshev B. Understanding of law as a teleological determined phenomenon in Bohdan Kistiakivskiy's doctrine	25
Chernyk Y. The age as the law rules of Constitutional Court of Ukraine	27
Chehovich T. Grounds and prerequisites for the emergence of international legal responsibility	31
Reznikova V. The institute of mediation in legal doctrine	35
Kovalenko T. The conflicts emergence of the legal acts of land law and overcome to increase the effectiveness of land legal regulation	39
Yefremov S. Membership is in the organized criminal groupment: concepts, criteria determination, most widespread displays	43
Ahtirska N. The improvement of investigation of cruel actions concerning to the European standards	46
Marchenko S. Tendencies and Perspectives of the Legislative Regulation of the Trade Agricultural Production in Ukraine	49
Musienko A. Some elements of criminal characteristics of crimes in the transplantation of organs or tissues	52
Bondareva M. The realization of hereditary legal relationship in notarial process	55
Grynuk V. The topical issues of disciplinary responsibility of judges of general jurisdiction	58
Komziuk L. Harmonization of databases rights protection in the process of European integration: experience for Ukraine	60
Poiedynok V. Some problems of the state support for investment activity	63
Kravetz I. State regulation of innovation activity: some problems of legal regulation	67
Vasylyna N. The occupational hazard in notary action	71
Palamarchuk L. The usage of special knowledge during the investigation of violation of author's right such as illegal reflection and spreading of computer programs	73
Yacino K. The determine of sociology of law in among other humanities	76
Bozhko V. The comparative analysis of terminological differences between labor payment and wages based on the national monographic research that was made during the second part of XX century	81
Kovalenko O. The repeated of crimes: regulation in criminal law of Ukraine and foreign legislation	84
Dichkova O. Legal regulation of composing the state budget of Ukraine project (comparative aspect)	87
Zlatina N. Peculiarities of banking systems of foreign countries (on the example of France, Germany, Italy and Switzerland)	90
Zajarny O. The guilt in the system of causes of economy-legal responsibility	93
Mashkov A., Mashkov A. Look to legal responsibility as variety of legal relationships, and his value for forming modern law theory of responsibility	98
Plahtiy G. Confederation as a subject of international relations	101
Kotuk I. The administrative services are defined as a category of the administrative law	104
Gudov Ya. Political and legal background the European Union Cooperation with Ukraine	107

КОДИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА В ІСТОРІЇ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ

В статті аналізуються проблеми історичного, методологічного, техніко-юридичного характеру процесу кодифікації адміністративного права в історії державотворення в Україні.

Ключові слова: кодифікація, Адміністративний кодекс УРСР 1927 року, кодифікація адміністративного законодавства.

В статье анализируются проблемы исторического, методологического, технико-юридического характера процесса кодификации административного права в истории создания государства в Украине.

Ключевые слова: кодификация, Административный кодекс УССР 1927 года, кодификация административного законодательства.

The issues of historical, methodological and technical and legal character of the administrative law codification process in the history of state formation in Ukraine are analysed.

Key words: codification, Administrative Code of Ukraine of 1927 administrative legislation.

Процеси державотворення безпосередньо пов'язані з формуванням права як системи загальнообов'язкових, формально визначених норм, що походять від держави і нею охороняються. Призначенням права в суспільстві є насамперед закріплення, розвиток і охорона позитивних суспільних відносин, в тому числі тих, що формуються з приводу здійснення державної влади. Провідне місце у розвитку таких відносин належить галузям публічного права, зокрема, адміністративного права, яке регулює суспільні відносини, що формуються переважно у ході реалізації виконавчої влади. Зовнішнє вираження правові норми, в тому числі адміністративно-правові, знаходять у відповідній системі законодавства, яке постійно потребує оновлення і розвитку. Це, в свою чергу, обумовлює об'єктивну необхідність його систематизації, в процесі якої, особливо якщо вона здійснюється у формі кодифікації, можливе удосконалення існуючих норм і розробка нових, більш прогресивних. Щодо кодифікації адміністративного права ще з моменту його виникнення існували проблеми як методологічного, так і техніко-юридичного характеру.

Питання про кодифікацію адміністративного законодавства було поставлено на порядок денний ще на початку 20-х років XX століття, спочатку у РРФСР, а потім і в Україні. При цьому у РРФСР кодифікаційні роботи не завершилися прийняттям Адміністративного кодексу. Це було пов'язано, на думку деяких вчених із загальним станом науки адміністративного права того часу, зокрема, з відсутністю єдиних поглядів на предмет адміністративного права. Доказом цього була наявність різних точок зору щодо змісту проекту майбутнього кодексу. Так, Г.С.Гурвич, вважав, що до радянського Адміністративного кодексу, який він, до речі пропонував назвати Кодексом Радянського Управління, повинен ввійти увесь правовий матеріал, що регулює управління у всіх його галузях та сторонах [1]. О.М.Турубінер більш вузько дивився на його зміст, наголошуючи, що норми останнього повинні регулювати охорону громадського порядку та безпеки, забезпечення соціалістичної законності та діяльність НКВС та міліції [2]. Подібні погляди можна було зустріти і у працях інших авторів. Так, О.Колесніков писав, що кодекс необхідно наповнити нормами, які мають визначати діяльність органів радянської влади, спрямовану на охорону існуючого суспільного ладу за допомогою попереджувальних та частково репресивних заходів, що застосовуються у позасудовому (адміністративному) порядку [3]. У зазначені часи працювали також і автори, які категорично не погоджувалися з ідеєю звести у кодифікованому акті лише норми, які визначають організацію, компетенцію та порядок діяльності НКВС та його органів. Так, К.Архипов з цього приводу писав, що кодифікація такої вузької сфе-

ри норм взагалі не може претендувати на назву "кодексу адміністративного права" і навряд чи була б взагалі теоретично та практично доцільною. Адміністративний кодекс, як і будь-який інший, має стосуватися діяльності цілого ряду Наркоматів [4].

Крім цього, як наголошується у літературі, однією з причин, яка завадила прийняттю кодексу, була психологічна невідповідність працівників апарату управління до його прийняття, які вважали, що Адміністративний кодекс може обмежити їх ініціативу, зв'язати їм руки в умовах класової боротьби [5]. При цьому зазначимо, що матеріал, який був напрацьований у ході підготовчої стадії кодифікаційної роботи, не був розгублений у РРФСР, а став основою цілого ряду затверджених нормативних актів, наприклад Положення про добровільні товариства та союзи, Зведеного закону про ревізію та конфіскацію майна, постанови ЦВК та РНК СРСР про основи дисциплінарного законодавства СРСР та союзних республік, Положення про видання місцевими виконкомми та Радами обов'язкових постанов та про накладення стягнень у адміністративному порядку [6].

Поряд з цим положення проекту Адміністративного уставу Російської Федерації (так був названий у РРФСР проект кодексу) були взяті за основу проекту Адміністративного кодексу УРСР, що певною мірою і визначило основні напрями та методи самої роботи з розроблення законопроекту.

Спочатку плани розробників Адміністративного кодексу УРСР також були досить широкими. Так, наприклад, до проекту пропонувалося помістити навіть главу, яка повинна була регламентувати діяльність адміністративних судів. Однак у процесі подальшої роботи обсяг майбутнього Адміністративного кодексу був дещо звужений, оскільки досить гучно висловлювалися наміри спрямувати майбутній законодавчий акт виключно на регулювання діяльності Народного комісаріату внутрішніх справ та його структурних підрозділів. Викладене свідчить про те, що під час підготовчої роботи з розробки законопроекту погляди вчених та практичних працівників органів державної влади, які брали у ній участь, суттєво відрізнялися. Представники російської школи адміністративного права, які у той час працювали в Україні, намагалися зазвичай зробити майбутній кодекс максимально широким за своїм змістом, вкласти у нього найбільш перспективні досягнення правової науки з метою надання сфері державного управління правового та законного характеру, тоді як представники нової влади категорично не погоджувалися з такими підходами, відстоюючи позиції вузьковідомчого підходу до змісту Адміністративного кодексу. Подальші події показали, що у зазначеній науково-практичній суперечці повної перемоги не вдалося отримати жодній із сторін.

Процес роботи над зазначеним законопроектом був досить інтенсивним. Наслідком такої роботи стала підготовка вже у 1922 році примірної схеми Адміністративного кодексу УРСР, яка на початку 1923 року була розіслана іншим наркоматам та відомствам для ознайомлення. У цьому ж році схема Адміністративного кодексу була відправлена НКЮ УРСР для відзиву НКЮ РРФСР. Самі ж матеріали майбутнього кодексу розсиланню не підлягали, оскільки ще перебували на стадії внутрішньовідомчого доопрацювання. Головним розробником законопроекту було визначено Народний комісаріат внутрішніх справ УРСР.

4 серпня 1924 року проект Адміністративного кодексу УРСР вперше було внесено на розгляд Ради Народних Комісарів республіки. Після обговорення було прийнято рішення, що останній може бути розісланий у губернські та окружні адміністративні органи, зацікавленим наркоматам та відомствам для обговорення та надання зауважень. Наприкінці 1924 року проект Адміністративного кодексу УРСР був внесений у Комісію з розгляду законодавчих пропозицій ВУЦВК, яка майже два роки брала активну участь у його доопрацюванні.

У процесі роботи над проектом до комісії надійшла велика кількість питань та пропозицій щодо вдосконалення конкретних статей майбутнього закону. Усі вони необхідним чином розглядалися та вивчалися. Для розгляду найбільш важливих та специфічних питань у ряді випадків створювалися підкомісії із спеціалістів; результати їх роботи розглядалися потім у Комісії законодавчих пропозицій ВУЦВК. 24 вересня 1926 р. комісія прийняла рішення: "Запропонувати НКВС УРСР протягом 10 днів підготувати остаточну редакцію проекту кодексу і подати його на підпис голові Комісії". 22 листопада 1926 р. проект Адміністративного кодексу був розглянутий у зазначеній Комісії, в результаті роботи якої до проекту було внесено близько 100 поправок та уточнень до 94 статей.

Остаточний підготовлений проект Адміністративного кодексу УРСР був внесений у ВУЦВК, який своєю постановою від 12 жовтня 1927 р. затвердив його як кодекс та ввів у дію на усій території України з 1 лютого 1928 р. [7].

Розробники Адміністративного кодексу УРСР керувалися такими принципами: 1) запровадження революційної законності з метою зміцнення диктатури пролетаріату; 2) надання вольностей трудящим і ущемлення буржуазії; 3) визначення заходів примусу, які є не метою, а засобом і мають тенденції переходу до заходів переконання населення у необхідності добровільного виконання адміністративних приписів; 4) застосування заходів примусу при активному залученні до цього організацій трудящих (профспілки, парторганізації); 5) доведення до відома громадськості даних про заходи примусу; 6) підзвітність адміністративних органів організаціям трудящих; 7) узгодження адміністративної діяльності з інтересами національних меншин, врахування культурних та побутових особливостей місцевого населення; 8) визнання права на оскарження адміністративних розпоряджень за кожною організацією та приватною особою, а не лише за потерпілим; 9) скасування обов'язку отримувати попередній дозвіл на збори організацій трудящих; 10) явочний порядок утворення громадських організацій; 11) спрощення порядку видачі посвідчень про особу міліцією чи сільськими радами з визнанням необов'язковості їх отримання; 12) спрощення порядку реєстрації товариств та спілок селян: у сільраді або райвиконкомі, без опублікування; 13) заміна терміна "адміністративне стягнення" терміном "адмі-

ністративний вплив" і зменшення розмірів адміністративного впливу: із 300 карбованців штрафу і трьох місяців арешту до 100 карбованців і двох тижнів примусових робіт, з оголошенням громадської догани; 14) прискорення процедури оскарження, перегляду і скасування накладеного заходу адміністративного впливу і введення коротшого терміну (два місяці) на його виконання; 15) узгодження заходу адміністративного впливу з майновим становищем винного з правом його зміни в бік зменшення та ін [8, с.158].

Викладене вище дозволяє стверджувати, що Адміністративний кодекс УРСР 1927 р. був наповнений демократичними принципами організації державного управління, які у своїй більшості знайшли закріплення у нормативних актах сучасної Української держави, наприклад, Конституції України [9], Кодексу України про адміністративні правопорушення [10]. До таких принципів можна віднести, зокрема: принцип законності державного управління; принцип участі громадян у державному управлінні, принцип гласності управлінської діяльності, у тому числі і діяльності, пов'язаної з реалізацією адміністративної відповідальності; принцип поєднання переконання та примусу як методів державного управління. Наявність останніх у зазначеному кодексі багато у чому пояснювалася тим фактом, що кодифікація адміністративного права здійснювалася у часи НЕ-Пу, часи, коли наука адміністративного права могла ще здійснювати свій поступовий еволюційний розвиток у відносно вільній формі, позбавлений тотального контролю з боку керівництва країни.

Аналізуючи зміст самого Адміністративного кодексу УРСР [11], необхідно зазначити, що хоча він і не містив у собі усіх норм адміністративного права, але, не дивлячись на це, був досить значущим джерелом адміністративного права, оскільки об'єднав у собі норми, що визначали форми адміністративної діяльності, примусові повноваження адміністративної влади, заходи з охорони революційного порядку, порядок здійснення адміністративного нагляду у галузі промисловості та торгівлі, порядок оскарження незаконних дій адміністрації.

Отже, з викладеного стає зрозумілим, що Адміністративний кодекс містив у собі норми загального характеру, які могли бути застосовані у будь-якій сфері державного управління. Зрозуміло, що не дивлячись на такий досить широкий характер Адміністративного кодексу, останній не міг повною мірою задовольнити усі потреби державного управління, організувати його здійснення у всіх галузях. На вирішення подібних прогалин була спрямована дія інших кодифікованих нормативних актів, які, крім іншого, містили у собі і норми адміністративного права. До таких актів можна віднести, наприклад, Земельний кодекс, Ветеринарний кодекс, Кодекс законів про народну освіту УРСР тощо.

Повертаючись до Адміністративного кодексу зазначимо, що більш менш повно він діяв до кінця 30-х років. Офіційно його не було скасовано, проте надалі його практично перестали застосовувати.

Спроби створити новий Адміністративний кодекс УРСР мали місце і дещо пізніше. Так, у 1947 р. за дорученням уряду УРСР колишні НКВС і НКЮ підготували проект нового Адміністративного кодексу, який зберігав систему Кодексу 1927 р. з доповненням розділами, що регулювали відносини у діяльності міліції щодо здійснення паспортного режиму, правил дозвільної системи, порядку обліку транспортних засобів. Однак цей проект, як зазначалося в літературі [8, с.163], не відповідав новим вимогам і не був прийнятий.

До питання кодифікації адміністративного законодавства повернулися ще раз майже через 20 років. На цей раз підготовка проекту Адміністративного кодексу була покладена на Юридичну комісію при Раді Міністрів УРСР, створену у 1963 році. Розробка зазначеного проекту була, як відмічено у літературі [12], наступною ґрунтовною спробою кодифікації адміністративного законодавства України за часів перебування її в складі СРСР. Як і у 20-х роках, зазначена законопроектна робота характеризувалася наявністю значної кількості іноді досить протилежних поглядів на зміст Адміністративного кодексу. Так, висловлювалися думки, що кодекс має регулювати виключно питання реалізації адміністративної відповідальності. Інші автори відмовлялися від такого вузького підходу, пропонуючи охопити кодифікованим актом увесь спектр адміністративно-правових відносин, у тому числі і тих, які виникають у адміністративно-юрисдикційній сфері діяльності органів державного управління. Деталізуючи останню тезу, окремі вчені наголошували на тому, що до змісту адміністративно-правових відносин мають включатися ті, які виникають між органами державної влади, державного управління, відносини між зазначеними органами та їх посадовими особами, з громадськими організаціями і громадянами [12].

Викладене свідчить, що у 60-х роках ХХ ст. в адміністративно-правовій науці в УРСР існувала чітко окреслена у конкретних законопроектних діях позиція, змістом якої було намагання перебудувати організацію державного управління шляхом її поетапного законодавчого врегулювання. При цьому висувалися цілком конкретні завдання – досягнути такого рівня нормативного регулювання, за якого воно чітко визначало б порядок та умови взаємовідносин між усіма учасниками управлінських відносин, у тому числі між громадянином і суб'єктом державного управління. Але, на жаль, у 60-х роках подібні побажанням не збулися, оскільки законопроектні роботи так і не завершилися прийняттям Адміністративного кодексу.

Наведений історичний екскурс у питання кодифікації адміністративного права дозволяє зробити деякі важливі методологічні та практичні висновки.

По-перше, проведення кодифікаційної роботи сприяло виділенню адміністративного права у самостійну галузь права та його відмежуванню від інших галузей права; по-друге, наслідком такої роботи стало більш-менш чітке визначення предмета адміністративного права і, як наслідок, його методу, що стало підґрунтям наукової діяльності вчених-адміністративістів наступних поколінь; по-третє, видання Адміністративного кодексу та наступні подібні намагання спрямовувалися на приведення управлінської діяльності до одного знаменника, який би виключав наявність різних підходів до визначення правового статусу суб'єктів державного управління, форм та методів їх діяльності; по-четверте, кодифікація адміністративного законодавства мала за мету переведення взаємовідносин громадян та органів управління у площину нормативного регулювання, з встановленням чіткого переліку гарантій, спрямованих на охорону та непопорушність прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб в управлінській сфері; по-п'яте, вагоме місце у кодифікованих нормативних актах відводилося встановленню загальних процедур діяльності суб'єктів управління, тобто поряд з матеріальними нормами запроваджувалися також і процесуальні, спрямовані на підвищення ефективності, оперативності державного управління.

Однак, недивлячись на наявність подібних позитивних моментів, кодифікацію адміністративного законодавства не можна визнати повністю вдалою, оскільки у її підґрунтя не були закладені науково обґрунтовані та апробовані практикою критерії та принципи, яких, до речі, у 20-х роках ХХ століття ще і не могло існувати, через нерозвиненість адміністративного права як галузі науки та законодавства. Крім того, при проведенні кодифікаційних робіт не був врахований той факт, що адміністративне законодавство є надмірно об'ємним за своїм змістом та надмірно нестабільним завдяки специфіці управлінської діяльності, що фактично і перешкодило довговічності існування Адміністративного кодексу УРСР.

Проте на сьогоднішній день питання кодифікації адміністративного законодавства все ще залишається надзвичайно актуальним, що вимагає проведення відповідних законопроектних робіт у цій сфері. При цьому напрямом кодифікаційних робіт, на нашу думку, має бути дещо змінений у порівнянні з окресленими вище спробами кодифікації. У даному випадку необхідно чітко усвідомлювати той факт, що створити єдиний і всеохоплюючий за своїм змістом Адміністративний кодекс неможливо, та і недоцільно з погляду, у першу чергу, на поліцентричність нормативної структури і високу рухомість окремих інститутів адміністративного права. У зв'язку з цим вихід у даній ситуації вбачається у поетапній кодифікації окремих підгалузей, інститутів адміністративного права. А раз так, то, як слушно наголошується у літературі, поняття так званого "Адміністративного кодексу" може використовуватись лише в інкорпоративному значенні. Тобто в значенні, яке наближається до розуміння Зводу адміністративного законодавства або своєрідного "Кодексу кодексів" [13, с.70-71], до змісту якого можуть увійти: Адміністративно-процедурний кодекс, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кодекс державної служби тощо.

Тільки такий напрямом кодифікації адміністративного права, на нашу думку, є перспективним і у той же час єдино можливим як для науки адміністративного права, так і для практики державного управління, на вдосконалення якого і мають спрямовуватися норми зазначених кодифікаційних актів.

1. Гурвич Г.С. К составлению Административного кодекса // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 26-28. 2. Турбинер А. Основные элементы советского административного права // Административный вестник. – 1925. – № 8. – С. 14-22. 3. Колесников А. Административное право РСФСР. (К вопросу о содержании Административного Кодекса). // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 38-41. 4. Архипов К. Организация советского управления. (Первая часть "административного кодекса") // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 32-37. 5. Курицын В.М. Из истории советского административного права // Советское государство и право. – 1981. – № 10. – С. 127-135. 6. Лунёв А.Е. Советская наука административного права за 60 лет // Советское государство и право. – 1977. – № 11. – С. 60-66. 7. Михайленко В.П. К истории создания первого советского Административного кодекса // Советское государство и право. – 1984. – № 12. – С. 108-112. 8. Административное право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Видавництво "Юридична думка", 2004. – 584 с. 9. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 10. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – додаток до № 51. – Ст. 1122. 11. Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського Уряду України. – 1927. – № 63-65. 12. Вовк Ю. Проблема кодифікації адміністративного законодавства України: історичний досвід // Право України. – 2003. – № 12. – С. 120-122. 13. Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім "Ін-Юре", 2002. – 668 с.

Надійшла до редколегії 18.10.10

О. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена поняттю особистих немайнових прав в цивільному праві України та його видам.

Ключові слова: особисті немайнові права; особисті немайнові права фізичних осіб; нематеріальні інтереси; концепція особистих немайнових прав.

Статья посвящена понятию личных неимущественных прав в гражданском праве Украины и его видам.

Ключевые слова: личные неимущественные права; личные неимущественные права физических лиц; нематериальные интересы; концепция личных неимущественных прав.

The paper is dedicated to the concept of personal non-property rights and their varieties in the civil law of Ukraine.

Keywords: personal non-property rights; physical persons' personal non-property rights; non-property interests; concept of personal non-property rights.

Актуальність публікації полягає в тому, що проблема особистих немайнових прав вже не одне десятиліття посідає в українській цивілістиці одне із найважливіших місць. Як відомо, реальне забезпечення прав людини вважається ознакою розвинутої правової держави, результатом побудови демократичних відносин. В будь-якому суспільстві права людини є важливим інститутом, за допомогою якого регулюється правовий статус особи, визначаються способи і засоби впливу на неї, межі вторгнення в особисту сферу, встановлюються юридичні гарантії реалізації та захисту прав і свобод. Виходячи із зазначеного, повага до кожної людини як до особистості має стати нормою повсякденного життя і в Україні, а людина має бути єдиною абсолютною цінністю первісного порядку, відносно якої визначаються всі інші цінності. Основні права і свободи людини належать їй від народження і є невід'ємними, тому забезпечення їх – одна із найважливіших функцій держави.

Розглядаючи так звану "проблему нематеріальних інтересів", відомі цивілісти початку ХХ століття стверджували, що зростання особистості починається із зовнішнього, матеріального. На думку Й.О.Покровського, першими сферами, в яких за особистістю визнавалися суб'єктивні права, були сфери відносин майнових і сімейних. Пізніше, поступово, індивід починає цінувати і нематеріальні, духовні блага, і тоді право починає давати охорону і їм – спочатку часткову, слабу і безсистемну, а потім все повнішу [1, с. 132].

За дослідженнями видатного цивіліста, навіть в римському праві, яке слугує певним прикладом у розробці норм права багатьох інститутів приватного права, духовний бік особистості знайшов лише поверхове відображення. Розвиток римського права відбувався в основі своїй в інтересах торговельного, комерційного обороту, а про ірвіність всіх членів суспільства, що є найважливішою передумовою появи особистих немайнових прав, прав для всіх, незалежно від будь-яких зовнішніх факторів, годі й говорити [1, с. 133].

Між тим, проблема прав людини в усі часи була невід'ємною складовою розвитку людства, набуваючи характерних для різних епох філософських, релігійних або етичних елементів. Тому, зазначаючи безперечну новизну і оригінальність, глобальність сучасних досліджень у сфері прав людини, не слід забувати і про той внесок, який зробили вчені і видатні мислителі попередніх епох у розуміння місця і ролі людини в суспільстві, поняття свободи, честі, гідності. Так, наприкінці ХІХ – на початку ХХ століть цивільне право поширює свою дію не тільки на сферу майнових відносин, але і на нематеріальні, духовні блага, що обумовлює появу перших законів у сфері авторських прав, які встановлюють відповідальність за порушення особистих інтересів, за моральну шкоду, з'являються механізми охорони не-

майнових прав, тобто розпочинається процес реального їх забезпечення.

Найбільшого розвитку досягла концепція особистих немайнових прав людини у другій половині ХХ століття. Друга світова війна показала, до яких трагічних, незворотніх наслідків може призвести неповага до людської особистості, її прав і свобод. Проблема прав людини набула значення міжнародного рівня і це знайшло своє відображення у багатьох міжнародно-правових документах, таких як Загальна Декларація прав людини (10 грудня 1948 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (16 грудня 1966 р.), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права та факультативні протоколи до нього (16 грудня 1966 р.), Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод (4 листопада 1950 р.) та ряді інших.

Звертає на себе увагу той факт, що після закінчення другої Світової війни стали швидко розвиватися універсальні та регіональні інститути, норми міжнародного права, які відносяться до сфери захисту прав людини. Так, у ст.3 Статуту Ради Європи, підписаному в Лондоні 5 травня 1949 р. зазначено: "Кожен член Ради Європи повинен визнавати принцип верховенства права і принцип, у відповідності з яким всі особи, які знаходяться під його юрисдикцією, повинні користуватися правами людини і основними свободами." Більш того, серйозні порушення прав людини і основних свобод можуть бути підставою для призупинення членства держави в Раді Європи, або навіть виключення її із кола учасників.

В цей же період часу і пізніше удосконалюється механізм захисту прав людини: за неможливості захистити свої права згідно національної процедури, стає можливим захистити їх на міжнародному рівні. Для цього створюються спеціальні міжнародні органи, серед яких найважливіші – Міжнародний суд ООН в Гаазі, Європейський суд і Комісія з прав людини у Стразбурзі та ін.

Ще одна характерна особливість цього періоду – це поява нових підходів до забезпечення та захисту особистих прав: відносини в названій сфері починають носити не лише охоронний, але і регулюючий характер. Спостерігається також тенденція до позитивного регулювання цих відносин за допомогою методів приватного права, оскільки воно найкраще здатне охороняти автономію своїх суб'єктів, їхню волю та ініціативу.

Важливо підкреслити, що загалом ХХ століття пройшло під гаслом захисту прав людини. Це не могло не позначитися на позитивній охороні права на ім'я, права авторства, права на власне зображення, права на приватне життя тощо.

Новий зміст приватного права відбився у сучасних кодифікаціях. Позитивним прикладом може слугувати Квебекський цивільний кодекс, який набув чинності у 1994 році. В ньому знаходимо вже 2 розділи (142 статті) Книги першої ("Особи"), які цілком присвячені регулю-

ванню прав особистості. Зокрема, норми щодо недоторканості особи, згоди на медичну допомогу, поваги до прав дітей, поваги до репутації та приватного життя, поваги до тіла людини після її смерті, ім'я людини, доміцилій та місце перебування тощо.

Якщо звернутися до нашої вітчизняної історії цивілістики, то перші спроби регулювання особистих немайнових відносин були зроблені у 60-х роках XX століття і зводилися вони, головним чином, до забезпечення захисту честі, гідності та ділової репутації. Так зване позитивне регулювання цих відносин або взагалі не здійснювалося, або було винесено за межі цивілістичного правового матеріалу, хоча за своїм змістом мало б стосуватися саме цивілістики.

Прагнення створити демократичне суспільство, необхідність всебічного забезпечення прав і свобод людини знайшли свій вираз у 1990 році у Декларації про державний суверенітет України. В свою чергу, 90-ті роки XX століття виявилися надзвичайно сприятливим періодом для української цивілістики, для піднесення, навіть романтичного правосприйняття і правотворення. Підтвердженням тому стала розробка провідними українськими вченими нового Цивільного кодексу України, а Книга друга, присвячена особистим немайновим правам фізичної особи стала перемогою багатовікових прагнень людства про втілення у праві понять моральності, справедливості, ідеї самоцінності кожної окремої особистості.

Надзвичайно важливим є те, що інституту прав і свобод людини належить центральне місце в Конституції України 1996 року, в якій значну кількість статей (близько 30%) становить розділ II "Права, свободи та обов'язки людини і громадянина". Це прискорило розробки і у сфері цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин. У Конституції змінено саме розуміння прав людини як таких, що отримуються нею від держави на концепцію прав людини, які пов'язані із самим фактом її існування, тобто відносяться до основних її властивостей, без яких вона не може бути "членом суспільного союзу". За відсутності прав знищується сама природа людської особистості. Таким чином, людина виступає на сьогодні рівним та вільним партнером держави, а остання має не тільки права щодо людини, але і обов'язки.

Очевидно, що переважна кількість людей сьогодні вважають найбільшою цінністю своє духовне "я", спрямовуючи зусилля на самовдосконалення своєї особистості через духовне зростання. Нематеріальне, немайнове важить для людини не менше, а інколи і набагато більше, ніж матеріальне. Таким чином, оцінка людини як особистості, відчуття свободи, самоповаги – це те, заради чого вона живе, покращує своє матеріальне становище, працює та спілкується. Відчуваючи себе особистістю, людина бажає зберегти свою неповторність, продемонструвати її оточуючим, бути впевненою в оцінці і повазі до себе.

В 2003 році в Україні вперше на рівні Цивільного кодексу було закріплено особисті немайнові права фізичних осіб, визначений їх зміст, гарантії та способи захисту, що стало суттєвим внеском у процес поліпшення чинного цивільного законодавства, приведення його у відповідність з міжнародними стандартами.

В юридичній літературі минулого століття висловлювалися різні думки з приводу можливості і необхідності включення особистих немайнових відносин в предмет цивільного права. В теорії права існували принаймні дві точки зору на предмет цивільно-правового регулювання відносин з приводу нематеріальних благ і пов'язаних з ними особистих немайнових прав. Перша позиція – це те, що цивільне право не регулює, а лише охороняє особисті немайнові права. Інша – що правове

регулювання та охорона прав не можуть протиставлятися, оскільки регулювання означає охорону прав, а їх охорона здійснюється шляхом регулювання відповідних відносин. В Україні вкоренилася думка про те, що цивільне право як регулює, так і охороняє нематеріальні блага. Отже, відносини, які виникають з приводу особистих немайнових прав, не пов'язаних з майновими, є частиною предмета цивільно-правового регулювання.

Питання про можливість регулювання або лише захисту вказаних відносин також набуло свого часу дискусійного змісту. В наш час нормами ЦК може і повинен здійснюватися не лише захист особистих немайнових прав, а й так зване позитивне регулювання, тобто конкретне визначення змісту цих прав і водночас змісту обов'язків, які їм кореспондують.

Проголошення у статті 3 Конституції України людини, її життя, здоров'я, честі та гідності, недоторканності та безпеки найвищою соціальною цінністю зумовило формування у ЦК України окремої Книги, присвяченої особистим немайновим правам фізичної особи. Конституційні права особи мають і цивілістичний вимір як абсолютні цивільні права фізичної особи. Якщо Конституція гарантує право на інформацію, то в цивілістичному вимірі це абсолютне немайнове право особи, яке існує в рамках цивільних відносин між цією особою та всіма третіми особами, включаючи державу, яке має цивілістичні способи захисту.

Отже, досягненням національної цивілістичної думки можна визнати те, що ЦК України уперше на рівні кодифікації цивільного законодавства присвятив врегулюванню особистих немайнових відносин не окрему статтю, а окрему книгу, тому що немайнові права становлять духовну основу суспільства, яка і є передумовою інших прав і свобод. Це слід розглядати як закономірний наслідок розвитку прав людини і гуманітарного права. Положення Книги другої ЦК України, таким чином, сприяють гуманізації відносин між людьми, усвідомленню місця людини як найбільшої цінності у суспільстві, підвищують рівень взаємовідносин між людьми в Україні до рівня загальноєвропейських стандартів прав людини.

Важливо підкреслити, що у правовій демократичній державі законодавство повинно слугувати, перш за все, інтересам людини, а усі аспекти участі людини у нових ринкових відносинах розглядатися у єдності та взаємозв'язку. ЦК України акумулює та регулює усі майнові і особисті немайнові відносини, які виникають і розвиваються на засадах рівності усіх учасників цивільних відносин, тому він є на сьогодні тим фундаментом, на якому будується законодавство у сфері прав людини. Це та частина законодавства, яка визначає саму його структуру та співвідношення в ньому нормативних актів різних видів. Цивільний кодекс являє собою цілісну систему норм, які компонується за єдиними принципами і ґрунтуються на єдиному методі регулювання суспільних відносин; визначає загальні положення, спільні для всіх норм певного роду; виділяє за диференційованими підходами окремі інститути, закріплюючи їх у відповідному порядку.

У Книзі другій ЦК України йдеться саме про норми, які регулюють особисті немайнові та майнові відносини на засадах рівності, диспозитивності, неприпустимості втручання у сферу особистого життя фізичної особи; судового захисту будь-якого порушеного цивільного права; справедливості, добросовісності, розумності тощо. Характерною рисою ЦК України є також те, що ним підкреслюється значення у суспільстві приватної особи – як фізичної, так і юридичної. Ця ідея пронизує всі інститути, що входять до його складу, знайшовши своє відображення у структурі Кодексу, який кодифікує

норми приватного права, втілюючи юридичний порядок, що ґрунтується на принципі свободи людини.

У своєму житті людина пов'язана різноманітними суспільними відносинами з такими ж як і вона, рівними та незалежними суб'єктами. Виходячи із положення про те, що юридичні особи мають не тільки всі майнові права, як, у принципі, і фізичні особи, за винятком тих прав і обов'язків, необхідною умовою яких є природні властивості людини, а й особисті немайнові права, законодавство передбачає право юридичної особи на недоторканість її ділової репутації; на таємницю кореспонденції; на інформацію тощо. Це пояснюється тим, що концепція кодексу загалом ґрунтується на визнанні утворення юридичних осіб як вияву природних прав членів громадянського суспільства. Між тим, Книга друга Цивільного кодексу України присвячена особистим немайновим правам саме фізичної особи.

Особисті немайнові права розглядаються в сучасній доктрині і законодавстві України як абсолютні й невідчужувані, і які є виявом свободи і недоторканості особи. Врахувавши традиції українського законотворення, положення міжнародних конвенцій, тенденції суспільного розвитку, досвід демократичних країн, які визначені Конституцією України, законодавець не допускає жодних обмежень щодо можливостей цивільно-правової охорони особистих немайнових відносин. Нормативні акти чинного законодавства, що містять цивільно-правові норми і регулюють особисті немайнові відносини, незалежно від того, чи є вони суто цивільними, чи мають комплексний характер, мають підпорядковуватися у своїй цивільно-правовій частині загальним положенням інституту особистих немайнових прав, що містяться у ЦК України.

Говорячи про види особистих немайнових прав, закріплених у цивільному законодавстві, слід відзначити, що ЦК України поділяє особисті немайнові права фізичної особи за спрямованістю або за цільовим призначенням на дві групи: ті, що забезпечують природне існування фізичної особи (глава 21) і ті, що забезпечують її соціальне буття (глава 22). Можна також взяти за основу поділу порядок виникнення особистих немайнових прав на такі, що належать фізичним особам від народження і такі, що їм належать за законом (ч. 1 ст. 270 ЦК України).

Доктрина цивільного права пропонує кілька критеріїв класифікації особистих немайнових прав. Так, різні види особистих немайнових прав можна зібрати у три правові інститути: права на немайнові блага, втілені у самій особистості; право на особисту недоторканність, свободу; право на життя та охорону здоров'я; право на недоторканність особистого життя.

За цільовим спрямуванням особисті немайнові права можна класифікувати на: особисті немайнові права, спрямовані на індивідуалізацію особистості: право на ім'я, право на честь, гідність, ділову репутацію та ін.; особисті немайнові права, спрямовані на забезпечення фізичної недоторканності особи (життя, свобода, вибір місця перебування, місця проживання тощо); особисті немайнові права, спрямовані на недоторканність внутрішнього світу особистості та її інтересів (особиста та сімейна таємниця, невтручання в приватне життя, честь і гідність).

Відповідно до ч. 1 ст. 1 ЦК УРСР всі особисті немайнові права поділялися на дві групи: особисті немайнові права, які пов'язані з майновими; інші особисті немайнові права.

Одна із основоположників інституту особистих немайнових прав у цивільному праві М.М. Малейна вважає, що особисті немайнові права, пов'язані з майновими, при їх реалізації можуть виступати передумовою виникнення майнових прав. Їх можна розглядати як

вторинні, бо вони можуть виникнути, або не виникнути чи взагалі не будуть реалізовані. Частина немайнових прав виникає внаслідок договору і нерозривно пов'язана з іншими, в тому числі і майновими правами та обов'язками сторін. Йдеться про адвокатську або банківську таємницю. Які з цих відносин первинні, а які вторинні, впливає з цілей і змісту договору [2].

У сучасній цивілістичній літературі особисті немайнові права прийнято поділяти на абсолютні і відносні. Більшість особистих прав є правами абсолютними. Однак, уповноважена особа може вступити і у відносні правовідносини з порушником. Це відбувається при порушенні абсолютного права. Порушник зобов'язаний вчинити дії, спрямовані на відновлення абсолютного права. При цьому деякі особисті права можуть бути лише відносними, а певна частина – як абсолютними, так і відносними.

Р.О. Стефанчук пропонує комплексну систему особистих немайнових прав фізичних осіб [3]. Насамперед, виділяються два типи особистих немайнових прав: а) універсальні (загальні) особисті немайнові права (які носять фундаментальний характер та належать усім без винятку фізичним особам); б) окремі (спеціальні) особисті немайнові права (якими наділені лише окремі фізичні особи унаслідок здійснення ними певної поведінки, наділення певним спеціальним правовим статусом (правовим модусом), або за інших обставин, що прямо передбачені законом). При цьому перший тип універсальних особистих немайнових прав містить у собі дві групи. Перша група – універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи – має у своєму складі такі роди: а) права, що забезпечують природну (біопсихічну) цілісність фізичної особи; б) права, що забезпечують відтворюваність фізичної особи; в) права, що забезпечують природну відособленість фізичної особи. У свою чергу, друга група – універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, поділяється на такі роди: а) права, що забезпечують індивідуалізацію фізичної особи в суспільстві; б) права, що забезпечують соціальний статус фізичної особи; в) права, що забезпечують свободу соціального буття; г) права, що забезпечують особисту інформованість фізичної особи; д) права, що забезпечують приватність фізичної особи. Кожен із цих родів особистих немайнових прав фізичних осіб має свій додатковий видовий поділ. Другий тип особистих немайнових прав фізичної особи поділяється на такі групи: а) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері інтелектуальної діяльності; б) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері сімейних відносин; в) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері медичних відносин; г) спеціальні (окремі) особисті немайнові права дітей та інших фізичних осіб, що мають вади у дієздатності; д) постнатативні особисті немайнові права фізичних осіб. Кожна із груп має додатково внутрішню родову та видову диференціацію [3].

Нарешті, звернувшись до Книги другої ЦК України, можна зробити висновок, що вона складається із норм, які регламентують особисті немайнові права фізичних осіб, поєднаних у три глави, а саме: Главу 20 – "Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи", Главу 21 – "Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи" та Главу 22 – "Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи" і 47 статей (ст. ст. 269 – 315). Таким чином, ЦК України містить значний комплекс норм, що регулюють особисті немайнові

відносини і забезпечує системність викладу правового матеріалу щодо особистих немайнових прав, відступаючи при цьому від порядку, який закріплений у Конституції для послідовного забезпечення так званого позитивного регулювання змісту особистих немайнових прав.

1. Покровский И.А. основные проблемы гражданского права. – М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1998. – 353 с.

2. Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (Пособие для слушателей народных университетов). – М.: Знание, 1991. – 128 с. – С.11. 3. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М.Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с. – С. 258 – 265.

Надійшла до редколегії 18.10.10

М. Краснова, д-р юрид. наук, доц.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ПОНЯТТЯ ТА ВИДІВ ДОГОВОРІВ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті розглянуто основні юридичні ознаки та наведено наукове поняття договорів в екологічному праві та запропонована їх класифікація.

Ключові слова: договори в сфері природокористування; природоохоронні договори; ліцензійно-договірні екологічні відносини у сфері забезпечення екологічної безпеки; публічно-правові екологічні договори.

В статье рассмотрены основные юридические признаки и наведено научное понятие договоров в экологическом праве и предложена их классификация.

Ключевые слова: договоры в сфере природопользования; природоохранные договоры; лицензионно-договорные экологические отношения в сфере обеспечения экологической безопасности; публично-правовые экологические договоры.

The article describes the main legal signs and point the scientific concept of contracts in ecology law and proposed classification.

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

На етапі схвалення Стратегії національної екологічної політики України до 2020 року актуальними стають нові правові умови екологічної реформи, наріжним каменем якої стає екологічний бізнес, або ж правові засади екологічного підприємництва [1]. З метою впровадження нових правових засад національної екологічної політики доцільно брати до уваги, що в екологічному праві, поряд з імперативним методом правового регулювання екологічних відносин, ефективно може застосовуватися диспозитивний метод, який дозволяє забезпечувати реалізацію потреб та інтересів усіх учасників таких відносин на договірних умовах. Тому метою цієї статті є здійснення наукового аналізу теоретико-правових засад юридичних ознак поняття та видів договорів в екологічному праві України.

В науці екологічного права вже досить тривалий час порушуються питання договорів в екологічному праві. Одні автори схиляються до того, що це переважно договори в сфері природокористування [2], інші вважають, що на порядок денний виходять ліцензійно-договірні засади екологічних правовідносин [3], треті – що це договори меліоративного типу, основною метою яких є здійснення відновлювально-відтворювальних робіт у сфері використання природних ресурсів та охорони навколишнього середовища [4], ще одна група науковців вважає договори в екологічному праві такими, що носять характер публічно-правових договорів [5]. Все це дозволяє визначити їх як еколого-правові договори.

Більшість авторів приблизно однаково визначають предмет та об'єкти договорів в екологічному праві. Зокрема, предметом таких договорів визначаються відносини, які виникають у сфері використання, відтворення та охорони природних об'єктів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки громадян, а їх об'єктами – конкретні природні ресурси чи їх частини (земельні ділянки, водойми, лісові ділянки, ділянки надр, природні комплекси тощо), а також виконання екологічних зобов'язань, визначених законодавством: здійснити природоохоронні, еколого-експертні, пошукувальні, страхові та інші заходи. Саме за об'єктами, а також за правовим положенням сторін у цих договорах (міждержавні, державні, самоврядні органи та суб'єкти природокористування) договори в екологічному праві відрізняють від цивільно-правових договорів, оскільки у еко-

лого-правовому договорі додержання сторонами екологічних вимог є пріоритетним і обов'язковим [2, с. 6].

Еколого-правовим договором узагальнено доцільно визначати угоду двох і більше сторін з приводу використання природних ресурсів та об'єктів природи, їх відтворення і охорони довкілля, а також забезпечення екологічної безпеки громадян, в якій визначаються права і обов'язки сторін для досягнення єдиної мети при додержанні еколого-правових приписів.

Еколого-правові договори класифікуються авторами за різними критеріями. Так, за предметом та об'єктом правового регулювання виділяються: а) в сфері використання природних ресурсів: земельно-правові, водно-правові, лісоправові тощо; за їх цільовою спрямованістю – оренда природних ресурсів, концесія, застава, сервітут, угоди про розподіл продукції; б) в сфері охорони довкілля: договори на відтворення (відновлення) природних ресурсів (рекультивация, дезактивация, очищення забруднених водойм, лісовідновлення, зариблення тощо), договори на виконання природоохоронних заходів (впровадження очисних споруд, утилізація відходів, лісорозведення, охоронні зобов'язання за природно-заповідним законодавством тощо [2, с. 11]; в) в сфері забезпечення екологічної безпеки: угоди на здійснення еколого-експертних, аудиторських робіт, робіт з перевезення небезпечних вантажів, на розробку проектів граничнодопустимих викидів і скидів забруднюючих речовин, договір екологічного страхування тощо.

З точки зору підстав виникнення такі договори можуть бути – планові (програмні), тобто такі, що укладаються на державне замовлення або на вимоги ліцензії, та непланові, коли заінтересованими особами щодо їх укладання є відповідні господарючі суб'єкти-природокористувачі. По встановленню прав та обов'язків – переважно двосторонні. В залежності від залучених до їх виконання заходів – однопредметні та багатопредметні (наприклад, гідротехнічна меліорація спрямована на меліорацію земель, пов'язану 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 тому числі основні та додаткові. В залежності від конкретної форми зовнішнього виявлення – примірні, локальні, індивідуальні [3,

с. 14-16]. За їх еколого-правовими критеріями: договори на покращення існуючих властивостей територій; договори на відновлення (відтворення) попереднього хімічного, фізичного стану таких територій, тобто пов'язані з їх очищенням від хімічного, радіоактивного та іншого стійкого та небезпечного забруднення; в залежності від виду, характеру та змісту робіт – гідротехнічні, агрономію, агролісомеліоративні, хімічні, біологічні, кліматичні; договори на виконання підрядних, експертних, аудиторських, інформаційних, проектних, перевізних, страхових та інших робіт. Виділяють також міждержавні, міжрегіональні еколого-правові договори.

Отже, для наукового опосередкування поняття еколого-правових договорів є виділення їх загальних ознак. По-перше, еколого-правові договори – це інструмент публічно-правового комплексного регулювання відносин в сфері використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки), що поєднує в собі адміністративні та дозвольні засади, які не стосуються майнових та особистих немайнових відносин. Норми цивільного права при реалізації таких договорів носять субсидіарний, по відношенню до спеціальних норм публічного права, характер. По-друге, цивільно-правовий принцип свободи договору може діяти при їх реалізації із значними обмеженнями. По-третє, переважно їх застосування у передбачених законодавством випадках здійснюється за типовою формою договору, що є обов'язковим. По-четверте, еколого-правові договори носять організаційно-регулюючий характер, оскільки, по п'яте, в еколого-правових договорах обов'язково однією із сторін має бути суб'єкт публічного права. По-шосте, еколого-правові договори регулюються цілою системою спеціальних публічно-правових норм земельного, надрового, водного, лісового, іншого природоресурсного та екологічного законодавства. По-сьоме, еколого-правові договори завжди укладаються для досягнення не лише підприємницьких цілей, а й суспільних (публічних) інтересів. По-восьме, до істотних (обов'язково необхідних для укладання) умов еколого-правових договорів та до підстав їх примусового (по волі публічного учасника) припинення відноситься більш великий перелік позицій, чим в цивільно-правових зобов'язаннях. По-дев'яте, еколого-правові договори характеризуються особливим змістом і спеціальними умовами, які стосуються публічного порядку (ліцензування, оподаткування, митного режиму тощо), які не застосовуються в цивільно-правових договорах. По-десяте, у таких договорах публічний учасник володіє по відношенню до іншої сторони договору відповідними прерогативами (перевагами) адміністративного характеру. Врешті решт, еколого-правові договори характеризуються формально-юридичною рівністю сторін. Йдеться передусім про наявність для сторін лише можливостей впливати на долю правовідношення з точки зору його виникнення, зміни, припинення; а також еколого-правовому договору властивий еквівалентний характер зобов'язань і взаємна відповідальність сторін [6, с. 19-22].

Не даремно найбільші науковці вважають договори джерелами екологічного права [7]. Так, на засадах Рамкової конвенції ООН про зміну клімату та Кіотського протоколу до неї, до яких Україна приєдналася, передбачено продаж квот на викиди забруднюючих речовин, що визначені як парникові гази, тому розпочато впровадження правових механізмів із цих питань шляхом створення спеціально уповноваженого на це органу [8].

Відповідно до вимог екологічного законодавства договірні засади в Україні реалізуються на підставі конкретно визначених норм: ст.ст. 25¹, 26-30, 31-33, 49 Закону України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища", Законів України "Про екологічну експертизу" (1995), "Про оренду земель" (1998), "Про угоди про розподіл продукції" (1999), "Про екологічний аудит" (2004), "Про охорону атмосферного повітря" (в ред. 2001 р.), "Про підтвердження відповідності" (2001), "Про об'єкти підвищеної небезпеки", Земельного, Водного, Лісового кодексів України, кодексу України про надра та ін.. У межах вимог цих та інших нормативно-правових актів суб'єкти здійснення екологічно небезпечних видів діяльності шляхом укладання договорів з відповідними організаціями на виконання експертних, аудиторських, страхових, науково-дослідних, пошукувальних та інших робіт забезпечують необхідні документи – висновки, проекти граничнодопустимих викидів і скидів та розміщення відходів у навколишньому природному середовищі, договори тощо з метою одержання дозволів на здійснення такої діяльності, тобто підтверджують свою екологічну правосуб'єктність. На договірних засадах здійснюється відповідно до законодавства й пільгове кредитування для одержання коштів, необхідних на впровадження природоохоронних заходів, в тому числі шляхом використання коштів фондів охорони навколишнього природного середовища (ст.ст. 47-48 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища") [9].

Актуальність засвоєння правових питань договорів в екологічному праві обумовлює спеціальну підготовку молодих юристів у цій сфері, тому в ряді вищих навчальних закладів запроваджено читання відповідної дисципліни [10], яка покликана сприяти вирішенню їх на практиці та дозволить більш ефективно реалізовувати державну політику у цій сфері.

1. Міністр охорони навколишнього природного середовища Віктор Бойко: "Хочемо примирити суспільство, економіку та екологію" // Урядовий кур'єр, 2010, № 102, 8 червня, с.6. 2. Соколова А. К. Договори на користування природними ресурсами: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.06. – Харків, 1993. – 18 с. 3. Мороз Л. Н. Улучшение природных ресурсов: Договорные отношения. – Минск, 1994. – 72 с. 4. Бринчук М. М. Лицензионно-договорные основы природопользования и охраны окружающей среды: в Учебнике: Экологическое право (право окружающей среды). – М., 1998. – С. 342-384; Суров А. Ф. Лицензионно-договорные основы природопользования и охраны окружающей среды: Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 1999. – 29 с.; 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. 5. Хаустов Д. В. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования: Автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 2003. – 25 с. 6. Хаустов Д. В. Публично-правовые договоры в природопользовании // Экологическое право. – 2003. – №4. – С. 17-24; №5. – С. 12-20. 7. Дубовик О. Л. Экологическое право: Учебник / О. Л. Дубовик. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – 584 с.; 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. 8. 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. 9. Порядок використання коштів державного бюджету на здефінансування кредитів для здійснення природоохоронних заходів: затверджений постановою Кабінету Міністрів України постановою від 18 серпня 2005 р. № 773 // Офіційний Вісник України. – 2005. – № 34. – Ст. 2050. 10. Кращова 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.

П. Берзін, д-р юрид. наук, доц.

ЗАБУТІ ІМЕНА КИЇВСЬКОЇ ШКОЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА (М.Г. Білоусов, О.Д. Щербак, М.М. Абрашкевич, М.В. Литовченко, С.К. Лібіна)

У статті досліджуються різні фрагменти життя і наукової діяльності М.Г. Білоусова, О.Д. Щербака, М.М. Абрашкевича, М.В. Литовченка та С.К. Лібіної як представників Київської школи кримінального права. Визначається їх внесок у становлення і розвиток цієї наукової школи.

Ключові слова: кримінальне право, історія науки, наукова школа.

В статье исследуются различные фрагменты жизни и научной деятельности Н.Г. Белоусова, А.Д. Щербака, М.М. Абрашкевича, М.В. Литовченко и С.К. Либиной как представителей Киевской школы уголовного права. Определяется их вклад в становление и развитие этой научной школы.

Ключевые слова: уголовное право, история науки, научная школа.

In article various fragments of a life and scientific activity of N.G. Belousov, A.D. Scherbak, M.M. Abrashkevich, M.V. Litovchenko and S.K. Libina as representatives of the Kiev science foundation of criminal law are investigated. Their contribution to formation and development of this science foundation is defined.

Key words: criminal law, science history, science foundation.

З того моменту як у 2008 р. вийшла друком монографія про Київську школу кримінального права періоду 1834-1960 років [1], мною були продовжені пошуки про всіх її представників. До їх числа входили й М.Г. Білоусов, О.Д. Щербак, М.М. Абрашкевич, М.В. Литовченко та С.К. Лібіна [2; 3]. В процесі цих пошуків вдалося знайти нові, переважно маловідомі факти із життя і наукової діяльності названих людей, які не увійшли до змісту книги, і таким чином зрозуміти їх внесок у розбудову Київської школи кримінального права.

Оскільки останнім часом на юридичному факультеті Київського університету* інтенсифікувались дослідження по висвітленню становлення і розвитку його юридичних шкіл, доцільно згадати праці І.С. Гриценка й В.А. Короткого [4] та О.М. Ковальчука [5]. Водночас будь-які дані про О.Д. Щербака, М.М. Абрашкевича, М.В. Литовченка та С.К. Лібіну як представників кримінально-правової науки в стінах Київського університету в цих працях відсутні, у зв'язку з чим дізнаватись про доволі непросту долю цих людей доводилось із архівних матеріалів, матеріалів, опублікованих у наукових виданнях дорадянського періоду, а також у сучасних історіографічних українських та російських джерелах.

Мета цієї статті полягає в тому, щоб на основі проведених автором пошуків життя і наукової діяльності названих представників Київської школи кримінального права розкрити їх внесок у її становлення і розвиток. При цьому автор спробує продемонструвати, що відсутність постійного зв'язку цих людей з Київським університетом не впливає на визнання останнього в певний період часу так би мовити осередком названої наукової школи.

Ім'я **Миколи Григоровича Білоусова** відомо передусім завдяки його викладацькій діяльності в Ніжинському ліцеї (згодом ліцей іменується як Ніжинський вищий навчальний заклад імені князя Безбородька) у роки навчання у ньому М.В. Гоголя. Тут він викладав курси

римського і природного права, а також історії римського права, і, за свідченнями сучасників, вплинув на майбутнього письменника, викликавши в нього намір присвятити себе державній службі.

Народився М.Г. Білоусов 24 квітня 1799 р. в Києві. Закінчивши у 1814 р. Київську духовну академію, Микола Білоусов вступає до Харківського університету, де навчається на етико-філологічному відділенні філософського факультету і на юридичному факультеті. 21 січня 1820 р. він призначається вчителем руської словесності в Київській губернській гімназії, а в травні 1825 р. приймає запрошення директора Ніжинського ліцею, обійнявши у цьому закладі посаду молодшого професора юридичних наук, і викладаючи курси римського права та історії римського права. З наступного 1826-1827 навчального року він починає викладати курс природного права (тривалість курсу близько двох місяців), а ще через рік обіймає посаду інспектора ліцею.

Г.С. Фельдштейн називає М.Г. Білоусова обдарованим викладачем, який у своїх лекціях в Ніжинському вищому навчальному закладі імені князя Безбородька трактував кримінально-правові питання в дусі природного права, поклавши в основу свого викладання праці К.А. Мартіні, І. Канта та Й.-Б. Шада. Проте в розквіт своєї наукової діяльності М.Г. Білоусов був відсторонений від викладання за вільнодумство. Г.С. Фельдштейн згадує, що антагоніст М.Г. Білоусова М.В. Білевич доносить у рапорті з приводу його викладання начальству: "помітив в деяких вченнях деякі підстави вільнодумства, що виникли в результаті помилки щодо підстав природного права, яке всупереч вимозі попечителя читається Білоусовим не за системою Мартіні, а за основами філософа Канта і Шада" [6] (цей рапорт датований 7 травня 1827 р.). Крім цього, "вільнодумство", у якому звинувачували Білоусова, полягало в читанні ним курсу природного права не за підручником, а за своїми нотатками. Це зрештою сприяло власному трактуванню природного права, що в ті часи було неприпустимим. Адже це були часи переслідування будь-яких слідів вільнодумства, прогресивно налаштованих викладачів, зумовлене повстанням декабристів на Сенатській площі в Петербурзі, а також повстанням Чернігівського полку в Україні.

Восени 1827 р. розпочались допити ліцеїстів – слухачів лекцій опального професора (до їх числа входив і М.В. Гоголь, який дав пояснення на користь викладача). Тривало розслідування до жовтня 1830 р. і закінчилося звільненням винуватих, серед яких був і М.Г. Білоусов.

Оселившись в Києві, через деякий час Микола Григорович був виправданий, у зв'язку з чим у квітні 1835 р. йому було Височайше дозволено знов вступити на державну службу. Її М.Г. Білоусов продовжив спочатку на посадах секретаря Київського попечительного комі-

* В межах цієї праці під поняттям "Київський університет" розуміється "узагальнююча" назва навчального закладу, який з моменту свого заснування й до сьогоднішнього дня кілька разів змінював офіційну назву: "Імператорський Університет Святого Володимира", "Університет Святого Володимира", "Київський університет", "Київський вищий інститут народної освіти ім. Драгоманова", "Київський державний університет ім. Т.Г. Шевченка", "Київський ордена Леніна і ордена Жовтневої революції університет ім. Т.Г. Шевченка", "Київський Ордена Леніна і Трудового Червоного прапора державний університет ім. Т.Г. Шевченка", "Київський університет імені Тараса Шевченка" та "Київський національний університет імені Тараса Шевченка". Обираючи назву цього підрозділу автор статті керувався передусім тим, що за всіх часів зазначений університет узагальнено називався "Київським". Зокрема, в багатьох офіційних документах саме назва "Київський університет" зазначалася як неофіційна (або скорочена).

тету про тюрми (1835), помічника секретаря (1835-1836) і секретаря (1836-1837) "по судной части" в Канцелярії київського, подільського і волинського генерал-губернатора І.І. Фундук лея, а згодом обійняв посаду начальника відділення у Капітулі Російських Імператорських і царських орденів в Санки-Петербурзі, у якому прослужив (як дійсний статський радник) до своєї смерті 14 серпня 1854 р. Був автором "Нотаток про Імператорські і царські ордени", а за складання поіменних списків кавалерів цих орденів був нагороджений орденом.

Починаючи з 1913-14 й до кінця 1917-18 навчальних років практичні заняття з особливої частини кримінального права (зверх навчального плану) на юридичному факультеті Київського університету проводив **Олександр Дмитрович Щербак** (13.01.1870 – після 1934), допущений радою цього університету до викладацької діяльності як приват-доцент.

Продовжуючи після виходу в світ першого видання названої вище монографії відшукувати відомості про О.Д. Щербак, я спробував дізнатися про життя і діяльність цієї людини в університетських джерелах. І такий пошук дав неочікувані результати. Зокрема, стало відомо про те, що сьогодні в стінах Київського університету працює онук Олександра Дмитровича – **Микола Григорович Щербак** – доктор історичних наук, професор, завідувач кафедри архівознавства та спеціальних галузей історичної науки історичного факультету. Утім, хоч особисте знайомство з М.Г. Щербаком і виявилось воістину знайомим для мене передусім з огляду на продовження викладацької діяльності в Київському університеті, але багато від нього про життя діда дізнатись не довелось. У спогадах Миколи Григоровича залишилось те як у дитинстві його бабуся розповідала про приїзд на батьківщину із Києва на Пасху високопоставленого діда, коли місцеві жителі під час церковного богослужіння здивовано розглядали чиновничий мундир з великою кількістю державних нагород. Водночас вдалося знайти і деякі архівні документи, що підтверджували неординарність особистості О.Д. Щербак.

Народився О.Д. Щербак в Києві у дворянській родині (як дворянин був записаний у родословній книзі Пирятинського повіту Полтавської губернії, де був родовий маєток). Навчався Олександр Дмитрович на юридичному факультеті Київського університету, який закінчив у 1892 р. з дипломом 1-го ступеню. У період навчання "вельми задовільно витримав" 1890 р. напівкурсний іспит і піддавався іспиту в юридичній випробувальній комісії при цьому ж університеті у квітні й травні 1892 р., після чого і був удостоєний названого диплома. По закінченні навчання наказом Старшого голови Київської Судової палати від 22 січня 1893 р. № 403, згідно з проханням, О.Д. Щербак був прийнятий на службу молодшим кандидатом на судові посади при цій Судовій палаті з відрядженням його для занять в її Другому цивільному Департаменті. Згодом він обіймав посади члена і Товариша голови Київського окружного суду.

Сумлінність і працездатність О.Д. Щербак у практичній діяльності була відмічена на державному рівні. Так, 1 січня 1903 р. він був нагороджений орденом Святої Анни III ступеню, а 10 січня 1910 р. – орденом Святої Анни II ступеню. 20 листопада 1914 р. Олександр Дмитрович одержав чин дійсного статського радника, а Височайшим наказом по цивільному відомству від 29 лютого 1916 р. № 15 його було призначено членом Київської Судової палати.

О.Д. Щербак був одружений з **Катериною Іванівною Биковою** – дворянкою Стародубського повіту Чернігівської губернії (народилася вона 31 грудня 1879 р. у

с. Струговська Буда Стародубського повіту названої губернії). В Києві родина Щербаків мала власний будинок [7].

Що саме змусило О.Д. Щербак поєднати практичну діяльність з викладацькою, здогадатись не важко. Зіграло вирішальну роль відчуття потреби поділитися набутиим на практичній ниві досвідом з майбутніми колегами по судовому відомству.

Посаду приват-доцента по кафедрі кримінального права і кримінального судоустрою та судочинства Київського університету О.Д. Щербак обіймав протягом 1913-1918 рр., проводячи в "осінніх і весняних півріччях" зверх навчального плану зі студентами юридичного факультету практичні заняття з особливої частини кримінального права. Ці заняття відбувались у формі написання рефератів, вирішення казусів і розгляду кримінальних справ [8; 9; 10] та мали необов'язковий характер (оскільки проведення таких занять здійснювалось зверх начального плану, їх студенти відвідували за власним бажанням). Одночасно з 1916 р. по 1920 р. О.Д. Щербак обіймав посаду приват-доцента й на судово-нотаріальному і торгово-промисловому (економічному) відділеннях, а також на суспільно-юридичному факультеті Київського юридичного інституту.

По остаточному приходу до Києва радянської влади Олександр Дмитрович, не дивлячись на своє соціальне походження і специфіку службової діяльності, не залишив рідного міста. Після реорганізації Київського університету з 1928 р. по лютий 1934 р. він працював на посаді наукового співробітника секції кримінального права Комісії для вивчення радянського права Всеукраїнської Академії наук (далі – ВУАН). Разом з тим, відомості про його подальше життя і наукову діяльність у радянській державі поки що залишаються невідомими. Не вдалось встановити і точну дату смерті О.Д. Щербак. Можна лише з впевненістю сказати, що він був живий у лютому 1934 р., коли відбулась ліквідація зазначеної Комісії ВУАН. У списку співробітників секції кримінального права цієї Комісії, опублікованому І.Б. Усенком [11], згадується й ім'я О.Д. Щербак.

Проте повернемося у 1913-1914 навчальний рік, коли на юридичному факультеті Київського університету незалежно від практичних занять О.Д. Щербак всі студенти 3-го і 4-го курсів зобов'язані були виконувати практичні роботи із загальної частини кримінального права під керівництвом Г.В. Демченка. Так, лише у 1913 р. студентами було надано біля 150 рефератів, які обговорювались в окремих групах. Усього таких груп було створено 13 при 260 студентах, які попередньо записались для участі у вирішенні тих чи інших питань або задач. В середньому кожна група складалася із 20 учасників. Тим студентам, які безпосередньої участі у такому вирішенні не брали, було надано право робити свої зауваження та запитувати з тем, що обговорювались.

Невідомими поки що залишаються долі інших викладачів кафедри, які працювали в університеті в 1917-18 та 1918-19 навчальних роках, викладаючи дисципліни кримінально-правового циклу або проводячи практичні заняття зі студентами: М.М. Абрашкевича, М.В. Литовченка та О.Д. Щербак [10].

Постать **Михайла Михайловича Абрашкевича** (1875 – ?) є найменш вивченою у науці кримінального права. Випускник юридичного факультету Імператорського Новоросійського університету, який захистив магістерську дисертацію, він до 1908(?) р. мешкав у Одесі й одночасно обіймав дві посади: приват-доцента названого вище університету та посаду прокурора Одеського окружного суду. У цей час опублікував низку наукових праць з кримінального права [12; 13; 14]. Очевидно з 1908 р. обіймає посаду товариша прокурора Санкт-

Петербурзького окружного суду, про що збереглися відповідні згадки на шпальтах газети "Русское слово" за 1908 р. [15; 16] Цікавим є те, що у випуску цієї газети за 23 квітня 1908 р. була надрукована замітка такого змісту: "Вчора рано вранці на Єлагіному острові відбулася дуель між членом петербурзького окружного суду П. і товаришем прокурора того ж суду А. Дистанція була 20 кроків. Обидва зробили по два постріли. Дуель закінчилась цілком благополучно. Приводом для дуелі стала книга, написана п. П. (П.С. Пороховщиков), під назвою "Кримінальний захист. Практичні нотатки". П.А. (М.М. Абрашкевич) написав у відповідь різку критику. Ця полеміка викликала серйозний спір між пп. П. і А. та закінчилась викликом на дуель (Влас. кор.)" [15]. Очевидно, ця "різка критика" мала вигляд підготовленої у 1908 р. М.М. Абрашкевичем невеличкої за обсягом книжки під назвою "Новий катехізис кримінального захисту: (критичні нотатки)" [17].

Зацікавившись особистістю П.С. Пороховщикова, було отримано цікаві результати. Зокрема, вдалося з'ясувати, що в ті часи **Петро Сергійович Пороховщиков** був знаним судовим діячем, визнаним класиком ораторського мистецтва. Маючи творчий псевдонім "П. Сергеич", він був автором загальновідомого видання "Мистецтво промови на суді" (ця книга витримала кілька перевидань і нині належить до класики судового ораторського мистецтва [18; 19; 20]).

Проте аналіз подальших відомостей про М.М. Абрашкевича продемонстрував, що ця дуель серйозно не вплинула на його просування по службі, адже через кілька місяців у цій же газеті з'явилась згадка про участь Михайла Михайловича як товарища прокурора і обвинувача у справі редактора газети "Речь" Б.Й. Харитона і співробітника цієї ж газети С.В. Яблоновського (останні звинувачувались у лайці на шпальтах вказаної газети "Речь" на адресу члена Державної Думи Ф.Ф. Тимошкіна) [16]. Наскільки ж були задоволені амбіції учасників цієї дуелі може свідчити принаймні той факт, що 1913 р. П.С. Пороховщиков під псевдонімом "П. Сергеич" опублікував друге видання своїх практичних нотаток з кримінального захисту [21].

Протягом 1912-13 навчального року М.М. Абрашкевич читає в Санкт-Петербурзькому Олександрівському інституті курс законодавства, про що друкує відповідну книгу [22]. Після лютневих подій 1917 р. Михайло Михайлович переїжджає із охопленого революцією Петрограду до більш спокійного Києва. Тут в Київському університеті він протягом 1917-18 навчального року і обіймає на кафедрі кримінального права і кримінального судустрою та судочинства посаду приват-доцента. Наскільки тривалою була викладацька діяльність Абрашкевича у стінах цього навчального закладу з достовірністю поки що встановити не вдалося. Невідомими залишаються і подальші життєві події вченого.

Не менш завуальованим залишається те, на яких підставах фахівець з цивільного права, яким був **М.В. Литовченко**, обіймав протягом 1918-19 навчального року посаду приват-доцента по кафедрі кримінального права і кримінального судустрою та судочинства Київського університету (нагадаю, що ще у 1887 р. він опублікував наукову працю під назвою "Гроші в цивільному праві" [23]). За спогадами останнього ректора Університету Святого Володимира – **Євгенія Васильовича Спекторського**, – М.В. Литовченко був сенатором, який влітку 1918 р. брав участь у засіданні Київського юридичного товариства [24].

Починаючи з 1916-17 навчального року, "професорським стипендіатом" по кафедрі кримінального права і кримінального судустрою та судочинства юридичного

факультету Київського університету була **Софія Ксенофонтівна Лібіна** (15.09.1887 – після 5 квітня 1927). Дані про її ім'я в українських джерелах вкрай скупи, і пов'язуються переважно з тим, що вона після 1916 р. поповнила когорту професорських стипендіаток на юридичному факультеті Київського університету [25; 26]. Тому лише звернення до російських фахівців з генеалогії дозволило встановити, що С.К. Лібіна походила з родини калузького державного службовця. Її батько – Ксенофонт Йосипович (Осипович) – дослужився в Калузі до статського радника, обійнявши посаду старшого ревізора Контрольної палати. У відставку вийшов з посади управляючого Вітебською контрольною палатою.

В родині Лібіних у Ксенофонта Йосиповича та його дружини Катерини Миколаївни крім Софії було ще четверо дітей (Йосип, Микола, Марія та Сергій). Софія була наймолодшою. Вона народилася 15 вересня 1887 р. У 1910 р. вступила на юридичне відділення Київських вищих жіночих курсів. За даними К.А. Кобченко, Софія Лібіна навесні 1915 р. склала іспити в державній екзаменаційній комісії при Київському університеті, отримавши диплом першого ступеня, а з наступного року обійняла посаду асистентки на юридичному факультеті Київських вищих жіночих курсів [27]. В подальшому С.К. Лібіна була залишена на кафедрі кримінального права і кримінального судустрою та судочинства юридичного факультету Київського університету для "приготування до професорського звання".

Після подій 1917 р. Софія Ксенофонтівна переїжджає до Петрограду, де служить в губернському відділенні Народної освіти спочатку в театральному відділенні (21 жовтня 1918 – 1 грудня 1920), а згодом – в секторі соціального виховання (1 травня 1921 – 1 лютого 1922). Поряд з цим з грудня 1919 по березень 1921 р. як позаштатний лектор працює у відділенні з громадсько-політичних питань на Балтійському флоті. 13 листопада 1920 р. подає заяву про зарахування на політико-юридичне відділення факультету суспільних наук Петроградського університету і через кілька днів (17 листопада) зараховується. Проте 15 квітня 1921 р. подає заяву про звільнення із університету у зв'язку з від'їздом до Києва. 26 липня 1922 р. подала заяву про поновлення в університеті, але 22 жовтня того ж року на заяву була зроблена резолюція: "відхилити". Дата смерті С.К. Лібіної достовірно невідома, проте вважається, що вона настала не раніше 5 квітня 1927 р. [28; 29].

1. Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834 – 1960 рр.): історико-правове дослідження. Монографія. – К.: КНТ, 2008. – 436 с.
2. Берзін П. Специфіка викладання кримінального права в Київському університеті періоду 1834-1960 років (методологічні аспекти) // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV. – С. 165-171.
3. Берзін П.С. Реконструкція стану Київської школи кримінального права в період Громадянської війни (1918-1920 рр.) // Вісник Чернігівського державного інституту права, соціальних технологій та праці (серія Право. Економіка. Соціальна робота. Гуманітарні науки): щоквартальний науковий збірник. – 2008. – № 1. – Чернігів, 2008. – С. 75-79.
4. Гриценко І.С., Короткий В.А. Юридичний факультет Університету Святого Володимира, 1834-1920. – К.: Лібідь, 2009. – 256 с.
5. Ковальчук О.М. Теорія права у працях вчених Київського університету (XIX – початок XX століття): монографія. – К.: Юрлікс Інтер, 2009. – 192 с.
6. Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 372.
7. Формулярный список о службе Члена Киевской Судебной Палаты Александра Дмитриевича Щербача. Составлен февраля 5/18 дня 1918 года. Копия // Державний архів м. Києва, ф. 318, оп. 4, спр. 3, арк. 6-10.
8. Обозрение преподавания на Юридическом факультете в 1913-1914 акад. году // Университетские известия. Год пятьдесят третий. – 1913. – № 10. – Октябрь (Часть I – Официальная). – Киев: Типография Императорского университета Св. Владимира, 1913. – С. 3, 8-9.
9. Обозрение преподавания на Юридическом факультете в 1914-1915 акад. году // Университетские известия. Год пятьдесят четвертый. – 1914. – № 10. – Октябрь (Часть I – Официальная). – Киев: Типография Императорского университета Св. Владимира, 1914. – С. 5.

10. Личный состав юридического факультета Университета Св. Владимира к 1-му января 1918 года // У кн.: ALMA MATER: Университет св. Володимира напередодні та в добу Української революції. 1917-1920. Матеріали, документи, спогади: У 3 кн. / Упоряд. В.А. Короткий, В.І. Ульяновський. – Кн. 2: Университет св. Володимира за доби Української Центральної Ради та Гетьманату Павла Скоропадського. – К.: Прайм, 2001. – С. 181. 11. Усенко І.Б. Комісія для вивчення радянського права ВУАН // У кн.: Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Видавництво "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана, 1998. – Т. 3: К-М. – 2001. – С. 175. 12. Абрашкевич М.М. Эволюция идеи о преступлении и наказании: Публичная лекция. – Одесса: "Экономическая" типография, 1903. – 48 с. 13. Абрашкевич М.М. Прелюбодеяние с точки зрения уголовного права: Историко-догматическое исследование. – Одесса: "Экономическая" типография, 1904. – 666 с. 14. В Юридический факультет императорского Новороссийского университета приват-доцент М.М. Абрашкевича представление: [Отзыв о дис. прив.-доц. г. Тимофеева "История телесных наказаний в рус. праве"]. – Одесса: "Экономическая" типография, 1905. – 8 с. 15. Поединок // Русское слово. – 1908 (23 апреля). 16. Дело Тимошкина и "Речи" // Русское слово. – 1908 (27 июня). 17. Абрашкевич М.М. Новый катехизис уголовной защиты: (критические заметки). – СПб.: Типография М. Меркушева, 1908. – 24 с. 18. Сергеич П. Искусство речи на суде. – СПб.: Сенатская типография, 1910. – С. 1-390, I-II. 19. Сергеич П. Искусство речи на суде. – М.: Юридическая литература, 1988. – 384 с. 20. Сергеич П. Искусство речи на суде. – М.: Юрайт,

2008. – 395 с. 21. Сергеич П. (П. П-в). Уголовная защита. Практические заметки. Издание второе, переработанное и дополненное. – СПб.: Сенатская типография, 1913. – С. I-IV, 1-243. 22. Абрашкевич М.М. Курс законодательства, читанный в С.-Петербургском Александровском институте в 1912-1913 учебном году. – СПб.: Литография Кровицкого, 1913. – 315 с. 23. Деньги в гражданском праве. М.В. Литовченко. М. Litovchenko. – Киев: Типо-Литография И.Н. Кушнерова и К^о, Елисаветинская ул., д. Михельсона, 1887. – 55 с. 24. Спекторский Е. Столетие Киевского университета св. Владимира // У кн.: ALMA MATER: Университет св. Володимира напередодні та в добу Української революції. 1917-1920. Матеріали, документи, спогади: У 3 кн. / Упоряд. В.А. Короткий, В.І. Ульяновський. – Кн. 1: Университет св. Володимира між двома революціями. – К.: Прайм, 2000. – С. 36. 25. Кобченко К. Жінки в Університеті Св. Володимира // Київський університет. – 2009. – С. 4. 26. Кобченко К. "Жіночий університет Святої Ольги": історія Київських вищих жіночих курсів. – К.: "МП Леся", 2007. – С. 155. 27. Там само. – С. 151. 28. Бовкало А.А. Калужский род Либных // Вопросы археологии, истории, культуры и природы Верхнего Поозья. Материалы XI Всероссийской научной конференции 5-7 апреля 2005 г. – Калуга, 2005. – С. 120-122. 29. Либных. [Электронный ресурс] / Петербургский Генеалогический Портал, 2001-2009 / Проект "Сайт Александра Александровича Бовкало". – Режим доступа: <http://www.petergen.com/bovkalo/kalugagen/libin.html>, вільний. – Заголовок з екрану. – Мова російська.

Надійшла до редколегії 21.10.10

В. Самохвалов, доц.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРЕДМЕТ ІСТОРІЇ ПРАВА УКРАЇНИ

Висвітлюється питання про предмет історії права України, її історичному становленні, як самостійної наукової та навчальної дисципліни. Аналізується існуючі погляди щодо підстав відокремлення історії права від історії держави, місця історії права України в системі юридичних наук. Розглядається предмет історії права з позиції методологічних підходів щодо предмету історико-юридичної науки. Зроблений висновок, що на відміну від предмету історії українського права, предмет вивчення історії права України значно розширюється за рахунок наповнення правової системи іншими запозиченими або рецептованими правовими нормами та правовими звичаями.

Ключові слова: предмет історії права України, об'єкт дослідження, предмет дослідження, історико-юридична наука, методологія історико-юридичної науки, методологія історії права, історія права України та історія українського права.

Освещается вопрос о предмете истории права Украины, ее историческом становлении, как самостоятельной научной и учебной дисциплины. Анализируются существующие взгляды относительно оснований отделения истории права от истории государства, места истории права Украины в системе юридических наук. Рассматривается предмет истории права с позиции методологических подходов к предмету историко-юридической науки. Сделан вывод, что в отличие от предмета истории украинского права, предмет изучения истории права Украины значительно расширяется за счет наполнения правовой системы другими заимствованными или рецептированными правовыми нормами и правовыми обычаями.

Ключевые слова: предмет истории права Украины, объект исследования, предмет исследования, историко-юридическая наука, методология историко-юридической науки, методология истории права, история права Украины и история украинского права.

Cover the issue of subject History of Law of Ukraine, its historical formation, as an independent scientific and academic discipline. Analyzes existing views of the grounds department of history right from the history of the state, places the history of law in Ukraine in the system of jurisprudence. We consider the subject of legal history from the perspective of methodological approaches to the subject of historical and legal studies. Concluded that in contrast to the subject of history of Ukrainian law, the subject of study of the history of law in Ukraine greatly expanded by filling the legal system or other borrowed retseptirovanyimi legal norms and legal traditions.

Key words: history of the subject of law of Ukraine, the object of study, subject of study, historical and legal science, methodology of historical-legal science, methodology, history of law, legal history and the history of Ukraine Ukrainian law.

Питання про предмет є непростим для будь-якої науки, навіть для тієї, вік якої обчислюється багатьма століттями. Адже явища і процеси, які включаються в орбіту дослідження науки, з часом якісно змінюються, що вимагає більш високого, порівняно з попереднім, рівня їх пізнання, поглибленого проникнення як в самі явища, так і в їх взаємодії з іншими явищами та процесами. Тому перед кожною наукою періодично, на певних історичних етапах розвитку, виникає необхідність повернення до розгляду її предмета, уточнення, а часом й істотного переосмислення.

В цьому сенсі одним з найскладніших є питання про предмет історії права України, становлення якої, як самостійної наукової та навчальної дисципліни, на нашу думку, тільки починається. Хоча такий статус одержує все ширше визнання, однак серед його прихильників поки що немає єдності щодо розуміння її предмета.

За роки незалежності України, в умовах значної інтенсифікації науково-дослідних доробок, перегляд традиційних поглядів вчених на історію держави та права, як єдиної науки в цілому, й котра має свій окремий

предмет вивчення, значно еволюціонує в бік значного розмежування за об'єктом дослідження. Нині ця тенденція простежується ще очевидніше, оскільки видатними українськими теоретиками загальнотеоретичної юриспруденції вельми актуально й послідовно досліджені трансформації поглядів вчених-правників відносно самостійності, незалежності держави і права як частини складної соціальної системи, про необхідність окремого її вивчення в рамках цієї системи у зв'язку як один з одним, так і з іншими соціальними явищами й котрі являються домінуючими у сучасному правознавстві [1, с. 7-20]. Даний підхід й спричинив, на нашу думку, й суттєві зміни в методологічних підходах до взаємозв'язків права і держави. Адже, якщо абстрагуватися від різних за своїм походженням визначень права,* то аналізуючи їх, можна стверджувати, що намагання вивести змістовне трактування права через об'єктивні сутнісні властивості владної загальнообов'язковості [2, с. 35] можливі лише у порівнянні з соціальними нормами суспільства. Тому більшість правознавців розглядають в широкому розумінні право як сукупність юридичних

норм, які встановлюють правила поведінки, права та обов'язки сторін, які вступають у взаємовідносини між собою. А правові норми відрізняються від моральних та інших соціальних норм тим, що являються загально-обов'язковими, закріплюють найбільш вагомі і гострі відносини суспільства й забезпечуються головним чином примусовою силою держави. Власне в цьому і є основний алгоритмний нерозривний зв'язок права і держави. Не заперечуючи таких взаємозв'язків взагалі, треба констатувати, що в сучасному правознавстві дедалі міцніше утверджуються позиції, згідно з якими первісний генезис права виступає як основа розмежування правовідносин у суспільстві [3, с. 20-25]. Априорі на емпіричному рівні вже доведено, що держава виникає з суспільства, а не навпаки [4, с. 216], тому право розвивається дещо іншим шляхом, не виникає одночасно з державою, а передує їй, а за певних передумов, в першу чергу соціальних, може існувати поза державою [5, с. 15]. Тому твердження авторів, що правові норми є похідними від соціальних та не ідентичності причин виникнення держави і права зумовили й необхідність нових методологічних підходів до типології держави і права, їх походження як об'єктивного історичного процесу розвитку суспільства [6, с. 13].

В основу було покладено методологічну посилку, котра механічно не прив'язувала б розвиток права до держави, а відтворювала б західну традицію як увчлення про право, що має самостійний предмет [7, с. 11]. Й не випадково, на нашу думку, на сучасному етапі поява окремих монографій, підручників, автори яких намагаються переусвідомити на ще домінуючу методологію лінійно-стадійного прогресивного підходу до історії, притаманну марксизмові, саме й концентрують свою увагу на необхідності переосмислення розуміння предмету самостійного правового виміру історичного процесу [8, с. 313]. Адже свідоме поєднання історичного й юридичного елементу у правовому дослідженні визначає відповідні критерії історичної обумовленості дефініції: право має свою історію. Звідси витікає, що історія права має мати свій окремий предмет вивчення єдиної науки, становлення якої як спеціальної галузі юриспруденції було розпочате ще на початку XIX ст. Й першість та заслуга в виведенні історико-правової науки на одне з перших місць в Європі належить Росії, оскільки в 30-ті рр. XIX ст. концептуальні засади "юридизації історії" зусиллями саме російських історичних студій визначалися як найактуальніші напрямки правового мислення [9].

Головним же чинником остаточного оформлення історико-юридичної науки стало поширення в Росії поглядів представників історичної школи права, що були на той час новим словом у розвитку юридичної науки взагалі**. Історична школа права, на протипагу практиці законодавчого свавілля, раптових переворотів у суспільному житті, висунула ідею закономірності і тяглості юридичного розвитку, яка згодом стала визнаватися однією з основних в юриспруденції, вихідним пунктом для дослідження її історичного аспекту [10]. Притаманна ідеологам історичної школи абсолютизація службової ролі історії з часом поступилася місцем цілеспрямованому її вивченню з метою з'ясування загальних законів розвитку права. Поширенню таких ідей в Росії сприяло видання досліджень історико-юридичного характеру. Виходять друком праці "Историческое обозрение актов и судебных бумаг в России" (1830) І.В. Васильєва, "О постепенном образовании законов" (1832), "Речь об Уложении царя Алексея Михайловича" (1839) Ф.Л. Морошкіна, "О Русской Правде" (1846) М.В. Калачова, а обґрунтування так званої теорії родового побуту давніх слов'ян у праці К.Д. Кавеліна "Взгляд на юридический быт древней России" (1847), що мала багатьох прихильників

й у подальшому [11, с. 41-51], в тому числі, в сучасній дослідницькій й учбовій практиці [12], стала своєрідним методологічним орієнтиром у дослідженні власне історії українського права [13], як складової частини історії права в цілому. Так, основоположники київської історичної школи права М. Владимирський-Буданов та Ф. Леонтович, розвиваючи ідею єдності слов'янського права, умовою його розвитку обґрунтовували самостійний розвиток права кожної слов'янської нації [14]. Як наслідок, такої теоретичної фабули та зовнішнім показником оформлення історії права як науки стало запровадження кафедр з історії староруського права, звичаєвого та українського права та введення відповідних навчальних дисциплін на юридичних факультетах Московського, Київського, Українського Вільного університету (Прага, Мюнхен) та ряду інших навчальних закладів [15, с. 21, с.9-23].

Проте, у послідуєчому, як свідчать історіографічні дослідження [16], даний підхід фактично знівельовувався, оскільки, сформувавшись на основі узагальнень і висновків історичної школи права як протипагу доктрині догматичної юриспруденції та природного права [17, с. 11-22] в значній мірі під впливом соціології права***, історія права протягом тривалого часу розвивалася не як єдина навчальна дисципліна****, а як складова окремої науки – історії держави і права з двоєдиним змістом її предмета, який обґрунтовувався (да й обґрунтовується нині) нерозривністю зв'язків держави і права [18, с. 4].

В світлі цих обставин історія держави та права стала об'єктом дослідження не тільки юридичних, а й інших наук: історичних, політологічних, соціологічних, філософських [19, с. 3-4]. З однієї сторони це є позитивом, оскільки інтеграційні процеси в наукових дослідженнях дозволяють накопичувати загальний фактичний та аналітичний матеріал, а з іншого – створюються труднощі при визначенні предмету викладання дисциплін в учбовому процесі. Сучасний стан викладання історичних, історико-юридичних дисциплін в Україні свідчить про значне розмежування зусиль викладачів й, перш за все, юристів та істориків саме в розрізі формули – "історія державності", "історія держави" та "історія права". Не секрет, що за радянських часів очевидна перевага надавалась не історії права, а історії держави. Тому більшість досліджень та учбових предметів цілком вписувалося в рамки проблематики історії державних органів СРСР, УРСР, країн соціалістичної співдружності й здійснювались на стику історії держави і права, державного конституційного права та історії КНР. При такому підході визначити чітко об'єкт і предмет дослідження та викладання було досить складно, що призводило до описовості в працях, змішування юридичних і загальноісторичних аспектів, відсутності належної теоретичної глибини і т.д. Зрозуміло, що такий стан справ не задовольняв потреб учбової практики й тому вчення про об'єкт і предмет дослідження кожної з наук, що вивчають історію держави і права стали на порядок дня з проголошенням української незалежності та зміною учбових планів та програм у вищих та середніх учбових закладах України. В орбіті дискусій починають знаходитися як традиційні загальноприйняті аспекти цього питання – співвідношення предмета і об'єкта дослідження, предмету і методу науки, так і більш конкретні його сторони, пов'язані, головним чином, з предмету викладання тих чи інших історико-юридичних дисциплін. Проте, в правознавчій та філософській літературі до нинішнього часу допускається ототожнення або ж змішування не тільки об'єкта і предмета дослідження, але й предмету викладання.

Тим часом поняття "об'єкт дослідження" і "предмет дослідження", хоч і тісно співвідносяться між собою, проте повністю не збігаються. Поняття об'єкта є ширшим від

поняття предмета. Якщо поняттям "об'єкт" охоплюються явища зовнішнього світу, на які поширюється пізнання і практичний вплив суб'єктів, людей, то поняття "предмет" складає та частина, сторона, той чи інший конкретний аспект об'єкта, що досліджується даною наукою.

Об'єкт може бути і, як правило, буває спільним для ряду наук, предмет же однієї науки не може збігатися з предметом іншої. Саме предмет науки визначає своєрідність, специфіку тієї чи іншої науки, її відмінність від інших систем знань. А тому за даною аналогією предмет науки взагалі повинен збігатися з предметом викладання (вивчення). Ідучи за даною логікою, де будь-яка наука має мати лише один предмет, можна стверджувати, що історія держави і права не є винятком. Як вірно зазначається в літературі, дуалізм предметів, як в теорії, так і в історії держави і права [20, с. 8-20], логічно призводить до заперечення єдиної науки історії держави і права й виникнення двох різних наук з двома різними предметами: науки про право – правознавство, куди входить історія права, й науки про державу – державознавство, – відповідно історія держави [21, с. 5].

В цьому сенсі треба відмітити, що як в загальнотеоретичній юриспруденції так і в історико-юридичній науці і надалі утверджуються думка, що відокремлення теорії права від теорії держави, історії права та історії держави є штучними, що неминуче призводить до збіднення правознавства в цілому. При цьому власне, традиційними залишаються аргументи на користь збереження цілісного поняття історії права та історії держави як предмету єдиної науки – "історія держави і права" [22]. Але у відношенні до України, яка фактично до 1991 року, то виникала, то зникла з політичної карти світу як самосійний суб'єкт міжнародного права, підпадаючи під протекторат тієї чи іншої держави, даний методологічний підхід до взаємозв'язків держави і права не спрацьовує. Оскільки на емпіричному рівні доведено, що Україна впродовж століть не мала власної держави в класичному розумінні цього поняття, то мова може йти лише про формування державності як елементу української держави****.

Все це дало підстави деяким авторам ставити під сумнів існування науки історії держави і права України як складової єдиної історико-юридичної науки, але й поставити питання доцільності її поділу на дві самостійні навчальні дисципліни: історію державності на землях України та історію права України [23].

Однак, незважаючи на певні розбіжності в класифікації юридичних наук, що мають місце в літературі, їх досить висока розгалуженість обумовлена не стільки об'єктом (який є спільним для них – держава і право), скільки предметом дослідження (не піддається сумніву). Проте, за будь-якої класифікації: історії права в цілому, історії права України, історії українського права, в системі цих наук до цього часу місця не знаходиться. Очевидно, що це пояснюється, насамперед, саме невідомістю предмету історії права України не тільки як науки, але й як учбової дисципліни. Ситуація, що склалася в юриспруденції в підходах до співвідношення цих понять, значною мірою нагадує ситуацію із співвідношенням межі викладання історії права України та історії українського права, й незважаючи на досить тривале наукове обговорення цього питання, воно й нині залишається остаточно нерозв'язаним, хоча, нема практично заперечень щодо автономності історії права взагалі. Адже відомо, що однією з основних складових предмета будь-якої науки є виявлення та вивчення закономірностей розвитку природних чи суспільних явищ або окремих їх сторін. Наук, які б не досліджували таких закономірностей, не існує; без включення їх до свого предмету будь-яка система знань не може претендувати на статус науки. Не є винятком у цьому відношенні

також історія права України. Проте, питання полягає у тому, які закономірності охоплюються її предметом.

Прийнято вважати, що останнє визначається як окремими методами, так і в цілому методологією конкретної науки, незважаючи на їх перехідний характер. Не заперечуючи найтісніших зв'язків між предметом і методом науки, разом з тим проявляється, що ці зв'язки є складнішими, ніж вони представлені у більшості теоретичних праць з історико-юридичного правознавства. Між предметом і методом науки не існує якогось нездоланного бар'єру. Предмет може "переходити" в метод, засоби вирішення науково завдання перевтілюватися в його результати й навички, система об'єктивного знання перетворюватися в методологію, а досягнуті методологічні рубежі ставати вихідним пунктом і базою побудови нової теоретико-пізнавальної конструкції [24, с. 56]. Тому відмінність між методом і теорією має виключно функціональний характер: формуючись як теоретичний результат минулого дослідження, метод виступає як вихідний пункт і умова наступних досліджень [25, с. 5-17].

В цьому відношенні методологія історико-юридичної науки не зводиться до застосування лише порівняльного історико-юридичного методу в часових рамках, а вивчає цілий комплекс засобів і способів пізнання, що розпадаються на декілька рівнів: в залежності від їх близькості до фундаментальної теорії (методами пізнання) чи до дослідницької практики (методи дослідження). Перший рівень методології включає в собі теоретичні положення пізнання суспільних явищ та фундаментальні висновки загальної теорії права щодо загальних закономірностей властивих праву і державі окремо, й де предметно-створювальним для юридичної науки в цілому виступає поняття права [26], а другий, власне, похідний від загально теоретичного принципу, – методологія історії права, яка за рівнем узагальнення стоїть на рівні галузевих наук правознавства або юриспруденції [27, с. 4].

За цих підстав вивчення системи понять і категорій, що в загальній формі виражають місце права в житті суспільства, його взаємодію з іншими соціальними явищами, зокрема, державою, логіку функціонування і розвитку права та їх закономірностей [28, с. 21] відноситься до предмета загальної теорії права. Інші юридичні науки, спираючись на загальні специфічні закономірності права, розкривають конкретні їх прояви в тих чи інших сферах правового регулювання в окремих країнах чи регіонах.

Історико-юридичні дослідження розглядають дані проблеми через призму конкретно-історичного часу: епохи, періодів, етапів й в основному в розрізі порівняльного аспекту. Оскільки історико-правові дослідження дозволяють досягти цілей з позицій виявлення загальних, особливих й одногочного в існуючих правових системах та інститутах, то тоді стає зрозумілим, що виявлення загальних закономірностей розвитку права в різних народів, на різних територіях і в різні історичні епохи, є не тільки предметом дослідження історії права, як галузевої науки, але й є предметом вивчення права, що має національні особливості [29, с. 351] зокрема, українського, яке по суті входить як складова частина в дану галузь знань. Проте, базуючись на особливих і окремих закономірностях, закономірності, які становлять предмет українського права, хоч реально існують і діють самостійно, але проявляються через особливі закономірності правових явищ, які складають предмет галузевої науки в цілому.

За даною аналогією допуск певної автономії з історії суто українського права всередині єдиної навчальної дисципліни історії права України, що в свою чергу входить в історію права, виступає нині як розширення методологічних підходів предметного кола досліджень об'єкту витоків національної української правової куль-

тури [30]. Найбільш цікавою в цьому відношенні є праця за редакцією проф. О.О. Шевченка, який вперше серед українських істориків права на пострадянському просторі ввів в науковий обіг поняття загального права України [31, с. 5]. Й хоча назва роботи входить в протиріччя з етимологією визначення загального права України, в цілому в ній розкривається його структура, яка складається не тільки із звичаєвого права та закону, але й норм моралі, етики й загалом свідомості українського народу [32, с. 5-7]. В цьому сенсі констатація деякими авторами [33] правового звичаю як єдиного по суті джерела українського права є явно недостатніми. А тому поодинокі спроби модифікувати історію права України як юридичної дисципліни в руслі сучасних уявлень загальнотеоретичної юриспруденції про співвідношення права і держави [34, с. 9-10], відповідно замінивши назву з історії права України на історію українського права [35], в цілому проблему чіткого розмежування предмету не вирішують. Для історії права, як і для історії права України зокрема, притаманним залишається обов'язковість долучення предмету вивчення історії держави поряд з правом [36] й, як наслідок, вивчення історії створення правової системи****. Тому розглядаючи історію українського права, як складову частину історії права, можна звести предмет його дослідження до питання становлення і розвитку національної системи права***** як складової частини правової системи [37, с. 212-216] й одного з виявів державного суверенітету [38, с. 39]. А оскільки право в такому зв'язку нерозривно пов'язане з елементами юридичного значення держави при пріоритетному вивченні права, то, на наш погляд, в улюбленому процесі вивчення історії права України треба вести не тільки з позиції розвитку правової системи конкретної держави, куди входила в різні історичні періоди Україна, як складова частина інших не тільки по назві й атрибутуці держав, але й виходити з аналізу становлення та розбудови відповідних інститутів, норм та джерел права, юридичних догм, ідей інших народів, що населяли українські землі. А це можливо лише в рамках загального права України.

Таким чином, на відміну від предмету історії українського права, предмет вивчення історії права України значно розширюється за рахунок наповнення правової системи іншими запозиченими або рецептованими правовими нормами та правовими звичаями інших народів, що проживали й проживають на українських землях.

Резюмуючи вищевикладене, не претендуючи на універсальність та бездоганність визначення, можна констатувати, що предметом історії права України є історія виникнення, становлення та закономірності розвитку системи загального права народів, що населяли й населяють територію України.

1. Козюбра М.І. Загальнотеоретична юриспруденція: радянська традиція та європейська перспектива // Українське право. – К., 2005. – № 1.
* За нашими підрахунками в юридичній історіографії є понад 50 визначень права. 2. Нерсисянц В.С. Філософія права. – М., 1999.
3. Розин В.М. Генезис права. – М., 2001. 4. Межі державної влади / За заг. ред. В. Самохвалова. – К., 2001. 5. Мальцев Г.В. Ранні форми держави і права // Проблеми загальної теорії держави і права. – М., 2000. 6. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: Учеб. пособие. – М., 1999.
7. Берман Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1998. 8. Бехруз Х. Классификация правовых систем: цивилизационный подход. – Актуальні проблеми держави і права. – Одеса, – 2009. – С. 313. 9. Скакун О.Ф. Историческая школа права на Украине (1861-1917). – К., 1987. ** Засновниками історичної школи права вважають німецьких вчених Г.Гуго, К. Савіньї, Г. Пухту, які доводили, що право розвивається історично, а не створюється законодавцем.
10. Новгородцев П. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. – М. 1896. 11. Полонська-Василенко Н. Микола Проко-

пович Василенко – життя та наукова діяльність // Український історик. – Мюнхен, 1966. – Ч.3-4 (11-12). 12. Яцкевич И.Г. История государства и права славянских народов. – Минск, 2009. 13. Юрченко О. Чинне право в Україні. В 2-х част. – К., 1954; Ткач А.П. Історія кодифікації дореволюційного права України. – К., 1965; Мясца В. История кодификации права на Украине в первой половине XVIII века. – К., 1968; Яковлів А. Українське право. В кн. українська культура / Лекції за ред. Д. Антоновича. – К., 1993; Лашенко Р. До історії українського права // За виданням: Хроніка 2000. Держава. Культура. Право. – К., 1998. 14. Владимирский-Буданов М. Неизданные законы юго-западных славян. – "Журнал Министерства науки и просвещения". – М., 1862. № 3; Леонтович Ф. История русского права. Вып 1. – Одесса, 1869. 15. Історія Київського університету. – К., 1959; Бондарук Т.І. Західноруське право: дослідження і дослідники – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – 2000. 16. Ткач А.П. Радянська історико-правова наука про кодифікацію дореволюційного права України. – "Вісник Київського університету", № 8. – К., 1967. Бабий Б.М. Очерк развития правовых исследований в Украинской ССР. 1919-1984. – К., 1984; Юридична наука і освіта на Україні. – К., 1992; Дорошенко Д.І. Огляд української історіографії. – К., 1996; Шемшученко Ю.С. Досягнення інституту держави і права. – К., 1998; Усенко Я.Б. Юридична наука на сучасному етапі. – К., 1998 та інші. 17. Жоль К.К. Методи научного познания и логика для юристов. – К., 2001. *** Вперше концепцію соціології права, що вивчає взаємозумовленість права і соціально-історичної дійсності, обґрунтував російський вчений у 70-х рр. XIX ст. С.О. Муромцев, який визначив соціологічний підхід до права як вчення його загальних причин походження й розвитку (Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. – М., 1897). ****За свідченням Я. Падохи з початку 20-х рр. XX ст. на Україні було усунуто викладання історії українського права. – Падох Я. Лев Окіншевич – видатний історик державного права України – Гетьманщини. XVII – XVIII ст. – Нью-Йорк, Мюнхен, 1985. – С. 11. 18. Исаев И.А. История государства и права. – М., 2004. 19. История государства и права России. Учебник. – М., 1999. 20. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов и фак-тов. – М., 1998; Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. – М., 1999. 21. Проблемы общей теории права и государства Учебник для юрид. вузов Под. ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1999. 22. Исаев И.А. История государства и права России. – М., 1995; Исаев И.А. История государства и права России. – М., 2000; Цечоев В.К., Власов В.И. История отечественного государства и права. – Ростов-на-Дону, 2003. *****На нашу думку, слід підтримати точку зору тих вчених, які розглядають державу як певну форму політичної влади, що становить суть державності. Не зводять останню до державних функцій і структур, не отожднюють з поняттям держави. Логічним є твердження, що еволюційне зародження державності передусім становленню держави, і саме серед реформування існуючої державності можливе здійснення розбудови якісно нової суверенної держави (Див.: Шемшученко Ю. Наукові засади ідеології державотворення в Україні // Ідеологія державотворення в Україні: історія і сучасність. Матеріали науково-практичної конференції 22-23 листопада 1996 року. – К., 1997). 23. Програма курсу "Історія державності на землях України". – К., 2001. Програма курсу "Історія права України" – К., 2002. 24. Лисенко О. Предмет порівняльного правознавства. – Право України, 2001, № 3. – 25. Общая теория права и государства. – М., 1984.; Загальна теорія держави і права. – К., 1997. 26. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов. Под. ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1999. 27. Котюк В.О. Теория права. – К., 1996. 28. Козюбра М.І. Вказ. праця. – К. – 2005. – № 1. 29. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: Учеб. пособие. – М., 1999. 30. Ткач А.П. Право України. – Хмельницький. 1992. 31. Історія українського права. Навчальний посібник за ред. проф. О.О. Шевченка. – К., 2001. – 32. Там само. 33. Іванівська О.П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект. Навчальний посібник. – К., 2002. 34. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов / Под. ред. В.В. Лазарева. – М., 1994. 35. Історія українського права. Робоча навчальна програма. – К., 2009. 36. Музиченко П. Історія держави і права України. – К., 1999; Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / За ред. В. Я. Тація, І. А. Й. Рогожина – К., 2000; Історія держави і права України: Підручник / За ред. А.С. Чайковського. – К., 2003; Захарченко П.П. Історія держави і права України. Підручник. – К., 2004.; Кульчицький В.С., Тишчик Б.Й. Історія держави і права України. – К., 2006. ***** Правова система – сукупність взаємопов'язаних між собою системи права та засобів її реалізації. За змістом і формою не є адекватною системі права. Це більш широка категорія, комплексне утворення, що охоплює і саму систему права як її складову частину (Юридична енциклопедія: Т.5: П-С. (Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.). – К.: 2003. – С. 39.). ***** В цьому відношенні національна система права повинна розглядатися як синтез різних за своєю юридичною природою джерел різних народів, що населяли українські землі. 37. Останенко Г.О. Вплив Статуту Великого князівства литовського 1588 року на формування системи права України Гетьманщини другої половини XVII – 80-рр. XVIII ст. – Актуальні проблеми держави і права. – Одеса. – С. 212-216. 38. Юридична енциклопедія: Т.5: П-С. (Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.). – К., 2003. – С.39.

Л. Дячук, канд. юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМА ВОЛЕВІЯВЛЕННЯ ТА ФОРМИ ВІЗАНТІЙСЬКОГО ШЛЮБУ (IV – VIII ст.)

В статті досліджується питання реалізації свободи волі у зв'язку з римськими та греко-римськими формами шлюбу. Проблема волевиявлення суб'єктів шлюбу розглядається в контексті генези та еволюції візантійського шлюбно-сімейного права (IV – VIII ст.).

Ключові слова: Візантія, право, свобода, волевиявлення, форми шлюбу, еволюція, християнські цінності.

В статье исследуются вопросы реализации свободы воли в связи с римскими и греко-римскими формами брака. Проблема волеизъявления субъектов брака рассматривается в контексте генезиса и эволюции византийского брачно-семейного права (IV – VIII ст.).

Ключевые слова: Византия, право, свобода, волеизъявление, формы брака, эволюция, христианские ценности

The article deals with the question of free will in connection with the Roman and Greco-Roman forms of marriage. The problem of the declaration of will of the subjects of marriage is considered in the context of the genesis and evolution of Byzantine marriage and family law (IV – VIII century).

Key words: Byzantium, law, liberty, declaration of will, forms of the marriage, evolution, Christian values.

До якісної характеристики історичних цивілізацій очевидно слід віднести специфіку соціального становища особи, її правоздатності та наявність можливостей реалізації природних та юридичних прав на рівні мікро- та макросоціуму. Обидва соціальні світи, тобто сім'я та суспільство, співвідносяться як частина та ціле. Особливості їх соціальних зв'язків у значній мірі визначали специфіку того чи іншого суспільства, держави, цивілізації. Разом з тим сім'я, наприклад, у античному світі була у значній мірі відособленим елементом суспільства. Це був замкнений світ, який мав свою ієрархію, систему цінностей та правила поведінки. В римському суспільстві архаїчної та передкласичної доби була ще проміжна соціальна організація – *gens* (рід), яка мала власні владні інститути, що приймали внутрішні нормативні акти (*jus gentes*) [28, с. 184-188]. Про їх зміст йдеться, зокрема, в "Інституціях" Гая (1.164). *Jus gentes* у значній мірі визначало умови волевиявлення та самореалізації вільнонародженої особи. Втім, у період римської класичної юриспруденції право родової спільноти очевидно втратило юридичну чинність, а у часи імператора Константина I (306 – 337 рр.), який започаткував процес християнізації римського права, *gens* залишився лише в історичній пам'яті ранньовізантійського суспільства у якості сакрального символу, що був дотичним до суспільних механізмів, які визначали тенденції правомірної та моральної поведінки особи у межах традиційної *familias*.

Християнізація римського права почалась з видання імператором Константином I низки нормативних актів, мета яких полягала у приведенні інститутів шлюбу та сім'ї у відповідність до християнського суспільного ідеалу та ціннісно-правової доктрини. **Актуальність дослідження** християнізованого римського, тобто греко-римського (візантійського) шлюбного права полягає зокрема у тому, що це був перший у світовій історії прецедент поєднання античної грецької та римської правової культури на основі цінностей християнства, що створило якісно нові правові передумови для реалізації індивідуальної свободи. Слід зазначити, що греко-римський юридичний синтез, на основі християнської парадигми, відобразився у правовій доктрині Візантії, яка суттєво вплинула на тенденції розвитку правових систем народів християнського світу (Європа, Близький Схід, Північна Африка) та суміжних цивілізацій (Персія, Арабський Халіфат, Османська імперія).

Інтерес до правових джерел Візантії за її межами існував з початку формування західноєвропейської "фаустівської" цивілізації і поширення християнства до новітніх часів. Актуальність візантійського права в практичному та ґносеологічному сенсі зростає, перш за все, у часи важливих суспільно-історичних змін, що започаткували якісно нові тенденції соціального та духовного життя європейських народів (періоди поширення хрис-

тианства, доба європейського Ренесансу, часи Реформації та Контрреформації, період національного Відродження XIX ст.), коли історичні обставини породжували суспільний інтерес до наукових досліджень національних правових традицій. Науковий інтерес до візантійської правової культури зростає під впливом німецької "історичної школи" права.

Заслугою європейських дослідників XIX ст., передусім таких як К. Цехаріе фон Лінгенталь, Е. Хеймбах, Л. Міттайс (*Німеччина*), Й. Мортрейль (*Франція*), Д. Азаревич, В. Васильєвський, А. Енгельман (*Росія*) було створення джерельної бази для різносторонніх досліджень візантійського права як в плані засвоєння історичного досвіду візантійської юриспруденції, так і в широкому гуманітарному сенсі. Зокрема, йдеться про актуальність дослідження юридичних механізмів забезпечення індивідуальної свободи у контексті врегулювання міжособистісних та публічних правових відносин. Це обумовило інтерес істориків, юристів, філософів, соціологів до феномену візантійської правової культури, в процесі еволюції якої з'явилися унікальні правові феномени. Наприклад, майже повна рівність майнових та немайнових прав подружжя у шлюбі (VIII ст.) [Еклога, 1.1-3], що стали актуальними у Європі у XIX та XX ст. Це посилює інтерес дослідників до генези шлюбного права на християнських ціннісних засадах та його еволюції впродовж тисячолітньої історії. Отже, актуальними є, перш за все, історико-правові дослідження, які розкривають юридичний механізм врегулювання міжособистісних відносин суб'єктів шлюбно-сімейного права при забезпеченні свободи волі та реалізації особистих інтересів. Науковий інтерес, передусім, викликає історія шлюбних правовідносин у IV – VIII ст., яку пов'язують з поняттям *формативна доба*, що тривала від початків християнізації греко-римського права до створення юридичних збірок, які найбільш послідовно і системно відобразили християнський ідеал шлюбу (Еклога та її переробки).

Ранньовізантійське шлюбне право переважно досліджувалось у XIX-XX ст. вітчизняними фахівцями з історії римського права (у тому числі представниками "київської школи права"), в контексті усієї правової цивілістики (М. Неволін, К. Мітюков, В. Синайський, Л. Казанцев, А. Мітюков, Й. Покровський, С. Ландкоф, В. Дроніков, О. Підпригора, Є Харитонов). Дослідження візантійського шлюбного права здійснювались відомими фахівцями з догми та історії канонічного права (М. Горчаков, І. Громогласов, Н. Заозерський, А. Павлов, Н. Покровський, Н. Суворов), однак переважно у контексті канонічної правової системи. Низка спеціальних наукових праць, у яких досліджувались окремі аспекти шлюбного права Візантії, належать переважно дореволюційним історикам-юристам (Д. Азаревич [1], М. Бенеманський [3], А. Гуляєв [7], І. Соколов [20],

Ф. Шенвіц [27]). В радянські часи важливі акценти щодо якісних змін інститутів шлюбу та сім'ї в контексті еволюції усього цивільного права Візантії зробила передусім О. Ліпшиц [12], а також І. Медведев [14], М. Сюзюмов [21], З. Удальцова [23] та ін. Однак лише праця сучасного дослідника В. Форманюка присвячена шлюбно-сімейному праву ранньовізантійського періоду (IV – VI ст.) [24]. Серед сучасних досліджень, дотичних до шлюбно-сімейної проблематики Візантії, необхідно взяти до уваги низку наукових видань з романістики, порівняльного правознавства та "Східної традиції права" Є. Харитонова [25]. Разом з тим, необхідно зазначити, що у науковий обіг практично не введені або використані лише частково численні джерела візантійського права (повний текст Кодексу Феодосія, Кодекс та Новели Юстиніана, Сирійсько-римський законник, переробки та доповнення Еклоги, Епанагога, Прохірон, численні імператорські Новели та ін.). Це, очевидно, є стримуючим фактором дослідження інституту візантійського права та його структурних елементів.

Однією з головних умов укладення шлюбу є волевиявлення його суб'єктів. Вольовий елемент є необхідною підставою та причиною правових відносин. Будь-який правочин чи угода опирається на волю його суб'єктів. Візантійське право доби Юстиніана мало особливий респект щодо вольового елементу (наприклад, воля володіти), який навіть став домінуючим при визначенні правового статусу об'єкта (речі, дії). Якщо у класичному римському праві головним елементом інституту володіння та його умовою вважалося фізичне обладнання річчю, то правова доктрина VI ст. визнавала таким елементом **волю** до володіння. Цілком влучно у даному контексті є заувага О. Ліпшиц: "Значення цієї переваги волі (апіта) володіти над фактичним обладнанням (*утримуванням*) було настільки великим, що, за поглядами юристів того часу, можна було вважатися законним юридичним володільцем майна без реального обладнання ним – річ, цілком несумісна з класичними поглядами (*праворозумінням*)" [12, с. 149]. Тобто, вияв **волі** володіти переважав над фактичним володінням річчю.

Очевидно, перевага психологічного поняття "воля" над матеріальними елементами правової угоди зумовлена християнським вченням про співвідношення матерії та духу. Окрім того, актуалізація проблеми волевиявлення ймовірно пов'язана з впливом на візантійське суспільство довготривалих богословських дискусій навколо питання про божественну та людську природу і волевиявлення Ісуса Христа. Вона також розглядалася у контексті руху людини як Божого творіння до "обожнення людської плоті" за божественно-людською волею та Божим зразком. Причому йшлося про активні дії у світі речей, а не відмову та втечу від матеріальних проблем. Очевидно, якщо воля людини була спрямована на дії, що не суперечили божественному провидінню, відображеному (але не вичерпнутому) в догматах та канонах Христової Церкви, вона сприймалася серед християн як передумова до людських дій – правочинів та угод.

Боротьба навколо християнських догматів тривала з IV по VIII ст., але її ва ключовий період, що визначила перспективи усього середньовічного богослов'я, припадає на VI ст., тобто на часи появи названого феномену візантійського приватного права [13, с. 282-284]. Православно-католицька (*халкідонська*) традиція збагатилася ідеєю динамічної взаємності обох волей у природі Боголюдини – божественної та людської. Це мало не тільки трансцендентне, метафізичне, але й іманентне значення, оскільки йшлося не про пасивне сприйняття Божої благодаті, але активну вольову позицію, що передбачала вдосконалення людини, "обожнення людського

ества" через вирішення та долання матеріальних ("плотських") проблем суспільного життя.

Наявність волі суб'єктів суспільних відносин було завжди необхідною умовою дійсності правової угоди. Аналогічним чином це стосується й шлюбного договору. Якщо у християнському суспільстві (починаючи з VIII – X ст.) шлюб – це перш за все таїнство та виявлення згоди майбутнього подружжя (що є основною підставою/умовою та необхідною формою одруження), то в римському праві та правовій традиції народів Стародавнього Світу акт шлюбу був передусім цивільною угодою. В залежності від специфіки правового мислення та національних традицій визначалися суб'єкти шлюбних угод.

Оскільки візантійське право – це синтез трьох основних традицій: римського права, християнських цінностей та окремих інститутів грецької правової культури, – необхідно виявити основні концептуальні положення, що виражають кожну з названих традицій стосовно волевиявлення суб'єктів шлюбу.

За Гортинськими законами (Греція), яким більшість відповідають, за правовим змістом, юридичні джерела давньогрецького *ойкос*, дружина купувалася як звичайна річ, але річ з особливими якостями – здатністю здійснювати репродуктивну функцію роду. В будь-якому разі жінка практично не могла виявляти свою волю стосовно майбутнього шлюбу, оскільки інтереси сім'ї та роду домінували над її волевиявленням. В певних випадках наречену не купували, тобто вона не перетворювалася в об'єкт зобов'язального права (договір купівлі-продажу). Такий випадок настав, коли вона залишалась єдиним спадкоємцем сім'ї. Проте, виявити волю до шлюбу вона не могла й при цих обставинах, оскільки майбутній шлюб врегульовувався нормою звичаєвого права, що передбачала відповідні зобов'язання нареченої перед батьківською сім'єю, які зафіксовані в Гортинських законах: *дочка-спадкоємниця нехай буде видана заміж за старшого з братів батька* [6, с. 144]. Таким чином, воля дочки-спадкоємниці стала жертвою шлюбної стратегії батьків, що передбачала збереження майнового становища сім'ї та сакральних традицій роду.

Натомість чоловік міг виявити волю до шлюбу з жінкою, яка відповідала певним вимогам (статус свободи нареченої, належність до сім'ї з правом громадянства та фізична здатність до продовження роду). Втім, при згаданих обставинах, він, як і його дружина, також ставав об'єктом шлюбної стратегії родини, оскільки без права вибору був змушений одружитися з власною племінницею.

Щоправда, в I ст. н.е., за свідченням Діонісія з Галікарнасу, греки при одруженні дітей не обмежували їх волю формально-юридичними вимогами, характерними для римського права, оскільки процес емансипації дітей та їх одруження сприймався як вияв природних законів. [15, с. 277]. Однак сама ідея шлюбу у грецькому середовищі на межі старої і нової ери, а також впродовж перших століть після Різдва Христового була далекою від християнського ідеалу. В часи раннього християнства та в перехідному IV столітті існувало два взаємопов'язані рівні ментального сприйняття жінки та шлюбу: метафізично-трансцендентний та матеріально-іманентний. У контексті першого рівня вважалося, що основна мета та суспільне призначення жінки – народження дитини, що забезпечувало продовження роду і, таким чином, "втеча від смерті". Другий рівень був вираженням традиційних ціннісних орієнтацій пізньоантичного соціуму: шлюб уявлявся як засіб забезпечення майнових інтересів родини. В обох випадках ментальні стереотипи суспільства передбачали сприйняття шлюбу та інтимного життя подружжя як публічного явища [4, с. 297-342].

Проти цього експресивно і талановито виступав Св. Григорій із Нісси (Нізіанзін), який заперечував публічність шлюбу і вважав його таїнством, пропагував персоналізацію інтимних відносин подружжя, а народження дитини сприймав як сакральну подію християнської сім'ї [4, с. 312-316]. Звичайно, грецька доктрина шлюбних відносин та самого інституту шлюбу не відповідала християнським цінностям та майбутнім принципам візантійського права, а ідеї Григорія Нисського були реалізовані лише у VIII ст., як на рівні канонічного права (*Постанови Трулльського собору 691-692 pp.*) [18, с. 430-599], так і забезпечені цивільним законодавством (*Еклога, 1.1-3*).

В якості другого смислового потоку генези візантійської правової культури виступили юридичні доктрини римського класичного права. Як свідчать правові джерела, римське право мало не тільки доктринальний вплив, а стало юридично-технічною основою візантійської правової системи (наприклад, реформи імп. Юстиніана та Програма "очищення стародавніх законів" імп. Василя I – Лева VI) [14, с. 167-187].

Початки волевиявлення стосовно шлюбу у римській правовій традиції заховані в окутаній міфологічним мисленням історичній свідомості римських громадян. Першим міфоісторичним фактом шлюбного волевиявлення, за давньоримським епосом, було "викрадення сабінянок". Така форма встановлення шлюбних відносин збереглась в багатьох народів світу. Активно волевова роль належала нареченому, а пасивна – нареченій. Розрив з традиційним оточенням майбутньої нареченої, при існуванні нових форм укладення шлюбу, зберігся в історичній пам'яті етносів у формі симуляції викрадення нареченої.

На початку історії Стародавнього Риму, відомої уже за письмовими джерелами, склався шлюб *сум тапу*. Він походив з цивільного, а саме з речового права. В давньоримському обороті суб'єктами відносин були сімейні союзи, об'єднані владою *paterfamilias* (домовладки) [27]. Його влада спочатку в тій же мірі поширювалась на речі, рабів та членів *familia*. За своїми рисами підвладності це були майже тотожні об'єкти його власності. З часом у характері цієї влади, в залежності від диференціації її об'єктів, відбулися формально-правові зміни. Види владних функцій *paterfamilias* по відношенню до різних об'єктів власності отримали різний об'єм його правових можливостей. Влада над рабами, які визначались як *res* (речі), худобою та неживими предметами вважались речовим правом (правом власності). Дружина та діти, оскільки вони мали *status persona*, а не *res*, стали об'єктом влади сімейного права домовладки: діти потрапляли під *patria potestas*, а дружина – *manus mariti*. Останнє поняття і визначило назву шлюбу-сім'ї – *сум тапу*. Суб'єктом волевиявлення при вступі у шлюб і по відношенню до зовнішнього світу впродовж усього життя був чоловік, якщо він мав статус особи *sui juris* (свого права). Натомість дружина була об'єктом права чоловіка або іншого домовладки і мала статус особи *alieni juris* [чужого права]. За сімейним становищем по відношенню до своїх дітей вона стала *loco sororis* (в якості сестри), а по відношенню чоловіка-домовладки – *filiae loco est* (в якості дочки) [17, с. 274-275, 425].

Вид шлюбу по суті визначав право на реалізацію волі під час укладення шлюбної угоди. Натомість визначення та волевиявлення суб'єктів формування шлюбу залежало від його історичної форми. Відомий юрист класичного періоду римського права Гай у знаменитому творі "Інституції" аналізує три форми шлюбу: 1) *confarreatio*; 2) *coemptio*; 3) *usus* (Gai. Inst. 1. 110-113) [5, с. 31]. Перша форма передбачала низку сакральних

обрядів, зокрема відкушування обома нареченими особливого хліба – *panis farreus*. Звідси походить назва форми укладення шлюбу. Обов'язковим при цьому є урочистий характер обряду, особиста присутність наречених, які сакральною дією (куштуванням освяченого хліба) підтверджують своє волевиявлення щодо вступу у шлюб. Пізніше з'являються інші види та форми шлюбу, але форма *confarreatio* збережеться не тільки до часів Гая, але й до епохи християнізації права та становлення християнської форми шлюбу. Це зумовлено тим, що за традицією тільки особи, народжені в сім'ях, що створені за формою *confarreatio*, можуть займати сакральні посади. Не випадково в літературі поширено є думка, що *confarreatio* – виключно патриціанська форма шлюбу [24, с. 94].

Друга форма шлюбу – *coemptio* походить від купівлі дружини у її батька, іншого домовладки чи опікуна. При житті юриста Гая (2-га пол. II ст.) *coemptio* залишалась легальною формою емансипації жінки, яка могла фіктивно використати її для того, щоб позбутися небажаного опікуна або вийти з-під влади домовладки (Gai. Inst. 1. 113-115). В архаїчний та передкласичний періоди історії римського права *coemptio* – це традиційна форма шлюбу, доступна не тільки патриціям, але й плебейам [26, с. 94]. Як зауважив московський проф. Хвостов, це був світський обряд, який по формі нагадує набуття права власності шляхом *mansipatio* [26, с. 94]. Обряд, на думку московського юриста, передбачав купівлю дружини чоловіком. Натомість проф. Покровський переконаний, що обряд здійснювався як будь-яка купівля в присутності п'яти свідків [17, с. 424]. Наступні елементи шлюбної дії, на його думку, мають цілком символічний характер: наречений при здійсненні шлюбного обряду мав при собі вагу як при купівлі звичайних товарів, виголошував відповідну вербальну формулу і після цього передавав метал домовладки нареченої, купівля якої по суті фіксує волевиявлення нареченого і *paterfamilias*, при абсолютній пасивності нареченої (оскільки річ при купівлі "мовчить"). На наш погляд, відсутність явно виражених сакральних елементів у шлюбному обряді купівлі дружини свідчить про його соціальне походження. Очевидно, він був поширений серед плебейів, колишніх латинів та інших категорій населення, які отримали за едиктом імператора Каракалли у 212 році статус римських громадян. Тому їм недоступною, як і плебейам, була форма шлюбу *confarreatio*. Шлюб за формою *coemptio* очевидно відображав традиції середніх соціальних прошарків населення, частина яких належала до колишніх союзників республіканського Риму. За своєю формою він має інтернаціональні риси і в більшій мірі відповідає *jus gentium* [право народів]. Можна припустити, що в стародавні часи відповідна форма наповнювалась сакральною символікою.

Форма шлюбу *coemptio* цілком відповідає змісту шлюбу-сім'ї *сум тапу*. Можливо, звичайна купівля була поширена у часи недиференційованого підходу домовладки до усіх речей (рухомих та нерухомих, підвладних членів родини і рабів та неживих субстанцій). В період диференційованого сприйняття домовладкою об'єктів, на які поширюється його влада, очевидно, відбулись зміни і при купівлі дружини. Окрім елементів звичайного договору купівлі-продажу, форма шлюбу *coemptio* передбачала обряд, який мав також, як і елементи приватної угоди, юридичний характер. На думку проф. Покровського, перед актом *mansipatio* відбувався обмін запитаннями між нареченими стосовно згоди вступу у шлюб. Спочатку наречений запитував наречену "an tu mihi materfamilias esse velis" і отримував позитивну відповідь. Після цього наречена ставила подібне,

але відповідне до статусу майбутнього чоловіка запитання і також отримувала позитивну відповідь. Таким чином наречена, в інтерпретації відомого романіста з врахуванням історичних фактів, була і об'єктом, і суб'єктом *coemptio*. Він вважав, що юридичний смисл мала лише друга частина *coemptio*, у якій розв'язувалось питання *mansipatio* [16, с. 350]. На наш погляд, якщо усна згода обох наречених вступити у шлюб мала виключно обрядовий характер, то такий обряд формував переконання в суспільстві, що шлюб повинен опиратися на волевиявлення майбутнього чоловіка та дружини.

Отже, обидві форми шлюбу стали легальними засобами для створення римської сім'ї. *Coemptio* як форма шлюбу характерна для середовища плебеїв, хоча згодом поширилась майже на усіх римських громадян. Натомість *confarreatio* як форма шлюбу аристократії назавжди залишилась недоступною для плебеїв [16, с. 349]. Попри архаїчність походження, аристократична форма шлюбу цілком відповідала правовій доктрині доби Октавіана Августа і у частині врегулювання шлюбно-сімейних відносин, найбільш повно відобразилась в *Lex Julia et Papia Poppaea* та в *Lex Julia de adulteris* [16, с. 350]. У названих нормативно-правових актах законодавець передбачив правовий механізм, що фактично позбавляв можливості реалізацію волі аристократів щодо шлюбу з жінками, які належали до певних категорій громадян. Тобто йшлося про юридичну нікчемність шлюбу з особами, які визначалися за традиційними моральними (*повії, актриси, звідниці*) та соціальними (*вільновідпущеники*) принципами. Оскільки законодавець не міг обмежити правоздатності римських громадян, так як її визначає правовий статус особи, йшлося про обмеження, у нормативно визначених випадках, дієздатності окремих категорій населення. В період римського класичного права дієздатність правопорушників шлюбного законодавства обмежувалась нормами правової традиції та нормативно-правовими актами, які були результатом нормотворчої ініціативи принцепса. Обидві юридичні інституції (*форма шлюбу та правова доктрина*) мали, у класичний період, одну принципову рису – врегулювання шлюбно-сімейних відносин та захист інтересів римської аристократії. Для її повнокровного збереження, оскільки аристократія несла історичну відповідальність за долю громадян Риму, Октавіан Август вважав за необхідне обмежити можливість волевиявлення щодо незаконних дій, які порушували шлюбну традицію, суспільну мораль та існуючий порядок речей.

Третя форма шлюбу *cum manu* – *usus*, була доступна усім римським громадянам, у тому числі й вільновідпущеникам, окрім осіб сенаторського стану. В науковій літературі існує думка, що особливості даної форми шлюбу полягають у тому, що спільне проживання впродовж року надавало йому за *принципом давності* юридичної сили, тобто законності [17, с. 425]. Тим не менше, форма шлюбу *usus*, як свідчить аналіз джерел та літератури, передбачала два варіанти правочинності дружини щодо перспектив правового статусу: 1) зберегти попереднє правове становище; 2) змінити свій правовий статус. У першому випадку їй необхідно було залишити за *власною волею* на кілька днів оселю чоловіка перед закінченням річного терміну шлюбного життя і зберегти, таким чином, у контексті відносин з чоловіком *status familiae* – *personae sui juris*. Натомість у другому випадку, проживши у будинку чоловіка більше року вона шляхом *capitis deminutio minima* (мінімальне зменшення правоздатності особи, тобто за *сімейним статусом*) втрачала статус *personae sui juris* і набувала сімейного статусу *personae alieni juris*. Добровільне *capitis deminutio* дружини і набуття сімейного статусу

особи *alieni juris* зумовлювало її становище у сім'ї, як у попередніх формах шлюбу *cum manu*, на рівні *filia loco* (дочки домовладки). У даному випадку *capitis deminutio* дружини відбувається завдяки наступним юридичним явищам: 1) принципу давності, характерному для речового та зобов'язального права і поширеному при формі шлюбу *usus* для врегулювання шлюбно-сімейних відносин; 2) волевиявленню дружини, яка мала право вибору. Так, як володіння нерухомим майном впродовж двох років, а рухомим – одного року надавало йому статус власності, так і співжиття більше одного року забезпечувало чоловіка по відношенню до дружини владними правовими можливостями домовладки. Таким чином **воля жінки** могла бути реалізована відповідним вибором, від якого залежав її сімейний правовий статус та рівень особистої правоздатності. Добровільне визнання жінкою правового статусу домовладки через скорочення власної правоздатності, очевидно, сприймалось як юридичний засіб для збереження та зміцнення сім'ї. Така правова тенденція виглядала близькою до християнських приписів канонічного права, адже цілком повноправна жінка **добровільно** визнавала владу чоловіка, що окрім зміни змісту правовідносин повинно було сприяти зростанню його моральному авторитету. Однак, християнська правова доктрина передбачала зрівняння юридичних прав чоловіка та дружини. Натомість його маральний авторитет та відповідальність мали бути підставою для неформального і формального становища глави сім'ї, яке опиралось на сакральну традицію. Близька за правовим змістом концепція шлюбу з'явилася у збірнику права доби іконоборців (VIII ст.), що було результатом тривалої еволюції візантійського шлюбного права та ціннісних орієнтацій широких мас населення. Однак пізньоримські юристи намагалися створити юридичні механізми врегулювання правовідносин подружжя без залучення явищ сакральної сфери.

Подібні тенденції суспільного розвитку були помітні у Римській державі до і на початку християнської епохи. Так, у процесі суспільної еволюції під впливом філософії стоїків з'явився новий вид шлюбу – *sine manu*. Його правові ідеї та принципи мали тенденцію як до гуманізації суспільних відносин, так і до небезпеки втрати традиційних моральних цінностей. Шлюб *sine manu*, що виник у класичний період історії римського права у контексті ідей реалізації суб'єктивної свободи різностатевими суб'єктами права, передбачав принцип роздільності майна та відсутність чоловічої влади над жінкою. Однак цей вид шлюбу не завжди створював умови для зростання особистих прав жінки, оскільки вона часто залишалась під владою свого домовладки (батька, діда і т. ін.). Тим не менше, шлюб *sine manu* був важливим кроком до гуманізації сімейних відносин при забезпеченні особистих (майнових та немайнових) прав дружини. На думку істориків римського права такий вид шлюбу виник для узгодження інтересів та врегулювання правовідносин між патриціями та плебеями. Він потенційно міг надати жінці широкі можливості виявлення волі. На думку Й. Покровського, поява шлюбу *sine manu* – це справжній правовий переворот, що порушив традиційні принципи патріархальної римської сім'ї [16, с. 351].

Загальною тенденцією в добу християнізації римського права стає юридичне та фактичне розширення особистих (майнових та немайнових) прав жінки у шлюбі в межах її правового статусу [12, с.47]. Однак, це супроводжувалось суттєвим зростанням юридичної відповідальності за порушення норм шлюбного законодавства та християнської моралі. Відповідно до тогочасної християнської правової доктрини окремі аморальні дії, поширені у добу принципату, в добу християнізації

права вважалися небезпечними кримінальних злочинами проти суспільства і християнської Церкви. Зростання умов для реалізації особистої свободи пропорційно відобразилось на рівні юридичної відповідальності за неправомірну поведінку (перелюб, інтимні стосунки вільно народжених з рабами та ін.) [19, с. 161-181].

Загальновідомою є думка, що правові реформи імператора Юстиніана передбачали більш ефективні, порівняно з попередніми, нормативні гарантії, для захисту майнових прав дружини у шлюбі *sine manu*. Йдеться про заборони взаємних "подарунки" у шлюбі між чоловіком та дружиною, оскільки така практика могла цілком легально привести до втрати особистого майна. Особливо суворий правовий режим був створений для нерухомого детального майна дружини в контексті можливих посягань на нього чоловіка чи його спадкоємців [2, с. 829]. Окрім того, вона цілком вільно розпоряджалась особистим майном у шлюбі, яке позначалось римським поняттям *рагарнега* [2, с. 846]. Це створювало матеріальну основу для зростання особистих прав жіночої половини візантійського суспільства.

Волевиявлення при вступі у шлюб в добу Юстиніана регулювалось нормами Кодексу, Дигест, Інституцій та Новел. Так, першою умовою чинності шлюбу, за Дигестами, було волевиявлення його суб'єктів. "Не може відбутися шлюб, – зауважував в "Коментарях до едикту" римський класик Павло, – інакше, як за згодою всіх, хто поєднується шлюбом і в чий владі вони перебувають (D. 23.2.2)" [8, с. 275]. Таким чином, у сентенції йдеться про волевиявлення обох наречених і домовладки (батька, діда чи іншої особи). Разом з тим, із нормативного припису *Павла* витікає, що згода на шлюб третьої особи не потрібна, якщо наречений чи наречена має сімейний статус *personae sui iuris*.

Воля нареченого, при його відсутності, могла фіксуватись у листі, натомість згода нареченої, яка "вводиться в дім його", могла реалізовуватись при умові її особистої присутності (D. 23.2.5). Такий підхід юстиніанівських юристів мав доктринальний характер, джерелом якого були норми класичного права зафіксовані у Дигестах Юстиніана.

Тільки божевілля домовладки звільняло підвладного нареченого від очікуваної згоди. Однак, коли піддомовладка через психічну хворобу не міг адекватно виявити свою волю, то його право на згоду чи незгоду стосовно шлюбу переходить до батька нареченого і в протилежному випадку навпаки – від батька до діда (D. 23.2.9). Отже із сказаного можна зробити наступні висновки: 1) юристи класичного періоду та доби Юстиніана передбачали волевиявлення підвладних наречених на одному рівні з виявом волі їхніми домовладками (дід, батько та ін); 2) волевиявлення нареченого має юридичну силу незалежно від його форми (усної чи письмової, особистою заявою чи через представників); 3) волевиявлення нареченої здійснюється особисто і в усній формі; 4) законність шлюбу також корелювалась волевиявлення батьків, чинність якого залежала від правового сімейного статусу наречених: *особа своєї влади* чи *особа чужої влади*. В будь-якому разі, тільки згода усіх суб'єктів шлюбної процедури надавало шлюбу законної сили.

Втім, могли скластися обставини, коли потенційний учасник шлюбної угоди не виявив волі до укладення шлюбу. Специфіка врегулювання такої ситуації очевидно залежала від того, до якої категорії належав той потенційний суб'єкт шлюбу, який виявив негативне ставлення до його узгодження: наречена, наречений чи домовладка. Волевиявлення наречених при запереченні небажаного шлюбу у римській класиці було майже на одному юридичному рівні. Не дивлячись на підвладність дітей

одного та другого домовладки, шлюб без їх згоди вважався незаконним, оскільки волевиявлення усіх суб'єктів шлюбної угоди було найважливішою умовою його правомочності. Такі правові вимоги до інституту шлюбу були свідченням того, що часи, коли діти домовладки розглядалися в якості об'єктів його права на рівні з рухомим та нерухомим майном, залишилися у призабутому минулому архаїчного періоду. На нашу думку, принципову роль при цьому (рівність в правах щодо вияву волі до шлюбу наречених та тих, хто давав на це згоду) відіграло преторське право, оскільки згадана сентенція римського юриста Павла є ні чим іншим, як його тлумаченням відповідної норми "Постійного едикту" (D. 23.2.2).

Однак рівність юридичної сили волевиявлення батьків та дітей виявлялася і у тому, що батьки також мали право на негативне ставлення щодо бажаного для їх дітей шлюбу. Наприклад, батько дочки, що знаходилась під його владою, міг за своєю волею розірвати шлюбну домовленість (D. 23. 1.10). Розрадою для наречених у цьому та інших випадках ігнорування їх волевиявлення стало уже не *jus pretorium*, а норми невідомого раніше джерела/форми права, що з'явилося у добу Октавіана Августа під назвою *constitutiones principum*, а з II ст. за юридичною силою вважалася рівною *lex [закону]*. Спочатку Юлій Октавіан August [Святий], а згодом "божественні Север та Антонін" наказують своїм проконсулам та намісникам змусити батьків одружувати своїх дітей, очевидно, якщо вони не виявляли відповідне бажання, і надавати їм посаг (D. 23. 2.19). Безперечно, такий юридичний механізм врегулювання даної проблеми не відпадав правовій доктрині *jus civile*, а також юридичній техніці преторського права. Якщо претори творили "право справедливості", знаходячи такі витончені форми, що прямо не суперечили квіритському "цивільному праву", то принцепси-імператори часто керувалися суспільно-правовою доцільністю. Така доцільність очевидно не сприймалась *прокуліанцями*, які зазвичай вважалися захисниками традиції *jus civile*, натомість – з ентузіазмом обґрунтовувалась *сабініанцями* [28, с.109-110]. У випадках, коли йшлося про врегулювання міжособистісних відносин та захист особистих прав громадян Римської імперії, нові принципи шлюбно-сімейного права початку принципату, визначили відповідні тенденції, що, як свідчать уривки з Дигест, цілком відповідали правовим доктринам шлюбу пізньоримських юристів та систематизаторів права доби Юстиніана. Цей ентузіазм пізньоримських юристів яскраво виявився у змісті та стилістиці згадуваної нами сентенції Марціана, зокрема, у її останньому реченні, яка доповнює текст цитованих нами імператорських конституцій: "Але таким, що забороняє (шлюб) вважається й той, хто не шукає шлюбну партію (для своїх дітей)" (D. 23.2.2). Очевидно, принцепси-імператори мали на увазі не вольове нав'язування дітям знайдених батьками шлюбних партій, а можливість вибору з поміж наявних претендентів на шлюб.

Варто зазначити, що такі рішучі кроки у сфері законодавчої політики *principum* [перших з сенаторів], що одночасно поєднали повноваження кількох магистратів, юристи намагались реалізувати у формі відповідний правовим традиціям Римської держави: нормативний припис Юлія, тобто Октавіана Августа, був оформлений як закон *Julia et Papia Poppaea* і ухвалений сенатом, оскільки на той час законодавчі повноваження перейшли від народних зборів (*комицій*) до сенату [17, с. 169-170]. Таким чином подібна правова політика імператорів-принцепсів оформлялась як виявлення волі народу.

Згодом пізньоримські юристи – Марціан, Ульпіан, Павло, Папініан та Модестін цілком свідомо сприйняли необхідність нових юридичних механізмів у врегулю-

ванні шлюбно-сімейних відносин, зокрема, які забезпечували б зростання правоздатності підвладних дітей (D. 23.1-2). Разом з тим, вони намагалися теоретично обґрунтувати імператорські "новелістичні" *leges* як правову форму, тотожну за юридичною силою загальнонародній формі *lex*. Остання, у контексті ретроспективних уявлень, історичної традиції та суспільної свідомості, визначалась такою, що мала найбільшу юридичну силу та легітимність, оскільки опиралися на традиції квіртського права та волевиявлення *Romanus populus*. Таку непросту юридичну метаморфозу – отождення традиційно-народного *Lex* та "модерно"-імператорського *leges* – намагався обґрунтувати знаменитий пізньоримський юрист Ульпіан, який переконував у наступному: "Quod principi placuit, legis habet vigorem" [Що вирішив принцепс, має силу закону] (D. 1.4.1.).

Зосередження у руках імператорів законодавчих функцій дало їм можливість більш рішуче ухвалювати необхідні нормативно-правові акти, які на їх думку, виражали потреби суспільства. В першу чергу йшлося про імператорські конституції, що врегульовували шлюбно-сімейні відносини. Окрім того, це обумовило низку приватних та офіційних заходів по систематизації римського та ранньовізантійського права (Кодекси Гермогена, Грегоріана [9, с. 115] та Феодосія II) [11, с. 247-261].

Під час законодавчих реформ Юстиніана норми шлюбно-сімейного права увійшли в складові частини найбільш досконалої і об'ємної на той час систематизації публічного та приватного права імперії – *Corpus juris civilis* [23, с. 3-37]. У нашому контексті принципове значення має той факт, що праці 39-х відомих римських юристів, уривки яких увійшли у Дигести, незалежно від того чи володіли вони у свій час імператорським *jus response*, 31 грудня 530 року набрали законної сили. Тобто згадані вище сентенції римських юристів, які торкалися врегулювання шлюбних правовідносин та поміщені в 23-ій книзі Дигест, набрали у нових суспільних умовах відповідної юридичної сили. Завдяки цьому, вони стали нормативно-конструктивною основою подальшої еволюції візантійського права. Окрім того було систематизовано і підтверджено чинність імператорських конституцій, переважно християнської доби (від Константина до Юстиніана та класичного періоду (Антонін Пій, Марк Аврелій, Септимій і Олесандер Севери, Аврелій Антонін (Каракалла), Діоклетіан), що увійшли у Кодекс Юстиніана. Звичайно, усі частини (галузі) приватного права і, перш за все, нормативно-правові акти, що регулювали шлюбно-сімейні відносини, починаючи з доби християнізації права, набрали легітимності та законності.

Однак у період Юстиніана християнство лише частково змінило юридичний зміст інститутів приватного права. Одна з наукових проблем у даному контексті полягає в тому, щоб визначити відповідні зміни і проаналізувати юридичний механізм волевиявлення суб'єктів шлюбу. Як уже було зазначено, норми римських юристів не тільки не заперечувались, але й отримали юридичну силу. На нашу думку, це було зумовлено наступними обставинами: 1) у Дигести увійшли норми шлюбного права, які кардинально не суперечили правовій доктрині доби Юстиніана; 2) юстиніанівське шлюбне право, попри певні відображення християнських цінностей, було далеким до християнського ідеалу; 3) деякі нормативні конструкції римських класиків, незважаючи на протилежність релігійно-моральної основи римської та візантійської правової культури, увійшли як у Дигести Юстиніана, так і в інші візантійські збірки права. Прикладом може бути визначення шлюбу римського юриста Модестіна: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris*

communication" [Шлюб – це згод чоловіка та дружини, спільність усього життя та єднання (взаємні відносини) за божественним та людським правом] (D. 23.2.1), яке стало основним визначенням шлюбу у візантійській (світській) та канонічній правових системах. Варто згадати більш лаконічне визначення шлюбу Ульпіана: "*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*" (D. 50.17.30) [Шлюби створюються не співжиттям (зляганням, статевими відносинами [22, с. 111]), а згодою (сторін) – Пер. Л.Д.] Обидва нормативно-правові визначення основними суб'єктами укладення шлюбу та його існування вважали чоловіка та дружину. Якщо зміст сентенції Ульпіана визначає, що основною ознакою шлюбу є подружній договір, то у Модестіна йдеться про правову основу шлюбу. Як у першому так і в другому випадку увага акцентується саме на волевиявленні наречених при укладенні шлюбу (Ульпіан) та набутті ним відповідного правового становища.

Натомість автори Інституцій Юстиніана, що відображали правову парадигму Візантії VI ст., посилаючись на римське цивільне право, природне право та чинне імператорське законодавство, зафіксували перевагу згоди батьків над волевиявленням дітей (In.I.10.). Дочка вважалася такою, що виявила волю до його укладення, якщо активно його не заперечувала чи виявила згоду мовчанням. Причина нерівності правових можливостей батьків і дітей, нареченого і нареченої при укладенні шлюбу в добу Юстиніана, на думку автора, закорінена у нормативно-регулюючих механізмах дохристиянської римської та грецької правової традиції античної (дохристиянської) епохи.

Справжній переворот у сімейних відносинах між подружжям та у їхніх стосунках з дітьми відбувся у VIII ст. Основним збірником візантійського права доби іконоборців стала *Еклога* (726 р.) – вибірка із законодавства Юстиніана, за визначенням її творців. Насправді, юстиніанівські правові інститути зазнали принципових юридично-технічних та правових корекцій, що були обумовлені соціальними та релігійними причинами [29]. На авторитетну думку, яку висловив німецький вчений-юрист К. Цехаріе фон Лінгенталь, шлюбне християнське право вперше було детально розроблено лише у Еклозі [30, с. 57]. Дійсно, Еклога імператорів Ісврийської династії Лева III (717 – 741) та Константина V (741 – 775) передбачала майже повну рівність у майнових та немайнових правах і правовідносинах подружжя, суттєві зміни в особистих правах дітей, новели у формі шлюбу, зокрема, в способах волевиявлення його суб'єктів. За Еклогою, перед укладенням шлюбної угоди важливу роль законодавець надав заручинам, які стали цілком самостійним та формально визначеним інститутом шлюбно-сімейного права. За юридичною силою він майже не поступався шлюбній угоді, оскільки на заручених, завдяки цьому інституту, покладалися вагомні майнові та немайнові зобов'язання. Скасування заручин передбачало цивільну юридичну відповідальність досить широкого нормативного спектру. Шлюбна угода лише дублювала формальну згоду (волевиявлення) суб'єктів шлюбу. Принципове значення для надання шлюбним відносинам юридичної чинності, як свідчить зміст II титулу Еклоги – "Про укладення шлюбів між християнами", полягало у необхідності попереднього врегулювання майнових прав суб'єктів шлюбу. Натомість при угоді заручин першою принциповою умовою її правочинності була згода тих, хто заручався, а після цього згода їх батьків чи опікунів. Це волевиявлення зберігало чинність при вступі у шлюб, оскільки стосовно останнього заручени виявили волю, взявши на себе зобов'язання вступити у шлюб та усвідомлюючи покла-

дену на них юридичну (в позитивному значенні) відповідальність. Таке уважне ставлення до вияву волі суб'єктів шлюбу очевидно пов'язане з особливим його місцем в християнській христології. Разом з тим, вільному волевиявленню та його реальному здійсненню сприяла більш деталізована юридична процедура укладення шлюбної правової угоди.

Умовами вступу у шлюб була християнська віра, укладення його в письмовій чи усній формі (останнє очевидно стосувалось незаможних верств населення), віковий ценз для чоловіків 15 та для жінок 13 років, взаємне волевиявлення згоди наречених і їх батьків, а також відповідне становище наречених, яке передбачало відсутність ознак, за якими шлюб вважався незаконним (кровна спорідненість, свояцтво, статус свободи, віра та ін.). Сама форма шлюбу чітко виписана у 4-й статті II-го титулу Еклоги. Вона передбачала: письмову форму шлюбної угоди; наявності письмового договору про посаг; присутності трьох гідних довіри свідків; зобов'язання чоловіка підтвердити отримання повного посагу і його добросовісне збереження; дві зустрічні угоди, юридично рівносильні, стосовно посагу; шлюбний дар на користь дружини, що не обов'язково рівнявся посагу. Кожен елемент шлюбної угоди базувався на волевиявленні її суб'єктів при усвідомленні правових наслідків шлюбу, юридичних зобов'язань та настання, при відповідних обставинах, цивільної та кримінальної юридичної відповідальності.

Таким чином, завдяки реформі шлюбного законодавства у добу перших імператорів Ісаврійської династії з'явилися нові акценти у волевиявленні суб'єктів шлюбного права, які були результатом регулювання шлюбно-сімейного правовідносин, на якісно новій ціннісній основі візантійського права. Основні нормативно-правові приписи шлюбного права Еклоги, при незначних корекціях і доповненнях, зберегли свою чинність до кінця існування Візантії. Окрім того, шлюбне законодавство імператорів-іконоборців стало об'єктом рецепції візантійського права в межах території Римської імперії, а згодом переважно в країнах Південно-Східної та Східної Європи.

1. Азаревич Д. И. История византийского права. Ч. I. – Ярославль: Тип. Г. В. Фальк, 1876. – 118 с. 2. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический

центр Пресс", 2005. – 1102 с. 3. Бенеманский М. Прохирон. Вып. I. – Сергиев Посад, Тип. Св.-Тр. Сергиевой Лавры, 1906. – 556 с. 4. Браун, Питер. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві. Пер. з англ. В.Т. Тимофійчука. – К.: Мегатайп, 2003. – 520 с. 5. Гай. Институции // Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – 608 с. 6. Гортинские законы // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. В 2-х т. / Отв. ред. д.ю.н. Н.А. Крашенинникова. Т. 1. Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – С. 139 -149. 7. Гуляев Н. Предбрачный дар в Римском праве и в памятниках Византийского законодательства. – Дерпт, 1891. 8. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. IV. – М.: "Статус", 2004. – 780 с. 9. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с. 10. Дячук Л. Шлюбні "табу" у візантійській правовій культурі // Про українське право. Збірник статей кафедри теорії та історії держави і права. Число III / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2008. – С. 216-237. 11. Коптев А.В. Кодификация Феодосия II и ее предпосылки // Древнее право. № 1. – М., Спарк, 1996. – С. 247 – 261. 12. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии IV – VIII вв. – Л., Наука, 1976. – 230 с. 13. Лурье В. М. История Византийской философии. Формативный период. – СПб, Аxioma, 2006. – XX + 553 с. 14. Медведев И.И. Правовая культура Византийской империи. – СПб: Алетейя, 2001 – 576 с. 15. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: Підручник. – К., Юрінком Інтер, 2003. – 512 с. 16. Покровский И.А. История римского права. 4-е изд. – Л.: Изд. юрид. кн. кл. "Право", 1918 – 430 с. 17. Покровский И.А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 18. Правила Православной Церкви, с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. Пер. с сербского. Т. I. – М., Издательство "Отчий дом". – 650 с. 19. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. – № 9. – М., Спарк, 2002. – С. 161-181. 20. Соколов И.И. Усыновление и его отношение к браку в Византии и на современном греческом Востоке. Историческо-правовой очерк. – СПб, Синодальная тип., 1910. – 127 с. 21. Сюзюмов М.Я. Василики как источник для внутренней истории Византии // Византийский временник. – № 14. – М., Наука, 1958. 22. Трофимчук М., Трофимчук О. Латинсько український словник. – Львів, Видавництво Львівської богословської академії, 2001. – VIII + 694 с. 23. Удальцова З.В. Законодательные реформы Юстиниана // Византийский временник. – № 52. – М., Наука, 1967. – С. 3-37. 24. Форманюк В. К. Формування Візантійської системи шлюбно-сімейного права (IV – VI ст.): Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 / Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2001. – 22 с. 25. Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. – Одеса: Юрид. літ.-ра, 2000. – 260 с. 26. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 27. Шенвиц Ф. Власть римского домовладыки. – Варшава-Москва: Товарищество М. Вольфа, 1914. – 317 с. 28. Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И. И. Щукина. Под. ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с. 29. Эклога. Византийский законодательный свод VIII вв. / Вступительная статья, перевод и комментарий Липшиц Е.Э. – М., 1965. 30. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Berlin, 1892. – S. 57.

Надійшла до редколегії 18.10.10

Б. Малишев, 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.

Стаття посвящена анализу разработанной Богданом Кистьяковским (1860-1920) системы целей, обуславливающих функционирование права.

Ключевые слова: Б. Кистьяковский, 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 (1868-1920р.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. Кістяківсь-

кого, 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. Різниця між підходами вказаних вчених Б. Кістяківський 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 – попередю 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 же 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 соціоло-

гії 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 першо-причина. Кінцевою причиною не може бути моральний принцип (внутрішня свобода), оскільки дійсною метою права є зовнішня свобода. По-друге, вказаний стан суспільства не може бути метою, тому що її досягнення веде до самоліквідації 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 нариса, 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 заве-

ршенням 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 розумінні 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. Штамплера, 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 форма-

льно-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 важливість 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 праворозумінні ("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.

1. Кістяковский Б.А. Философия и социология права. – СПб.: РГХИ, 1999. – 800 с. 2. Козловский А.А. Право как познание: Вступ. до гносеологии права. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с. 3. Козловский А.А. Принцип единства права: гносеологические основы правовой концепции Б.О. Кістяківського (1868-1920) // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство : 36. наук. праць. 2002. Вип.161. – С.5-11. 4. Меленко О.В. Методология 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 18.10.10

Є. Черняк, канд. юрид. наук

КРИТЕРІЙ ВІКУ В ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Аналізуються причини та умови, якими керується Конституційний Суд України при вирішенні питання включення "віку" до об'єктів конституційного захисту.

Ключові слова: вікова дискримінація, дискримінація, принцип рівності, рівність, рівноправність.

Анализируются причины и условия, которыми руководствуется Конституционный Суд Украины при решении вопроса включения "возраста" к объектам конституционной защиты.

Ключевые слова: возрастная дискриминация, дискриминация, принцип равенства, равенство, равноправие.

Issues of what reasons and conditions do Constitutional Court of Ukraine rely on to include "age" in constitutional protection are analysed.

Key words: discrimination, age discrimination, equality, equality principle, equal rights.

Одним із принципів правового статусу особи, який проголошується Конституцією України, є принцип рівності конституційних прав і свобод громадян та їх рів-

ності перед законом (стаття 24) [3]. Цей принцип означає, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та ін-

ших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Стаття 14 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., яку Україна ратифікувала 17 липня 1997 р., передбачає ознаки дискримінації, але не дає їх вичерпного переліку: "Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою" [1]. У текст статті включено вислів "або інших обставин". Згідно з Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод та Конституцією України "вік" не входить до перерахованих у цих актах можливих ознак дискримінації. Актуальним залишається питання, які саме ознаки повинні входити до переліку "інших".

Окремі аспекти дискримінації та нерівності досліджені у працях як вітчизняних, так і зарубіжних вчених: М.В. Баглая, В.Г. Буткевича, О.Р. Дашковської, Є.Ю. Захарова, В.І. Євінтова, В.І. Крусса, Ф. Люшера, В.В. Маклакова, Б. Неделека, М.Ф. Орзіха, В.Ф. Погорілка, І.К. Полховської, П.М. Рабіновича, Дж. Ролза, Ю.М. Тодики, М.В. Філімонової, В.М. Шаповала та ін. Метою даної статті є дослідження правових позицій вітчизняного органу конституційної юрисдикції – Конституційного Суду України, з питань доцільності включення "віку" до переліку можливих ознак дискримінації.

Історично ідея (принцип) недискримінації пов'язана з вимогами релігійної та станової (Європа), расової (США, ПАР) рівності, а також з боротьбою жінок за політичні і громадянські права і свободи [4, с. 595]. Сьогодні все більше країн – насамперед держави-члени Європейського Союзу, а також деякі країни загального права – прийняли закони, які забороняють вікову дискримінацію при працевлаштуванні, доповнюючи перелік вже давно визнаних заборонених ознак дискримінації, таких як стать, раса, етнічне походження та навіть релігія ще й віковою ознакою [2].

Основні закони (Конституції) багатьох країн світу, які містять положення про принцип рівності, як правило, не виокремлюють вікову ознаку як дискримінаційну. Винятком, зокрема, можна вважати Конституцію Південно-Африканської Республіки (далі – ПАР) та Федеральну Конституцію Швейцарської Конфедерації. Вважається, що Конституція ПАР містить найбільш розгорнутий перелік ознак заборони дискримінації [4, с. 575 – 576]. Серед них – вікова ознака.

У пункті 3 статті 9 "Рівність" розділу 2 Конституції Південно-Африканської Республіки, яка була прийнята 8 травня 1996 р., визначено: "Держава не може безпідставно дискримінувати у прямий чи непрямий спосіб будь-кого за однією чи більше ознаками, включаючи расу, стать, вагітність, факт одруження, етнічне або соціальне походження, колір шкіри, сексуальну орієнтацію, вік, непрацездатність, релігію, віросповідання, переконання, культуру, мову і народження" [8, с. 7].

Згідно з частиною 2 статті 8 Федеральної Конституції Швейцарської Конфедерації, яка була прийнята Федеральними зборами 18 грудня 1998 р., схвалена на національному референдумі 18 квітня 1999 р. та вступила в дію 1 січня 2000 р., ніхто не повинен зазнавати дискримінації, зокрема за ознаками свого походження, раси, статі, віку, мови, соціального походження, способу життя, релігійних, філософських та політичних пере-

конань, так само як і внаслідок фізичних вад, розумової та психічної відсталості [9, с. 94].

Якщо "вік" не включено до переліку заборонених Конституцією України та міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, підстав дискримінації, яке обґрунтування дає Конституційний Суд України при вирішенні питань про наявність чи відсутність порушень принципу правової рівності громадян як наслідок встановлення законодавцем вікових обмежень для окремих груп населення?

Правова позиція Конституційного Суду України щодо питань встановлення вікових обмежень для певних груп населення полягає в наступному – **встановлення вікових обмежень не може вважатися порушенням принципу правової рівності громадян**. Свідченням саме такого розуміння вітчизняним органом конституційної юстиції принципу рівності є зокрема наступні рішення:

- Рішення від 18 квітня 2000 року № 5-рп у справі про віковий ценз [7];

- Рішення від 16 жовтня 2007 року № 8-рп у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування [6].

У справі про віковий ценз Конституційний Суд України мав вирішити питання про конституційність положення частини другої статті 5 Закону України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" від 23 грудня 1997 року, згідно з яким "Уповноваженим може бути призначено громадянина України, який на день обрання досяг 40 років".

Суб'єкт права на конституційне подання – 47 народних депутатів України – вважав, що встановлення вікового цензу для кандидата на посаду Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини суперечить положенням частини першої статті 8, частини другої статті 19, статті 21, частини третьої статті 22, статті 23, частин першої і другої статті 24, частин першої і другої статті 43, частини першої статті 64 Конституції України, оскільки статтею 101 Конституції України не передбачено вікового обмеження для громадян на заміщення посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

При вирішенні даного спору Конституційний Суд України мав розглянути питання, чи може віковий ценз для зайняття державної посади встановлюватися нормами законів України.

У пункті 2 мотивувальної частини Конституційний Суд України зазначив, що хоча Конституція України не містить терміна "ценз", проте встановлює відповідні кваліфікаційні вимоги до претендентів на певні державні посади. Це стосується кандидатів у народні депутати України (частина друга статті 76), претендентів на посаду професійного судді (частина третя статті 127), судді Конституційного Суду України (частина третя статті 148). Конституція України передбачає наявність певних кваліфікаційних вимог і до кандидата на пост Президента України (частина друга статті 103). Нерідко кваліфікаційні вимоги до окремих категорій державних службовців встановлюються відповідними законами України. Кваліфікаційні вимоги зумовлені родом і характером діяльності зазначених посадових осіб, а тому не можуть розглядатися як обмеження громадян у користуванні рівним правом доступу до державної служби.

Конституційний Суд України вказав на особливу важливість діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, змістом якої є здійснення парламентського контролю за дотриманням конституційних прав і свобод людини і громадянина. В силу особливої природи державної посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Верховна Рада України повноважна встановлювати кваліфікаційні

вимоги до особи, яка претендує на цю посаду. Конституція України (стаття 101) цього не забороняє. До таких кваліфікаційних вимог належать, зокрема, життєвий досвід та соціальна зрілість, які набуваються лише з досягненням певного віку.

Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України у цій справі критерієм у законодавчому встановленні кваліфікаційних вимог до віку є доцільність.

Отже, положення частини другої статті 5 Закону України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" від 23 грудня 1997 року, згідно з яким "Уповноваженим може бути призначено громадянина України, який на день обрання досяг 40 років" було визнано конституційним.

Відступом від висловленої раніше позиції щодо конституційності встановлення вікових обмежень для певних категорій громадян є Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 року № 14-рп у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу [5].

Питання, яке мав вирішити Конституційний Суд України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, полягало у тому, чи є встановлення граничного 65-річного віку для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації порушенням положень частини 1 статті 24 Конституції України, згідно з якою громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

Суб'єкт права на конституційне подання – 56 народних депутатів України – звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням про визнання неконституційним положення абзацу 2 частини 1 статті 39 Закону України "Про вищу освіту" (далі – Закон), яким встановлено, що граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації не може перевищувати шістьдесят п'ять років.

Народні депутати України вважали, що зазначене положення суперечить частині 1 статті 24 Конституції України, згідно з якою громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Твердження щодо неконституційності цього положення Закону народні депутати України обґрунтовували тим, що відповідно до частини 2 статті 24 Конституції України не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. На думку суб'єкта права на конституційне подання, вік громадянина слід відносити до інших ознак, за якими не може бути встановлено обмежень його прав та свобод.

При розгляді даного питання Конституційний Суд України виходив з наступного. Згідно зі статтею 43 Конституції України кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (частина 1); держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності (частина 2).

Конституційний принцип рівності не виключає можливості законодавця при регулюванні трудових відносин встановлювати певні відмінності у правовому статусі осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій, у тому числі вводити особливі правила, що стосуються підстав і умов заміщення окремих посад, якщо цього вимагає характер професійної діяльності.

Конституційний Суд України при вирішенні даної справи посилався на правову позицію, висловлену ним раніше у Рішенні від 18 квітня 2000 року № 5-рп/2000 (справа про віковий ценз), згідно з якою Конституція України встановлює відповідні кваліфікаційні вимоги до претендентів на певні державні посади; нерідко такі вимоги до окремих категорій державних службовців встановлюються відповідними законами України (пункт 2 мотивувальної частини).

Однак мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. У протинному разі встановлення обмежень на зайняття посади означало б дискримінацію.

Конституційний Суд підкреслив, що наведене ним тлумачення статті 43 Конституції України відповідає міжнародно-правовим актам. Так, згідно з Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права 1966 року держава може встановлювати тільки такі обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві (стаття 4).

Вирішуючи цю справу, Суд виключив можливість прирівняти керівників вищих навчальних закладів третього та четвертого рівнів акредитації до державних службовців (працівників правоохоронних органів) та військовослужбовців. Він сформулював правову позицію, згідно з якою ні положення Закону, ні позиції органів державної влади щодо встановленого граничного – шістьдесятип'ятирічного – віку для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації не дають змоги визначити мету встановлення такого обмеження. Але при будь-яких можливих цілях, які можуть випливати із Закону, встановлене обмеження не може бути визнане виправданим, обґрунтованим та справедливим. Принаймні є менш обтяжливі шляхи досягнення цих цілей, ніж автоматичне безпідставне позбавлення громадян можливості брати участь у балотуванні на посаду керівника вищого навчального закладу при досягненні шістьдесятип'ятирічного віку (пункт 4.2 мотивувальної частини).

Крім того, Конституційний Суд України виходив з того, що управлінські (адміністративні) функції керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації, закріплені в Законі, нерозривно пов'язані з його науково-педагогічною діяльністю в цьому закладі. Науково-педагогічні працівники є учасниками навчально-виховного процесу у вищих навчальних закладах (абзац 2 статті 46 Закону) і визначені як вчені, які за основним місцем роботи професійно займаються педагогічною та науковою або науково-технічною діяльністю у вищих навчальних закладах третього та четвертого рівнів акредитації (частина 2 статті 47 Закону, абзац 10 статті 1 Закону України "Про наукову та науково-технічну діяльність").

Для науково-педагогічних працівників, крім керівників вищих навчальних закладів третього та четвертого рівнів акредитації і керівників факультетів цих закладів, граничних вікових обмежень Законом не встановлено.

Але робота керівників вищих навчальних закладів третього та четвертого рівнів акредитації, як і всіх інших науково-педагогічних працівників, незалежно від посад, які вони займають, не обумовлена особливими вимогами, умовами або правилами професійної діяльності, які б слугували об'єктивним обґрунтуванням встановлення вікових обмежень для її виконання.

Оспорюване положення Закону ставить громадян, які однаковою мірою відповідають вимогам професійної правосуб'єктності, у нерівні правові умови щодо зайняття посади керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації за ознакою віку і таким чином фактично обмежує встановлені Основним Законом України гарантії рівних можливостей реалізації конституційного права громадян на працю.

Отже, Конституційний Суд України сформулював наступну правову позицію у цій справі: вікове обмеження для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації не ґрунтується на спеціальних вимогах до праці на цій посаді, і оскаржувана норма є дискримінаційною щодо реалізації права на працю, а тому суперечить положенням частини 1 та 2 статті 43, частини 1 та 2 статті 24 Конституції України.

Конституційний Суд України зазначив про обмеження принципів автономії та самоврядування вищих навчальних закладів стосовно добору і розстановки кадрів (пункт 4.4 мотивувальної частини).

Виходячи з наведеного, Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення абзацу 2 частини 1 статті 39 Закону має бути визнане таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним).

Можна зробити декілька висновків стосовно обґрунтування Конституційного Суду України у цій справі:

- конституційний принцип рівності не виключає можливості законодавця при регулюванні трудових відносин встановлювати певні відмінності у правовому статусі осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій, у тому числі вводити особливі правила, що стосуються підстав і умов заміщення окремих посад, якщо цього вимагає характер професійної діяльності;

- правова позиція Конституційного Суду України у цій справі ґрунтувалася на розмежуванні характеру діяльності керівників вищих навчальних закладів та державних службовців;

- керівники вищих навчальних закладів третього та четвертого рівнів акредитації, як і всі інші науково-педагогічні працівники, є учасниками навчально-виховного процесу у вищих навчальних закладах. Встановлення граничних вікових обмежень лише для керівників вищих навчальних закладів третього та четвертого рівнів акредитації є дискримінаційним.

Розглядаючи у 2007 році справу про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування, Конституційний Суд України підтвердив висловлену ним у Рішенні від 18 квітня 2000 року № 5-рп/2000 (справа про віковий ценз) правову позицію недискримінаційності вимог щодо віку [6]. Згідно цієї позиції встановлення Конституцією України та законами України певних кваліфікаційних вимог не порушує конституційного принципу рівності (стаття 24 Конституції України), адже всі громадяни, які відповідають конкретним кваліфікаційним вимогам, мають право займати відповідні посади (абзац третій пункту 2 мотивувальної частини); "критерієм у законодавчому встановленні кваліфікаційних вимог до віку є доцільність" (абзац шостий пункту 2 мотивувальної частини).

Суб'єкт права на конституційне подання – 47 народних депутатів України – звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням розглянути питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 23 Закону України "Про державну службу", статті 18 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування", статті 42 Закону України "Про дипломатичну службу", відповідно до яких гранич-

ний вік перебування на державній службі, на службі в органах місцевого самоврядування, а також на дипломатичній службі становить 60 років для чоловіків і 55 років для жінок.

Народні депутати України вважали, що зазначені положення цих законів ставлять громадян, які однаковою мірою відповідають вимогам професійної правосуб'єктності, у нерівні правові умови щодо зайняття одних і тих самих посад виключно за ознакою віку і таким чином обмежують встановлені Конституцією України гарантії рівних можливостей реалізації конституційного права громадян на працю.

З посиланням на частину другу статті 24 Конституції України автори конституційного подання стверджували, що вік слід відносити саме до "інших ознак", за якими не може бути встановлено обмежень прав і свобод громадян.

На думку суб'єкта права на конституційне подання, вікові обмеження, передбачені оспорюваними положеннями зазначених законів, не ґрунтувалися на спеціальних вимогах щодо зайняття посад, були дискримінаційними щодо реалізації права на працю, а тому суперечили частинам першій, другій статті 24, частині другій статті 38, частинам першій, другій статті 43 Конституції України.

Конституційний Суд України, розглядаючи порушені в конституційному поданні питання, виходив з наступного.

Суд вказав на необґрунтованість посилання авторів клопотання на мотивацію, яку було застосовано у Рішенні від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу). Правова позиція Конституційного Суду України у тій справі ґрунтувалася на розмежуванні характеру діяльності керівників вищих навчальних закладів та державних службовців (абзац перший підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини).

Конституційний Суд України використав сформульовану ним у Рішенні від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) правову позицію стосовно того, що за своєю природою право на працю є невідчужуваним і по суті означає забезпечення саме рівних можливостей кожному для його реалізації. Реалізація права громадянина на працю здійснюється шляхом укладання трудового договору і виконання кола обов'язків за своєю спеціальністю, кваліфікацією або посадою (абзаци другий, третій підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини). На підставі цього Суд дійшов висновку, що право на працю означає не гарантування державою працевлаштування кожній особі, а забезпечення саме рівних можливостей для реалізації цього права.

Згідно з частиною другою статті 38 Конституції України громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування.

Порівняльний аналіз положень законів України "Про державну службу", "Про службу в органах місцевого самоврядування" дає підстави стверджувати про єдиний підхід законодавця до проходження служби як в органах державної влади, так і в органах місцевого самоврядування.

Право рівного доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування є юридичною можливістю і не означає його негайної і беззастережної реалізації.

Конституційний Суд дійшов висновку про те, що встановлення законодавцем граничних вікових обмежень на зайняття посад державними службовцями та працівниками органів місцевого самоврядування у межах реалізації своїх повноважень не може розцінюватися як порушення принципу рівності.

Конституційний Суд України підтвердив правову позицію, викладену в абзацах четвертому, п'ятому підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу), згідно з якою конституційний принцип рівності не виключає можливості законодавця при регулюванні трудових відносин встановлювати певні відмінності у правовому статусі осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій, у тому числі вводити особливі правила, що стосуються підстав і умов заміщення окремих посад, якщо цього вимагає характер професійної діяльності.

Крім того, Конституційний Суд України констатував, що з урахуванням особливого (специфічного) характеру діяльності законодавством України встановлено певні відмінності, зокрема граничні вікові обмеження на зайняття посад, щодо державних службовців (працівників правоохоронних органів), військовослужбовців, працівників, які перебувають на службі в органах місцевого самоврядування, тощо.

Таким чином, гарантовані частиною 1 статті 24 Конституції України рівність прав і свобод громадян та їх рівність перед законом, а також неприпустимість привілеїв чи обмежень за ознаками, визначеними частиною 2 цієї статті, не перешкоджають встановлювати відмінності у правовому регулюванні праці щодо осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій.

Стосовно питання про віднесення віку до "інших ознак", за якими не може бути привілеїв чи обмежень, Конституційний Суд зазначив, що у частині 2 статті 24 Конституції вік відсутній у переліку ознак, за якими не може бути привілеїв чи обмежень (підпункт 3.4. пункту 3 мотивувальної частини). Не можна віднести вік і до "інших ознак", що згадуються у зазначеному положенні.

Вік як тривалість життя людини, період часу, який виділяється за певними ознаками, є змінною категорією. Громадяни послідовно переходять з однієї вікової категорії в іншу, втрачаючи встановлені для осіб даного віку певні права та привілеї, позбавляючись відповідних обмежень у правах і набуваючи інших прав, встановлених для відповідної вікової категорії. В цьому всі люди рівні і відрізняються лише за віком. Тому встановлення вікових обмежень не може вважатися порушенням принципу правової рівності громадян.

Положення статті 23 Закону України "Про державну службу" від 16 грудня 1993 року № 3723-XII з наступними змінами, статті 18 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування" від 7 червня 2001 року № 2493-III з наступними змінами, статті 42

Закону України "Про дипломатичну службу" від 20 вересня 2001 року № 2728-III з наступними змінами, якими встановлено граничний вік перебування на державній службі, на службі в органах місцевого самоврядування та на дипломатичній службі були визнані такими, що відповідають Конституції України.

Отже, при вирішенні питань про наявність чи відсутність порушень принципу правової рівності громадян як наслідок встановлення законодавцем вікових обмежень для окремих груп населення Конституційний Суд України виходить з необхідності з'ясування: 1) мети та доцільності введення законодавцем певного обмеження для окремих категорій громадян; 2) факту існування менш обтяжливих шляхів досягнення цілей, заради яких законодавець встановлював певні вікові обмеження; 3) рівня забезпечення кожній особі рівних можливостей для реалізації права на працю.

1. Закон України "Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції" від 17 липня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263. 2. Donald C. Dowling. International HR best practice tips: toward a functional cross-border age-discrimination policy // International HR Journal. – Spring 2009. – Vol. 18. – Issue 2 [Електронний ресурс] / Сайт "CEU library". Режим доступу: <http://www.library.ceu.hu/databases.html>. Дата доступу: 18.07.2010. 3. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Офіційний вісник України від 01.10.2010 – 2010 р., – № 72/1 (Спеціальний випуск). – стор. 15. – ст. 2598. 4. Крусс В.І. Теория конституционного правовогопользования / В.І. Крусс. – М.: Норма, 2007. 5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу другого частини першої статті 39 Закону України "Про вищу освіту" (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 [Електронний ресурс] / Сайт Конституційного Суду України. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua>. Дата доступу: 22.10.2010. 6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 23 Закону України "Про державну службу", статті 18 Закону України "Про службу в органах місцевого самоврядування", статті 42 Закону України "Про дипломатичну службу" (справа про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування) від 16 жовтня 2007 року № 8-рп/2007 [Електронний ресурс] / Сайт Конституційного Суду України. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua>. Дата доступу: 22.10.2010. 7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини другої статті 5 Закону України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" (справа про віковий ценз) від 18 квітня 2000 року № 5-рп/2000 [Електронний ресурс] / Сайт Конституційного Суду України. Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua>. Дата доступу: 22.10.2010. 8. The Constitution of the Republic of South Africa 1996 / As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly by South Africa. ISBN 0-620-20214-9. 9. Федеральная Конституция Швейцарской Конфедерации // Конституции зарубежных стран / Сост. Дубровин В.Н. М.: ООО Издательство "Юрлитинформ", 2006. – С. 93 – 127.

Надійшла до редколегії 22.10.10

Т. Чехович, канд. юрид. наук

ПЕРЕДУМОВИ ТА ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Стаття присвячена визначенню проблемних питань виникнення міжнародно-правової відповідальності на сучасному етапі розвитку міжнародних відносин.

Ключові слова: міжнародно-правова відповідальність, міжнародні правопорушення.

Статья посвящена определению проблемных вопросов возникновения международно-правовой ответственности на современном этапе развития международных отношений.

Ключевые слова: международно-правовая ответственность, международные правонарушения.

The article is devoted to identification of difficulties of the international legal responsibility at the present stage of international relations.

Key words: international legal responsibility, International offenses.

Сучасні міжнародні процеси інтеграції та глобалізації вимагають вдосконалення правового забезпечення в усіх сферах міжнародних відносин. Однією з важливих проблем сучасного міжнародного права є розуміння

передумов та підстав виникнення міжнародно-правової відповідальності суб'єктів міжнародного права за міжнародно-протиправні діяння. З кожним роком вона набуває все більш важливого значення та вимагає нага-

© Чехович Т., 2010

льного правового вирішення в умовах сучасного реформування міжнародних відносин.

Значення міжнародної відповідальності пояснюється тим, що вона сприяє єдності та організації системи міжнародного права, свідчить про належний рівень її розвитку. Слід зазначити, що роль інституту міжнародно-правової відповідальності стає важливою й для Української держави, оскільки саме сьогодні визначаються та встановлюються вектори зовнішньої політики. За цих обставин необхідно розуміти юридичні механізми вирішення можливих міжнародних спорів, взаємні межі міжнародно-правової відповідальності.

Резолюція Генеральної Асамблеї ООН про відповідальність держав, ухвалена на основі Проекту статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння 2001 р., а також прийняття проекту Кодексу про злочини проти миру й безпеки людства 1996 р., створення Міжнародних кримінальних трибуналів із Руанди й колишньої Югославії, Міжнародного кримінального суду свідчать про актуальність та необхідність наукового дослідження передумов та підстав міжнародно-правової відповідальності. Особливо слід акцентувати увагу на Проекті статей про відповідальність держав 2001 р., який має виняткове значення для закріплення міжнародно-правової відповідальності як міжгалузевого інституту міжнародного права й визначає новий етап сучасного розвитку міжнародного права.

Проблематика міжнародно-правової відповідальності завжди перебувала у полі зору юристів-міжнародників. Окремі питання передумов та підстав міжнародно-правової відповідальності були досліджені у працях вітчизняних і зарубіжних фахівців із міжнародного права, зокрема: Д. Анцилотті, І.П. Бліщенко, Я. Броунлі, В.Г. Буткевича, В.А. Василенка, О.Ф. Висоцького, Ю.М. Колосова, І.І. Лукашука, Л.Ф. Оппенгейма, Г.І. Тункіна, М.О. Ушакова, М.Н. Шоу, А. Фердросса та ін.

Метою даної публікації є дослідження теоретичних й нормативних засад передумов та підстав виникнення міжнародно-правової відповідальності.

Існування суспільних відносин – внутрішньодержавних і міждержавних – було б неможливим, якби суб'єкти цих відносин не несли відповідальності за свою поведінку. За висловом І.І. Лукашука: "Відповідальність – загально-соціальне явище" [1, с.11]. Вона, на нашу думку, притаманна суб'єктам будь-якої соціальної спільності. Саме відповідальність, як відзначає В.А. Василенко, забезпечує чітку структуризацію відносин, що складаються між цими суб'єктами в процесі їх спільної діяльності [2, с.7].

Інститут відповідальності має давню передісторію. Його джерела виявляються в механізмі соціального регулювання у внутрішніх та міжнародних суспільних відносинах. Цей механізм складався поступово, в процесі багатовікової практики, під впливом потреби у підтримці визначеного суспільством порядку [3, с.59]. Про потребу у створенні такого механізму говорить багато авторів, але момент їх виникнення в юридичній літературі не визначений, тому апіорі можна вважати цей інститут ровесником понять "право", "обов'язок". Саме відповідальність, як вірно вважає С.Б. Раскалей, виступає однією з тих гарантій дотримання вимог соціальних норм, що забезпечують виконання головної мети, заради якої створюються будь-які соціальні норми – забезпечити упорядкованість суспільних відносин [4, с.10]. Відповідальність як соціальне явище, на думку Ю.А. Денисова, "носить характер самозахисту суспільства від зазіхань на його устої" [5, с.41].

Загальнотеоретичний аналіз понять "відповідальність" і, зокрема, "відповідальність держави в міжнарод-

ному праві" залишається малодослідженим. Оскільки, у міжнародній доктрині відповідальність досліджується лише в контексті невиконання певних видів зобов'язань. Зокрема, про актуальність дослідження відповідальності держави свідчить багаторічна праця Комісії міжнародного права з кодифікації норм інституту відповідальності держав, яка поки ще не є закінченою.

Необхідно зауважити, що період формування й розвитку міжнародно-правової відповідальності до початку XX століття характеризувався домінуванням відповідних норм, що забезпечували захист правопорядку, вигідного лише окремим крупним державам. Ці норми припускали вирішення міжнародних конфліктів за допомогою воєнних засобів [3, с.59-62]. Ті чи інші зміни, що відбувалися в історії людства, безперечно істотно впливали на процес і характер формування й розвитку норм інституту міжнародної відповідальності, який безпосередньо пов'язаний з функціонуванням міжнародного права.

У доктрині міжнародного права існують різні думки щодо передумов відповідальності держави. Так, наприклад, один з найбільш досвідчених у проблематиці міжнародної відповідальності держав В.А. Василенко вважав передумовою відповідальності держави свободу її волі [2, с.7-8]. Фактично ця позиція без визначення певних обмежень зводиться до принципу: усе, що не заборонено – дозволено. Інші фахівці з міжнародного права (наприклад, Д.Б. Левін [6, с.26-28]) вважають, що існування міжнародної відповідальності держав визначається як об'єктивними, так і суб'єктивними передумовами. Об'єктивною передумовою міжнародної відповідальності є наявність правового регулювання міжнародних відносин, оскільки юридична відповідальність можлива лише за умови регулювання поведінки за допомогою правових норм. Доречним буде згадати, що у внутрішньому праві вважається загальновизнаним, що сама можливість юридичної відповідальності випливає з відносної свободи волі людини. Міжнародно-правова відповідальність держави також випливає з відносної свободи її дій у міжнародних відносинах.

Виходячи з цього, передумови відповідальності держави варто шукати насамперед у сутнісній властивості її статусу. Такою властивістю в соціальному плані є свобода волі держави, що втілюється в суверенітеті, який дає їй можливість діяти як суб'єкту права й одночасно, як відзначає В.А. Василенко, позбавляє можливості інші держави втручатись у її внутрішні суспільні відносини [2, с.14]. Саме суверенітет дає можливість державі діяти вільно для досягнення визначених цілей і задоволення її різних потреб і інтересів, а свобода волі держави, відтворена в її суверенітеті, є передумовою її відповідальності. Доречним буде зазначити, що проблема співвідношення активно обговорювалася у доктрині, особливо у минулому.

Основна передумова міжнародно-правової відповідальності держави – її здатність вибирати в об'єктивно обумовлених ситуаціях визначений варіант поведінки і бути відповідальною за свій вибір. Відповідальність, як вірно відзначає І.І. Лукашук, "... не лише не суперечить суверенітету, але й обумовлюється ним, якщо суверенітет розуміють як необхідну передумову гармонійного співробітництва у дусі суверенної рівності, а не як підставу для зазіхань на особливі права..." [1, с.20]. Держави створюють міжнародне право, надають йому зобов'язальний характер та юридичну силу для того, щоб за його допомогою забезпечувати свої суверенні права. В той же час проблема визначення основних передумов міжнародно-правової відповідальності держав залишається відкритою для наукових дискусій.

Тепер перейдемо до характеристики підстав міжнародно-правової відповідальності держав. У міжнародному праві значну увагу приділяють проблемі визначення підстав міжнародної відповідальності держав, умов виникнення міжнародно-правової відповідальності. При цьому замість терміну "підстава міжнародно-правової відповідальності" іноді застосовується "походження міжнародної відповідальності" як визначення того, на підставі яких даних і за яких обставин можна встановити у відношенні будь-якої держави наявність міжнародно-протиправного діяння як джерела міжнародної відповідальності.

У науці міжнародного права висловлюються різні точки зору щодо підстав виникнення міжнародно-правової відповідальності. Розробкою одного з найбільш обґрунтованих у свій час підходів до вирішення цього надзвичайно важливого питання у свій час займалися І.С. Самощенко і М.Х. Фарукшин. Вони правильно порушують питання, по-перше, на підставі чого суб'єкт може нести юридичну відповідальність. Відповідаючи на це запитання, вони наводять приклади норм права, закону, договору як підстав юридичної відповідальності. Іншими словами, без заборони того чи іншого діяння законом, договором або відповідною нормою права юридична відповідальність не може виникати. По-друге, за що суб'єкт може бути притягнений до юридичної відповідальності. Тут мова йде вже саме про фактичну підставу юридичної відповідальності, якою у розвинутому суспільстві можуть бути тільки заборонені законами дії людей і організацій [7, с.71-72].

При розгляді підстав відповідальності слід вивчити дві групи питань: на підставі чого суб'єкт міжнародного права може нести юридичну відповідальність; за що суб'єкт міжнародного права може нести цю відповідальність.

Виходячи з цього, розрізняють юридичні (нормативні) і фактичні (юридико-фактичні) підстави відповідальності, ніж якими існує тісний взаємозв'язок.

У загальному плані юридичні підстави відповідальності держави за міжнародні правопорушення – це сукупність юридичних обов'язкових приписів, міжнародно-правових актів, на підставі яких певний варіант поведінки держави кваліфікується як міжнародне правопорушення.

До юридичних підстав відповідальності держави В. А. Василенко відносить лише юридичне дійсні міжнародні зобов'язання, закріплені у правових міжнародно-правових актах. Беручи до уваги специфіку таких актів, він поділяє їх на три основні групи: міжнародний договір і міжнародний порядок; рішення міжнародних судів і рішення міжнародних (міжурядових) організацій, що мають обов'язкову силу; окремі односторонні міжнародно-правові акти держав [2, с.136].

Розглядаючи кожну із зазначених груп докладніше, необхідно зауважити на наступному.

Міжнародний договір і міжнародний порядок справедливо посідають перше місце в ієрархії джерел юридичних основ міжнародно-правової відповідальності. При цьому якщо говорити про договори, то має йтися тільки про правомірні договори. Приписи недійсних міжнародних договорів не мають юридичної чинності, що закріплено в статтях 48 – 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р.

Хоч міжнародний порядок належить до цієї групи юридичних підстав відповідальності, його місце скромніше, ніж міжнародного договору. Це зумовлено тим, що в сучасний період розвитку міжнародного права сфера дії звичаєвих норм помітно звузилася на тлі значного розвитку договірної регуляції міжнародних відносин. Проте міжнародний порядок залишається особливою формою і засобом, що закріплює визнання

певного способу поведінки держав як юридичне обов'язкового правила їх взаємовідносин.

Рішення міжнародних судів як джерело юридичних підстав відповідальності цікаві тим, що вони встановлюють права та обов'язки сторін, що сперечаються, і завжди мають для цих сторін спору обов'язковий характер. Є загальноприйнятим, що, передаючи спір на розгляд міжнародного суду, сторони беруть на себе зобов'язання підкоритися прийнятому рішення. При цьому сторони виходять із того, що основою обов'язкової сили таких рішень є приписи норм міжнародного права.

У даному контексті В. А. Василенко розрізняє дві типові ситуації: коли рішення виносяться у зв'язку з правомаганнями сторін, що сперечаються, які не є наслідком міжнародного правопорушення; коли рішення виносяться у справі про порушення приписів міжнародно-правового акта [2, с.139-140].

У першому випадку суд встановлює нові права та обов'язки сторін щодо предмета спору, у другому – факт правопорушення, визначаючи види і форми відповідальності держави-правопорушниці.

Рішення міжнародних (міжурядових) організацій стають джерелом юридичних підстав міжнародно-правової відповідальності держави лише тоді, коли такі рішення відповідно до статуту цієї організації мають юридично обов'язковий характер. Рішення міжнародних організацій становлять так зване внутрішнє право міжнародних організацій, що є джерелом як повноважень, так і обов'язків держав-членів.

Наприклад, Статут ООН встановлює обов'язкові для його членів свої власні правила процедури (ст. 21), бюджет ООН і розподіл витрат між членами (ст. 17), порядок призупинення здійснення прав і привілеїв членам організації (ст. 5) і т. д.

До односторонніх міжнародно-правових актів держав, розглянутих в окремих випадках у ролі юридичних підстав міжнародно-правової відповідальності, можна віднести односторонні акти держави у формі декларацій, заяв, нот, виступів посадових осіб. Маються на увазі, безумовно, такі акти, через які держава визначає конкретні правила або лінію своєї поведінки у сфері міждержавних відносин і бере на себе відповідні міжнародні зобов'язання [8, с.155].

Джерелом юридичних підстав відповідальності держави, на думку В. А. Василенка, є лише ті її односторонні міжнародно-правові акти, що мають самостійне значення у плані добровільного прийняття цієї державою певних міжнародних зобов'язань стосовно інших держав і визнаються цими державами [2, с.139].

Ще виразніше з цього приводу висловлюється І.І. Лукашук, зазначаючи, що "коли одна держава, з огляду на конкретні обставини односторонньої декларації іншої держави, почала на цій підставі певні дії і зміна декларації може завдати їй збитків, то така зміна неправомірна до завершення відповідної дії" [1, с.202]. Від односторонніх міжнародно-правових актів слід відрізнити внутрішньодержавні правові акти, дія яких не поширюється на міждержавні відносини.

Важливе практичне і теоретичне значення має класифікація міжнародних правопорушень, що сприяє визначенню характеру відповідальності держави-правопорушниці. Розрізняють кілька основних видів міжнародних правопорушень. Так, професор Харківського університету В.А. Уляницький у своїй праці, написаній у співавторстві з професором Л.А. Камаровським ще в 1908 р., з-поміж міжнародних правопорушень виділяв такі: недодержання трактатів, особливо якщо вони мають важливе значення для кількох держав; прагнення окремої держави до поневолення інших самостійних

держав і до всесвітнього панування; напад без оголошення війни і без достатнього приводу; прагнення держави до панування у відкритому морі, що визнається міжнародною територією; псування міжнародних шляхів і споруд, встановлених для забезпечення міжнародного спілкування; порушення прав дипломатичних агентів і органів міжнародного спілкування; порушення міжнародних інтересів держав, які ґрунтуються на юридичних основах, а саме: вигнання іноземців із держави, відмова іноземцю у захисті і правосудді, релігійні утиски [9, с.306].

Закріплена у Статуті Ліги Націй заборона війни і дане у Лондонських конвенціях 1933 р. визначення поняття агресії загострили питання відповідальності держав за розв'язання і ведення агресивної війни. Під впливом цих та інших міжнародних документів професор А.М. Трайнін уперше запропонував свою класифікацію злочинів проти миру, виділивши три їх групи [10, с.288]. До першої групи, що охоплює найгострішу форму посягань на мир, як підкреслював А.М. Трайнін, мають бути включені агресивні дії [10, с.289]. Це передусім воєнна агресія, що є прямим і безпосереднім запереченням миру, а також допомога агресії, загроза агресії і блокада, що прилучаються до неї.

Другу групу посягань на мир становлять ворожі дії проти іншої держави, дії, що не є прямим воєнним актом, однак явно спрямовані проти іншої держави і тим самим безпосередньо створюють небезпеку воєнних конфліктів. До них належать: пропаганда агресії, підтримка озброєних банд, невиконання зобов'язань за міжнародними договорами, укладеними на захист миру (наприклад, невиконання міжнародних зобов'язань щодо скорочення озброєнь), тероризм.

Нарешті, до третьої групи він включає неприємні дії, що не можуть бути розцінені як ворожі у буквальному розумінні, проте вносять елементи відчуженості й розладу в мирні відносини народів. До них належать: виготовлення й розповсюдження підроблених документів і поширення фальшивих відомостей, спрямованих проти іншої держави, а також посягання на престиж і честь іншої держави.

Сучасне міжнародне право не дає вичерпного переліку конкретних правопорушень. Адже скільки інтересів, які захищаються сучасним міжнародним правом, стільки може бути й міжнародних деліктів.

Водночас класифікація безумовно можлива відповідно до поставленої мети вибору її критеріїв. Класифікація, запропонована професором А. М. Трайніним, ґрунтується на критерії міри соціальної небезпеки міжнародного правопорушення [11, с.14-15].

За схемою, запропонованою Г. І. Тункіним, правопорушення поділяють на дві категорії. До першої належать правопорушення, що становлять небезпеку для миру, до другої – решта правопорушень [11, с.14-15].

Безумовний інтерес становить класифікація міжнародних правопорушень, яку запропонував В. А. Василенко на підставі таких взаємозалежних і взаємозумовлених критеріїв: значущість міжнародно-правових актів і характер регульованих ними правових відносин; передбачуваний спосіб дій держави-правопорушниці; міра соціальної небезпеки і характер наслідків міжнародного правопорушення.

За цими критеріями можна виділити три основні види міжнародних правопорушень: ординарні міжнародні правопорушення; особливо небезпечні міжнародні правопорушення; найтяжчі міжнародні злочини [2, с.140].

Ординарні міжнародні правопорушення не мають явно виражених ознак, зафіксованих відповідними міжнародно-правовими нормами. Ці ознаки встановлюють на основі аналізу відповідних міжнародних зобов'язань

держави, що містяться в договорах, звичаях, рішеннях міжнародних судів і т. п. До ординарних міжнародних правопорушень належать, як правило, порушення зобов'язань окремих держав одна перед одною.

Особливо небезпечні міжнародні правопорушення пов'язані з порушенням міжнародно-правових норм, у яких закріплені зобов'язання держав не тільки одна перед одною, а й перед усім міжнародним співтовариством держав. Вони являють собою дії, що становлять загрозу загальному миру й безпеці. До категорії особливо небезпечних можна віднести порушення заборон, що містяться, зокрема, у Женевській конвенції про відкрите море 1958 р. Договорі про заборону випробувань ядерної зброї 1963 р. і т. п. [3, с.59-62].

Найтяжчі міжнародні злочини становлять групу міжнародних правопорушень, ознаки яких, як правило, чітко сформульовано у міжнародних договорах, угодах та інших актах, що відіграють особливо важливу роль у системі норм міжнародного права та підтриманні міжнародного правопорядку. При вчиненні таких злочинів порушуються основоположні загальні принципи міжнародного права, їхні наслідки передбачають не тільки відповідальність держави в цілому, а й міжнародну кримінальну відповідальність винних посадових осіб.

Найтяжчі міжнародні злочини називають також злочинами проти людства. Відповідно до Статуту Нюрнберзького міжнародного військового трибуналу (ст. 6) і за Статутом Токійського міжнародного військового трибуналу (ст. 5) злочини проти людства у свою чергу поділяють на три групи: злочини проти миру (планування, підготовка, розв'язання або ведення агресивної війни); воєнні злочини (порушення законів і звичаїв війни); злочини проти людяності (убивства, винищення, поневолення, заслання та інші види жорстокості).

На підставі викладеного можна зробити висновок, що юридичними підставами міжнародної відповідальності держав є будь-які юридично обов'язкові і юридично дійсні розпорядження договірних, звичаєвих міжнародно-правових норм, що є дійсними у відношенні відповідної держави.

Характеризуючи фактичні підстави міжнародно-правової відповідальності держав, необхідно зазначити, перш за все, що нормативна (правова) підстава допускає потенційну можливість настання відповідальності, але її недостатньо для виникнення відповідних відносин юридичної відповідальності. Щоб відповідальність стала дійсністю, необхідна наявність спеціальних юридико-фактичних обставин або так званих юридичних фактів, що породжують правоохоронні відносини, як пише С.С. Алексєєв. Міжнародно-протиправне діяння як визначений різновид юридичних фактів і складає юридико-фактичну підставу відповідальності, тобто те, за що суб'єкт несе юридичну відповідальність (міжнародно-правову відповідальність).

Таким чином, інститут міжнародно-правової відповідальності – це сукупність міжнародно-правових норм, що регулюють відносини між державою (або державами), яка вчинила міжнародно-протиправне діяння і потерпілою від цього діяння державою (або державами), шляхом забезпечення виконання державою-порушницею зобов'язання ліквідувати негативні наслідки цього протиправного діяння у вигляді певних матеріальних або нематеріальних обмежень за допомогою системи міжнародно-правових примусових заходів (санкцій і контрзаходів) з метою забезпечення принципів та норм міжнародного права й охорони міжнародного правопорядку.

Підстави виникнення міжнародно-правової відповідальності поділяються на юридичні (нормативні) та фактичні (юридико-фактичні). Юридичні підстави: це

сукупність юридично обов'язкових вимог дійсних міжнародно-правових актів та звичаїв, на основі яких певна поведінка, (дія або утримання від дій) держави кваліфікується як міжнародно-протиправна і в силу якої суб'єкт міжнародного права повинен нести відповідальність.

Основною передумовою міжнародно-правової відповідальності держави є її здатність вибирати в об'єктивних обумовлених ситуаціях визначений варіант поведінки і бути відповідальною за свій вибір, що проявляється у формі державного суверенітету.

1. Лукашук І.І. Право международной ответственности. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 405 с. 2. Василенко В.А. Ответственность государства за международное правонарушение. – К.: Вища школа, 1976. – 276 с. 3. Блажевич Ю.Ю. Деякі аспекти історичного розвитку інституту відповідальності за міжнародні правопорушення // Підприємство, господарство і право. – 2002. – №5. – С. 59 – 62. 4. Раскалей С.Б.

Объективная ответственность в международном праве. – К.: Наукова думка, 1985. – 120 с. 5. Денисов Ю.А. Общая теория правонарушения и ответственности. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1983. – 224 с. 6. Левин Д.Б. Ответственность государств в современном международном праве: проблема кодификации и прогрессивного развития норм и принципов международного права. – М.: Международные отношения, 1966. – 152 с. 7. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юрид. лит-ра, 1971. – 240 с. 8. Бардин А.В. Санкции в механизме международно-правовой ответственности. Процесуальні аспекти // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – К., 2001. – Випуск 29, ч.2. – С. 150-155. 9. Баймуратов М.О. Международное публичное право: Учебник. – К.: Истина, 2004. – 552 с. 10. Дмитрієв А.І., Муравйов В.І. Міжнародне публічне право: Навч. посіб. / Відп. ред.: Ю.С. Шемшученко; Л.В. Губерський. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 638 с. 11. Омисоре С. Современные тенденции международно-правового регулирования законного применения силы / Ин-т междунар. отношений Киев. ун-та им. Т.Шевченко. – К.: ООО "Междунар. финанс. агентство", 1997. – С. 14-15.

Надійшла до редколегії 18.10.10

УДК 347.732

В. Рєзнікова, канд. юрид. наук, доц.

ІНСТИТУТ ПОСЕРЕДНИЦТВА В ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

Статтю присвячено аналізу правової природи посередництва в господарському обороті України. Проаналізовано існуючі в правовій доктрині концептуальні напрямки щодо розгляду посередництва: як "дії, діяльності", як "правовідношення" або як "прийому юридичної техніки". Надамо характеристику кожному з наукових підходів до змісту посередництва за ознакою дій, які входять до його складу (юридичних та/або фактичних). Виявлено неприйнятність існуючих підходів до розкриття правової природи, сутності категорії "посередництво". Виділено ознаки та визначено поняття посередництва.

Ключові слова: посередництво, юридичне посередництво, фактичне посередництво, змішане посередництво, посередницька діяльність.

Стаття посвячена аналізу правової природи посередництва в хозяйственном обороте Украины. Проанализированы существующие в правовой доктрине концептуальных направлений относительно рассмотрения посредничества: как "действий, деятельности", "как правоотношения", "как приема юридической техники". Дана характеристика каждому из научных подходов к содержанию посредничества по признаку действий, которые входят в его состав (юридических и/или фактических). Выявлена непригодность существующих подходов к раскрытию правовой природы, сущности категории "посредничество". Выделены признаки и определено понятие посредничества.

Ключевые слова: посредничество, юридическое посредничество, фактическое посредничество, смешанное посредничество, посредническая деятельность.

This article is dedicated to analysis of legal nature of mediation in economical turnover of Ukraine. Existing conceptual directions at the legal doctrine as for mediation, such as: actions, activity, legal relationship, device of legal techniques, – have been analyzed. Each of scientific approaches to the content of the mediation due to features of actions that are at its content (legal or actual) have been characterized. Unacceptability of some existing approaches to the description of the legal nature and essence of the category 'mediation' has been revealed. Notion of "Mediation" has been determined and its features have been marked out.

Key words: mediation, legal mediation, actual mediation, mixed mediation, mediation activity.

Юридична наукова думка щодо посередництва походить своїм корінням у 19-20 ст.ст., коли країна пережила неймовірні катаклізми державної перебудови. Перехід від капіталістичного способу виробництва до соціалістичного, а потім знову повернення до капіталізму зі значними революційними потрясіннями справили значний вплив на економічну, юридичні та інші суспільні науки, як і на вітчизняне законодавство в цілому. Тому процес становлення та розвитку інституту посередництва в Україні має свої характерні особливості. Необхідно відзначити, що в історико-юридичному розвитку інститут посередництва в сфері господарювання (комерційне посередництво) значно відрізняється від торговельного посередництва у романо-германській правовій системі, як і від протилежної їй англо-американської системи права. Вітчизняне законодавство, можна сказати, майже не знаходилося під безпосереднім впливом римського права, на відміну країн романо-германської правової системи. Попри це, інститут комерційного посередництва у вітчизняній правовій системі все більше тяжіє саме до германських правових традицій. Зауважимо також, що вживання в практиці господарювання терміну "комерційне посередництво" видається невіправдано звуженим порівняно з терміном "посередництво в сфері господарювання", оскільки сам термін "комерція" (походить від лат. "commercium" – торгівля) може бути визначений як підприємницька діяльність, – торгівля,

торговельно-посередницька діяльність, участь в продажі або сприянні продажу товарів. Тому комерційні відносини повинні визначатись як торговельні відносини, а комерційна діяльність як торговельна діяльність. Відповідно й комерційне посередництво, – як торговельне. Однак, сферою торгівлі посередництво в господарському обороті не обмежується. Тому більш правильним є говорити про посередництво в сфері господарювання, яке є більш загальним поняттям по відношенню до комерційного посередництва.

Загальноприйнятою вважається теза щодо залежності ефективності економіки від дієвості та ефективності законодавства, що регулює відповідну сферу суспільних відносин. Правове регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання України, як невід'ємної складової ефективної економіки сучасності, потребує вдосконалення. Це обумовлено передусім тим, що категорія "посередництво" у різноманітних значеннях використовується в чинному законодавстві України, однак сам термін "посередництво" залишається в законодавстві невизначеним. Окрім того, як в цивілістичній, так і в господарсько-правовій науці, поняття посередництва, його співвідношення з поняттям представництва є дискусійним. Одні автори вважають, що посередництво обмежується лише здійсненням фактичних дій, інші, навпаки, гадають, що до поняття посередництва включаються договори, так званого, "простого" посере-

дництва, що набули дотепер законодавчого закріплення. У той же час, предметом такого договору є пошук клієнту необхідного контрагента і на практиці такі договори активно використовуються посередницькими структурами. На сьогодні, все частіше пропонується під посередництвом розуміти будь-яку діяльність, що здійснюється на основі договорів про надання "юридичних" послуг: доручення, комісії, агентування, довірчого управління майном. Однак при цьому, оминається стороною та випускається в поля зору та обставина, що історично склалось і інше розуміння посередництва, – як діяльності зі "зведення" двох контрагентів, до складу якої не входять дії юридичного характеру, натомість ця діяльність включає в себе дії фактичного характеру, не пов'язані з виявленням посередником своєї волі в угоді. Все актуальніше звучить питання про те, яке ж з названих явищ повинно охоплюватися терміном "посередництво" на сучасному етапі і чи можуть охоплюватися всі вони одним поняттям "посередництво". Водночас, визначення змісту категорії "посередництво" дозволить відмежувати посередництво в його юридичному розумінні від суміжних правових та економічних категорій. Саме тому доктринальні проблеми, пов'язані з визначенням правової природи, розумінням сутності посередництва як господарсько-правової категорії, без яких неможливим є ефективне здійснення посередницької діяльності в сучасному господарському обороті України, набувають все більшої актуальності.

Правовому регулюванню посередництва в Україні присвячено праці таких авторів, як: В.А. Васильєва, Г.І. Сальнікова, В.В. Луць, Н.С. Кузнєцова, Р.В. Колосов та ін. Однак, слід відмітити, що науково-теоретична розробка відповідної тематики зазначеними авторами виконується переважно з цивільно-правової точки зору. Господарсько-правові та комплексні дослідження посередництва в Україні є фрагментарними, здійснюваними переважно в контексті супутнього аналізу інших проблем правового регулювання господарських правовідносин та/або господарської діяльності.

Залишаються без відповіді питання про те, що таке посередництво, якою є його правова природа, які саме дії (фактичні та/або юридичні) складають собою зміст посередницької діяльності. Надання відповіді на ці питання і є безпосередньою метою даної публікації.

Для виявлення правової природи посередництва є необхідним провести аналіз юридичного змісту категорії "посередництво" в господарському праві. Загалом, можна виділити *три концептуальних напрямки розгляду посередництва*: як "дії, діяльності", як "правовідношення" або як "прийому юридичної техніки".

Згідно з першою концепцією, *посередництво* розглядається як *одинарна дія або комплекс (система) дій*, тобто *діяльність*. Така діяльність завжди трактується: 1) як діяльність (юридичні та/або фактичні дії) за чужий рахунок та в чужому інтересі; 2) як діяльність, що здійснюється при повідомленні, обізнаності третіх осіб щодо посередницького характеру цієї діяльності; 3) як діяльність, що породжує безпосередній правовий результат для іншого суб'єкта (в інтересах та за рахунок якого така діяльність здійснюється). У якості передумови посередництва може розглядатися правовідношення між замовником (клієнтом) та виконавцем (посередником) в рамках якого у посередника виникає повноваження діяти за рахунок та в інтересах замовника (клієнта). Як видається, концепція трактування посередництва як "дії, діяльності" виявляє те правове обґрунтування, що є виробленим правовою доктриною для розуміння правової природи того чи іншого фрагменту юридичної дійсності. З точки зору практичної значущості, саме правомірна діяльність

посередника є тим юридичним фактом, що породжує правовий результат для замовника, в інтересах якого діє посередник. Однак, при цьому діяльність посередника як від власного імені, так і від імені особи, в інтересах якої діє посередник, залишалась би неприпустимим втручанням до правової сфери останнього, і не мала б для особи замовника будь-яких правових наслідків, якби була відсутня інша умова, визначена доктриною та законодавством як "повноваження".

Правові дії являють собою специфічну форму волевої активності суб'єктів суспільних відносин. Посередництво є наявним тоді, коли посередник активно діє. При цьому дії посередника – це ті юридичні факти, котрі у складі інших правових підстав, можуть бути достатніми та необхідними для досягнення мети посередництва. Діяльність посередника як від власного імені, так і від імені особи, в інтересах якої діє посередник, є здатною досягнути відчутного правового результату для посередника лише наряду з волевиявленням самого замовника (клієнта), що може виражатися як в наданні посередникові відповідних повноважень діяти певним чином, так і у "визнанні" правового результату його дій. Коли посередник діє від власного імені, хоч за рахунок і в інтересах замовника, цього є достатньо. Однак, подекуди посередництво тісно переплітається з представництвом. Зокрема, в практиці господарювання посередникові досить часто для гарантованого досягнення ним позитивного ефекту від посередницької діяльності, нарівні з посередницькими повноваженнями (діяти за рахунок та в інтересах замовника), надаються також і представницькі повноваження (право діяти від імені замовника при проведенні переговорів, укладенні різного роду угод тощо). В такому разі посередництво та представництво стають взаємопроникними поняттями й значення набуває також волевиявлення третьої особи, зумовлене каузою угода, що укладається з особою замовника (в інтересах якого діє посередник), й прийняттям умовного волевиявлення посередника. Під умовним волевиявленням посередника розуміються його дії від імені, за рахунок та в інтересах замовника, обмежені рамками повноважень, які надавались посередникові замовником.

За аналізованим концептуальним напрямком, – відносне правовідношення між посередником (виконавцем) та особою в інтересах якої він діє (замовником), в рамках котрого виникає повноваження, функціонально є передумовою безпосередніх дій посередника. Посередництво як діяльність, що спрямована на досягнення "корисного ефекту" (блага) для замовника, входить до структури такого відносного правовідношення, складаючи його матеріальних зміст. Мета посередництва досягається лише при послідовній реалізації всієї сукупності правових зв'язків учасників цих відносин. І з цих позицій доцільним є розглядати дії посередника як елемент більш складного в структурному відношенні правового утворення – правовідношення. Саме з цієї тези бере свій початок другий концептуальний напрямок.

Відповідно до другого концептуального підходу, *посередництво* може бути визначено як "*правовідношення*", в силу якого правомірні (юридичні та/або фактичні) дії однієї особи (посередника), здійснювані ним в межах наданих йому повноважень в інтересах та за рахунок іншої особи (замовника) по відношенню до третіх осіб тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення прав і обов'язків безпосередньо у замовника. При "чистому посередництві", коли посередник діє від власного імені, хоч і в інтересах замовника, відповідна господарська угода укладається за наслідками виконання посередником своїх посередницьких повноважень замовником безпосередньо на підставі власного волеви-

явлення (хоч і не без сприяння посередника щодо встановлення відповідного господарського зв'язку). При "чистому посередництві" його зміст складають переважно фактичні дії. В той же час, при наданні посередникові представницьких повноважень, згідно з якими він набуває права діяти від імені, за рахунок та в інтересах замовника, посередник може укладати угоди, стороною в яких є замовник зі створенням безпосередньо для замовника правових наслідків. При такій "змішаній" формі посередництва, в його змісті переважають дії юридичного характеру.

За третім концептуальним підходом *посередництво* може трактуватись як "прийом юридичної техніки". В той же час, як такого поняття "юридична техніка" правовою доктриною поки що не вироблено. В науковому обороті це поняття використовується для позначення: 1) прикладних аспектів професійної юридичною діяльності; 2) формально-структурних аспектів теорії права, а також діючого права; 3) ступеню досконалості форми, структури та мови права. Умовно прийоми та засоби юридичної техніки поділяються на загально-соціальні (мова, загальні поняття та судження тощо), спеціально-юридичні (правові поняття і терміни, юридичні конструкції, фікції, аналогії, аксіоми, презумпції, преюдиції, класифікації, правові приписи тощо) і технічні (засоби систематизації, збереження нормативної інформації тощо). Традиційно термін "юридична техніка" використовується у контексті власного змісту права, соціально-юридичних засобів та прийомів, вироблених юриспруденцією для вдосконалення механізму правового регулювання [1, 25-26].

Слід зазначити, що з точки зору прийомів юридичної техніки посередництво виявляє певну подібність до явища "умовної угоди" (у зазначеному аспекті під "умовною угодою" розуміється не лише угода, укладена з відкладальною умовою як прийом юридичної техніки, оскільки "умова" набуває більш широкого значення, як категорія, що відкриває сторонам можливість підпорядковувати собі майбутнє замість того, щоб ставити себе від нього у залежність). Ідея цієї концепції полягає в наступному. Дійсне посередництво, як і представництво, ґрунтується на роз'єднаності причини і дії в юридичній угоді. Причина, тобто діяння, припадає на долю посередника (представника), а дія, наслідок цього діяння – на долю замовника (принципала). Посередництво (як і представництво) включає в себе, таким чином, штучне роздвоєння того, що в природному утворенні правовідношення є єдиним. Штучність будови як посередництва, так і представництва, їхня спорідненість з умовою в складі угоди вбачається в тому, що корисний ефект угоди забезпечується раніше настання події, що має його безпосередньо викликати, тобто волевиявлення представника, посередника. Поєднання розірваного зв'язку причини та наслідку забезпечується юридичною нормою [2, 255-259].

В цивільно-правовій та господарсько-правовій доктрині *щодо інституту посередництва* на сьогодні мають також місце *три основних підходи*.

1. За першим підходом під *посередництвом* традиційно розуміється здійснення *фактичних дій*, спрямованих на виявлення потенційного контрагента, погодження з ним необхідних умов угоди, а також зведення сторін для безпосереднього укладення угоди. *Посередництво* сприяє укладенню угод, зближуючи контрагентів, шляхом здійснення дій фактичного характеру. Найбільш яскравим представником цього підходу є Г.Ф.Шершеневич [3, 99]. На сучасному етапі за цим підходом *посередництво* визначається як вид правової діяльності, що здійснюється однією особою (посеред-

ником) в інтересах другої сторони (клієнта), що сприяє вступу клієнта у правовідносини з третіми особами, при цьому посередник здійснює фактичне сприяння іншим особам в набутті та реалізації їхніх прав та обов'язків, а також в їх зміні та припиненні. Для посередника не виникає правових наслідків щодо третіх осіб [4, 6-8]. Н.О. Нерсесов здійснює детальну класифікацію різних видів фактичного сприяння при укладенні угод. Так, до однієї з груп автор включає сприяння (співучасть) щодо укладення юридичної угоди, що знаходить свій вияв у вигляді поради або ж зовнішнього формулювання угоди (словесно чи письмово). Сама ж угода виникає (укладається) лише після оголошення волі принципала у належній формі та належним чином. До того моменту, не зважаючи на прояв фактичної співучасті, угода в юридичному сенсі є неіснуючою, нікчемною. До такої фактичної співучасті відноситься і діяльність посередника, який здійснює пошук контрагентів, сприяє укладенню між ними угоди, веде переговори, готує угоди, однак укладають її самі контрагенти [5, 20-24]. Отже, за першим підходом, під посередництвом розуміється діяльність суб'єкта (особи) від власного імені посередника з надання послуг фактичного характеру, спрямована на виявлення потенційного контрагента, зведення сторін для безпосереднього укладення договору між ними. При цьому комерційний або інший посередник, виступаючи в обороті від власного імені сприяє укладенню угоди шляхом пошуку осіб, зацікавлених в її укладенні, збору та передачі інформації щодо умов здійснення угоди, однак в жодному разі не виняє правостановлювальних дій (дій юридичного характеру), що могли б потягти за собою виникнення прав та обов'язків у інших осіб. Наголос робиться на тому, що діяльність "простого посередника" є спрямованою на те, аби в результаті такої діяльності особи, які користуються послугами "простого посередника" могли безпосередньо самі (своїми діями) породити юридичні наслідки у відносинах між собою.

2. За другим підходом під *посередництвом* розуміється діяльність повіреного, комісонера, агента, і нерідко, довірчого управителя, тобто діяльність, що призводить, як правило, без будь-якого втручання зі сторони послугоотримувача, до виникнення правового результату для останнього (встановлення зобов'язально-правовідношення, переходу права власності на товар тощо). При такому підході науковці включають до категорії посередництва здійснення юридичних дій, на протипау фактичним діям посередника, що оформляється різноманітними договірними типами. При цьому кожним із авторів пропонується свій власний набір договірних форм, що охоплюються поняттям посередництва, проте, найбільш часто до сфери посередництва включаються договори доручення, комісії, агентування (комерційного посередництва). Водночас Л.Ф. Сохновський, наприклад, не обмежує посередництво рамками угод, визначає його дію сферою цивільного обороту, а також визначає суть *посередництва* як одного із зобов'язань з надання послуг, що має специфічний об'єкт, свою сферу застосування та специфічне коло суб'єктів, виявляється у формі діяльності юридичного характеру, яка опосередковує рух суспільного продукту з сфери виробництва до сфери виробничого або особистого споживання [6, 57]. Привертає до себе інтерес і позиція такого автора, як О.Л. Невзгодіна, відповідно до якої *посередництво* – це вид встановлення та реалізації цивільних правовідносин між двома особами за участю третьої особи (під встановленням розуміється юридична трансмісія юридичних прав та обов'язків між особою, яку представляють, та третьою особою) [7, 15-47]. Таким чином, змістом посередництва за другим підходом

є юридичні дії, а посередництво, відповідно, визначається як *юридичне посередництво*. Останнє визначається як діяльність від імені та за рахунок іншої особи, або від власного імені, але за рахунок іншої особи. Е.А.Суханов у зв'язку з цим вводить у користування новий термін – "юридичні послуги" [8, 112]. Зміст поняття "юридичні послуги" за визначенням автора не вичерпується одним лише здійсненням юридичних дій, між тим, автор не вказує, за яким критерієм слід розмежовувати дії фактичного характеру, котрі входять в зміст поняття "юридичні послуги", від фактичних дій, що складають зміст інших договорів про надання послуг.

3. Якщо за першим підходом суть посередництва зводиться лише до вчинення фактичних дій, а за другим – лише до вчинення юридичних дій, то за третім підходом *посередництво може мати місце як у формі вчинення дій фактичного характеру, так і у формі вчинення дій юридичного характеру*. Посередництво – це правовий інститут, що регулює відносини в сфері надання послуг, спрямований на сприяння в установленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного та/або фактичного характеру. Так, М.Р.Саркісян вважає, що як юридичні дії, так і фактичні дії, породжують правові наслідки. Відповідно, будь-які дії, в т.ч. і фактичні, котрі в силу загальних правових начал, викликають правовий результат, повинні визнаватися юридичними. Окрім того, зазначає авторка, слід враховувати і той факт, що при укладенні угод волевиявлення посередника є обмеженням, оскільки правовідносини виникають внаслідок сукупності дій між сторонами угоди, яким належить право самостійно узгоджувати умови договору, хоч і під наглядом посередника. Таким чином, при посередництві правовідносини з реалізації товарів, робіт, послуг, виникають в результаті дій, як посередника, так і інших учасників, причому обидва види дій складають єдине ціле і спрямовані на суто правову мету – укладення договору між сторонами. Тому не можна категорично стверджувати, що посередник виконує лише фактичні дії або лише юридичні дії. Отже, в зміст посередницьких послуг слід включати діяльність пов'язану не лише з підшукуванням партнерів, сприянням в просуванні товарів та послуг на ринок (організація реклами, технічне обслуговування тощо), а й діяльність з укладення угод, тобто будь-які правомірні дії, незалежно від того, юридичні вони чи фактичні [9, 45-46]. На думку А.В.Єгорова, сутність категорії посередництва полягає в самостійній діяльності особи, яка виступає в чужих інтересах, що полягає в підготовці та укладенні договору для зацікавленої особи, або ж здійснюється у вигляді надання сприяння при укладенні такого договору. Під сприянням при укладенні договору автор пропонує розуміти діяльність, котра підготовлює та спрощує процес його укладення, зводить контрагентів, залишаючи для зацікавленої особи лише необхідність здійснити цілеспрямоване волевиявлення [11, 38-45]. При цьому діяльність, що включає в себе укладення договору для зацікавленої особи, автор називає *юридичним посередництвом*, а діяльність, пов'язану лише зі сприянням при його укладенні – *фактичним посередництвом*. Г.І.Сальнікова робить висновок, що посередництво в правовому сенсі можна визначити як підприємницьку діяльність юридичних та фізичних осіб (посередників), спрямовану на сприяння вступу клієнта у правовідносини з третіми особами шляхом вчинення посередником дій юридичного і фактичного характеру, здійснювану як від свого імені, так і від імені, за рахунок і в інтересах клієнта [10, 10-11]. В.А.Васильєва визначає посередництво як правовий інститут, що регулює відносини у сфері надання

послуг, спрямований на сприяння у встановленні правових зв'язків між клієнтами шляхом здійснення посередником правомірних дій юридичного і/або фактичного характеру [13, 44].

Таким чином, *посередництво може бути фактичним, юридичним або змішаним*, залежно від того, які дії (фактичні, юридичні або ж ті і інші в сукупності) становлять собою предмет діяльності посередника, тобто в основі зазначеного поділу лежить характер вчинюваних посередником дій. При цьому кожним із згаданих авторів, як правило, зазначається, що вчинення фактичних дій не породжує юридичних наслідків, в той час як вчинення юридичних дій спричинює їх настання. Фактичним посередництвом визнають дії, спрямовані на організацію, підготовку майбутнього договору. До фактичних, наприклад, відносять: ведення переговорів, аналіз попиту та пропозиції на ринку на певний товар тощо, а до юридичних – укладення договорів (як від свого імені, так і від чужого). Позиція, за якою фактичні дії, як і юридичні дії, породжують правові наслідки, обґрунтовується цивілістами на підставі норми, встановленої ст.11 ЦКУ, зі змісту якої вбачається, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Звідси виводиться висновок, що будь-які дії, в тому числі і фактичні, які внаслідок загальних засад і змісту законодавства породжують права та обов'язки, спричиняють правовий результат, повинні визнаватися юридичними. При цьому враховується і той факт, що при укладенні угод волевиявлення посередника є обмеженням, оскільки правовідносини виникають внаслідок сукупності дій між сторонами угод, яким належить право самостійно погоджувати умови договору, хоч і під контролем та/або за участь посередника. При посередництві правовідносини з реалізації товарів, робіт, послуг виникають в результаті дій як посередника, так і безпосередніх учасників (сторін) угоди, причому обидва різновиди дій складають єдине ціле і спрямовані до суто правової мети укладення господарського договору між сторонами. На підставі викладеного ставиться під сумнів категоричність тверджень, згідно з якими посередник виконує лише фактичні дії. В зміст посередницьких послуг включається діяльність, пов'язана не тільки з пошуком партнерів, сприянням в просуванні товарів і послуг на ринок (організація реклами, технічного обслуговування тощо), але й діяльність по виконанню повноважень, тобто будь-які правомірні дії. Яскравим прикладом "простого", тобто фактичного посередництва в сфері господарювання є брокерська діяльність (діяльність біржових брокерів, митних брокерів, страхових тощо). Однак, в сфері господарювання посередництво також не може обмежуватися лише вчиненням фактичних дій. Так, комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем та за рахунок суб'єкта, якого він представляє (ст.295 ГКУ), здійснення якої є неможливим без вчинення посередником дій юридичного характеру. Крім того, предметом агентського договору можуть бути не тільки юридичні дії, але й фактичні (ч.1 ст.297 ГКУ), які не спричиняють виникнення, зміни або припинення цивільних та/або господарських правовідносин для особи, яку представляє комерційний агент. Тому поділ посередництва на фактичне, юридичне та змішане пропонується визначати як умовний, такий, що не має вирішального значення в тлумаченні

ченні правової природи посередництва в сфері господарювання. Як цілком слушно було зауважено І.М. Галушиною, недоступність, неповнота, ненадійність ринкової інформації, невідлагодженість зв'язків між продавцями та покупцями, ризикованість господарської діяльності в умовах економічного та соціального дисбалансу породжують підвищений попит на посередницькі послуги, а тому реалії сьогодення такі, що обмежувати господарську діяльність посередника виконанням лише фактичних дій, означає невинуватити звужувати сферу його діяльності та позбавляти учасників господарського обороту можливості найбільш оптимального задоволення своїх потреб. На сьогодні посередники здійснюють як фактичні, так і юридичні дії, що є вимогою часу, наслідком об'єктивних економічних передумов [12, 104]. При аналізі посередництва через призму юридичних та/або фактичних дій, що складають його зміст, неможливо розкрити на сучасному етапі розвитку правової науки його правову природу, а також сутність посередництва як господарсько-правової категорії, очевидно, що об'єктивно необхідним є аналіз його характерних ознак, а через них – визначення поняття "посередництво". Такими ознаками посередництва є: 1) посередництво – це підприємницька діяльність, предметом якої є надання посередником (послугонадавачем) посередницької послуги іншій особі (послугоотримувачеві); 2) посередництво – це завжди діяльність за рахунок клієнта; 3) посередництво – це підприємницька діяльність в "чужому" інтересі; 4) посередництво – це діяльність від власного імені; 5) юридичною підставою посередництва є посередницький договір. *Посередництво* (посередницька діяльність) – це підприємницька діяльність, що полягає в наданні посередником послуг суб'єктам господа-

рювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від власного імені, зі здійсненням юридичних та/або фактичних дій в інтересах та за рахунок суб'єкта, якому такі послуги надаються.

1. Муромцев Г.И. Юридическая техника: некоторые аспекты содержания понятия / Г.И.Муромцев // Проблемы юридической техники: Сборник статей / [под ред. В.М.Баранова]. – Нижний Новгород, 2000. – С. 23-37.
2. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т.2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке / Н.Л.Дювернуа; [под ред. В.А.Томсинова]. – М.: Зерцало, 2004. – 320 с.
3. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права / Г.Ф.Шершеневич. – М.: Спартак, 1994. – 486 с.
4. Майфат А.В. Понятие и организационно-правовые формы посредничества в гражданском праве: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В.Майфат. – Екатеринбург, 1992. – 186 с.
5. Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н.О.Нерсесов. – М.: Статут (серия "Классика российской цивилистики"), 2000. – 286с.
6. Сохновский А.Ф. Правоотношения торгового посредничества между специализированными организациями / А.Ф. Сохновский // Правоведение. – 1976. – №5. – С57-59.
7. Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е.Л.Невзгодина. – Томск: Томск.гос.ун-т, 1980. – 156с.
8. Гражданское право: в 2-х томах. Том 1: Учебник / [отв.ред.проф.Е.А.Суханов]. – М.: Издательство "Бек", 1998. – 816 с.
9. Саркисян М.Р. Биржевое посредничество по законодательству Российской Федерации: дис...канд.юрид.наук: 12.00.03 / Саркисян Мариэтта Размиковна. – Краснодар, 2000. – 190с.
10. Сальникова Г.И. Правовое регулирование посредничества у предпринимательской деятельности: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд.юрид.наук: спец. 12.00.03 "Гражданское право и гражданский процесс; семейное право; международное частное право" / Г.И.Сальникова. – Харьков, 2003. – 21с.
11. Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: Дисс...канд.юрид.наук: 12.00.03 / Егоров Андрей Владимирович. – М., 2002. – 210 с.
12. Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: дис...канд.юрид.наук: 12.00.03 / Галушина Ирина Николаевна. – Пермь, 2006. – 177 с.
13. Васильева В.А. Гражданско-правовое регулирование деятельности с надання посередницьких послуг: Монографія / В.А.Васильева. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – 345 с.

Надійшла до редколегії 18.10.10

УДК 349.41

Т. Коваленко, канд. юрид. наук, доц.

КОЛІЗІЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Досліджено сучасний стан та причини виникнення колізій нормативно-правових актів у сфері регулювання земельних відносин як одного з видів юридичних колізій в земельному праві України. Запропоновано шляхи подолання зазначених колізій з метою підвищення ефективності правового регулювання земельних відносин.

Ключові слова: земельне право; земельне законодавство; юридична колізія; колізія нормативно-правових актів.

Исследовано современное состояние и причины возникновения коллизий нормативно-правовых актов в сфере регулирования земельных отношений как одного из видов юридических коллизий в земельном праве Украины. Предложено пути преодоления указанных коллизий с целью повышения эффективности правового регулирования земельных отношений.

Ключевые слова: земельное право; земельное законодательство; юридическая коллизия; коллизия нормативно-правовых актов.

The current situation and the reasons of the conflicts emergence of the legal acts in the sphere of land relations' regulation as one of the forms of legal conflicts in Ukrainian land law have been investigated. The possible ways to overcome such conflicts on purpose to increase the effectiveness of land relations' legal regulation have been suggested.

Key words: land law; land legislation; legal conflicts; conflicts of the legal acts.

Існування юридичних колізій в земельному праві є явищем об'єктивним, яке обумовлюється специфікою правового регулювання земельних відносин. Формальна визначеність позитивного земельного права зумовлює його відставання від розвитку суспільних земельних відносин, що призводить до невідворотного виникнення юридичних колізій. Тому колізійність іманентно притаманна земельному праву як складовій національної правової системи, повністю уникнути якої немає ні можливості, ні необхідності.

Юридичні колізії в земельному праві здійснюють ряд позитивних функцій: виявляють недоліки законодавчого регулювання земельних відносин; є індикатором відповідності системи земельного законодавства стану розвитку земельних відносин на сучасному етапі; відновлюють здатність системи земельного законодавства прилаштовуватись до мінливих умов, зумовлених перманентною трансформацією земельних відносин; є джерелом розвитку й удосконалення земельного права. Водночас юридичні колізії в земельному праві характеризуються й негативними функціями, а саме: знижують ефективність земельно-правового регулювання, призводять до порушення прав суб'єктів земельних відносин, нерационального використання земель, що є основним національним багатством тощо. Значний рівень колізійності здатен взагалі паралізувати дію земельно-правових норм.

Традиційно проблемами колізійності права займаються юристи-теоретики як в Україні (Г. І. Дутка, Д. Д. Лилак, С. П. Погребняк та ін.), так і за її межами (М. О. Власенко, Ю. О. Тіхоміров та ін.). В Україні активно досліджуються проблеми юридичних колізій в різних галузях права (М. К. Галантич, В. М. Кампо,

О. Л. Копиленко, М. І. Панов, В. К. Попов, Я. М. Шевченко та інші вчені). Фундаментальне дослідження колізій в правовому регулюванні земельних відносин на монографічному та дисертаційному рівнях здійснив А. М. Мірошниченко [13; 14], проте предметом дослідження вченого стала юридична колізія у вузькому розумінні, як розбіжність між двома або більше приписами правових актів, що поширюються на ті самі відносини і не можуть бути застосовані одночасно. Окремі колізії в земельному праві досліджувались у роботах В. І. Андрейцева [1], Г. І. Балюк [2], О. Г. Бондаря [3], О. М. Браніцького [4], Д. В. Бусуйок [5], П. Ф. Кулинич [9; 10], В. В. Носіка [17; 18], О. М. Пашенка [20], В. І. Семчика [24; 25], М. В. Шульги [36] та інших вчених. Зазначене актуалізує потребу дослідження земельно-правових колізій у широкому значенні та з'ясування їх впливу на ефективність правового регулювання земельних відносин. Одним із видів земельно-правових колізій у широкому значенні є колізія нормативно-правових актів земельного законодавства, на якій слід зосередити увагу більш детально.

До проблем зазначеного виду колізій в юридичній науці звертались М. І. Сирій [27], І. Обидіна [19], В. Є. Щербельський [37] та ін. Так, аналізуючи поняття "колізія нормативних актів", В. Є. Щербельський визначає його як суперечність між правовими приписами відповідних актів, що виявляються у відмінностях у процесі регулювання аналогічних суспільних відносин [37, с. 156]. Як слідує із наведеного визначення, колізія нормативно-правових актів ототожнюється з колізією правових норм, що, на нашу думку, не зовсім узгоджується із положеннями загальної теорії права щодо відмінностей між нормами права та нормативно-правовими актами як їх зовнішнім виразом. Колізію законів М. І. Сирій визначає як "неузгодженість актів внутрішнього законодавства" [27, с. 38], проте таке визначення не дає змоги в повній мірі розкрити суттєві ознаки колізії нормативно-правових актів та відмежувати її від інших видів юридичних колізій у земельному праві України.

В теорії права нормативно-правовий акт (англ. *juridical act, law*) визначається як офіційний акт-документ уповноважених суб'єктів правотворчості, який встановлює (змінює, скасовує) правові норми з метою регулювання суспільних відносин [26, с. 455]. Оскільки нормативно-правовий акт як один із видів джерел земельного права є способом існування та зовнішнім виразом земельно-правових норм, колізія нормативно-правових актів полягає у розбіжностях між законодавчо встановленою вимогою щодо виду нормативно-правового акта, який повинен закріпити нові, змінити чи скасувати існуючі земельно-правові норми з метою врегулювання певних земельних відносин, та прийнятим у встановленому порядку нормативно-правовим актом, спрямованим на регулювання зазначених відносин, а також розбіжність між законодавчо визначеною процедурою прийняття нормативно-правового акта земельного законодавства та фактичним порядком його прийняття.

В Конституції України визначено види земельних відносин, які можуть регулюватись виключно законом як нормативно-правовим актом вищої юридичної сили, зокрема: здійснення громадянами права користування об'єктами права власності народу (ч. 2 ст. 13), порядок набуття та реалізації права власності на землю громадянами, юридичними особами та державою (ч. 2 ст. 14), підстави та умови примусового відчуження земельної ділянки права приватної власності (ч. 5 ст. 41), порядок застосування конфіскації земельної ділянки (ч. 6 ст. 41), земельні права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки громадянина у

сфері земельних відносин (п. 1 ст. 92), засади використання земель як одного з видів природних ресурсів (п. 5 ст. 92), основи екологічної безпеки у сфері використання земельних відносин (п. 6 ст. 92), правовий режим власності на землю (п. 7 ст. 92), засади цивільно-правової відповідальності за земельні делікти, діяння, які є земельними злочинами або адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них (п. 22 ст. 92). При цьому передбачений у Основному законі термін "виключно" свідчить про те, що окрім закону інші нормативно-правові акти, навіть прирівняні за юридичною силою до закону (міжнародні договори, декрети Кабінету Міністрів України), врегульовувати зазначені вище відносини не можуть.

Водночас, у практиці регулювання земельних відносин неодноразово мали місце порушення зазначених конституційних вимог, що призводило до виникнення колізій нормативно-правових актів земельного законодавства. Так, навіть після прийняття Конституції України в нашій державі продовжували діяти укази Президента України з питань розпаювання земель сільськогосподарського призначення, які встановлювали особливий порядок набуття права приватної власності на землі сільськогосподарського призначення через механізм розпаювання земель всупереч нормам чинного на той час Земельного кодексу України в редакції від 13 березня 1992 р. [28; 29; 30]. Саме указами Президента України було врегульовано продаж земельних ділянок не-сільськогосподарського призначення для здійснення підприємницької діяльності з грудня 1993 року до січня 2002 року, коли вступив в дію чинний Земельний кодекс України, який уже на законодавчому рівні врегулював ці питання [31; 32; 33; 34]. До 2006 року залишався фактично діючим Декрет Кабінету Міністрів України "Про приватизацію земельних ділянок" від 26 грудня 1992 р., який був скасований Законом України "Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України" від 14 вересня 2006 р. Не вдаючись до аналізу ефективності зазначених підзаконних нормативно-правових актів, їх ролі та значення в реформуванні земельних відносин, зазначимо, що з формально-юридичної точки зору з моменту набуття чинності Конституцією України виникла юридична колізія між нормами Основного закону України щодо форми зовнішнього закріплення окремих земельних норм та зазначеними вище підзаконними актами, яка не вирішувалась роками та призводила до соціальної напруги, сумнівів щодо юридичної сили прийнятих владними органами рішень щодо відчуження земельних ділянок, невпевненості суб'єктів у законності набутих ними земельних прав тощо.

Подібна практика продовжується і в сьогоденні умовах, після прийняття та вступу в дію чинного Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України). Так, відповідно до ст. 3 ЗК України земельні відносини регулюються Конституцією України, цим Кодексом, а також прийнятими відповідно до них нормативно-правовими актами. Незважаючи на зазначені законодавчі вимоги, в 2003 році були прийняті Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦК України) та Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. (далі – ГК України), ряд норм яких безпосередньо спрямовані на регулювання земельних відносин, в окремих випадках навіть всупереч вимогам ЗК України та інших земельних законів [8]. Врегулювання земельних відносин нормами ЦК України є певним чином юридично обґрунтованим, так як ЗК України принаймні тричі містить прямі посилання на норми саме Цивільного кодексу. Водночас закріплення земельно-правових норм в ГК України, в ст. 4 якого зазначено, що не є

предметом регулювання цього Кодексу земельні відносини, не витримувало ніякої критики і в кінцевому підсумку зазначені норми були вилучені із ГК України майже через п'ять років після набрання ним чинності [6].

Всупереч положенням ст. 3 ЗК України про те, що земельні відносини повинні регулюватися прийнятими відповідно до нього нормативно-правовими актами, сам ЗК України приводиться у відповідність до прийнятих пізніше законодавчих актів. Зокрема, ряд змін і доповнень до ЗК України було внесено Законом України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 р. З одного боку, таке явище є позитивним, оскільки спрямоване на усунення колізій норм земельного та цивільного права. З іншого боку, виникає колізія нормативно-правових актів в частині суперечностей між вимогами ст. 3 ЗК України та законами, якими він приводиться у відповідність до вимог інших законодавчих актів.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 ЗК України земельні відносини, що виникають при використанні надр, лісів, вод, а також рослинного і тваринного світу, атмосферного повітря, регулюються цим Кодексом, нормативно-правовими актами про надра, ліси, води, рослинний і тваринний світ, атмосферне повітря, якщо вони не суперечать цьому Кодексу. Проте прийнятий у редакції 2006 року Лісовий кодекс України (далі – ЛК України) [7] містить цілий ряд законодавчих новел у визначенні правового режиму земель лісгосподарського призначення – земельна лісова ділянка, лісові сервітути, повернення самовільно зайнятих земельних ділянок лісгосподарського призначення, інших земельних лісових ділянок тощо. У цьому зв'язку П. Ф. Кулинич приходить до висновку, що "ЛК України закріпив принцип пріоритету норм лісового законодавства над нормами земельного законодавства у сфері регулювання лісових суспільних відносин взагалі та в здійсненні прав на лісові земельні ділянки зокрема. Це означає, що норми земельного законодавства застосовуються до регулювання лісових земельних відносин за умови, якщо ці відносини не врегульовані нормами лісового законодавства" [11, с. 17].

Отже, на підставі наведеного вище можна зробити висновок про існування суттєвого протиріччя між юридичним і фактичним значенням ЗК України у системі нормативно-правових актів земельного законодавства. Так, юридично ЗК України є основним нормативно-правовим актом земельного законодавства, що закладає підвалини його розвитку і має вищу юридичну силу щодо всіх інших уніфікованих чи диференційованих нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання земельних відносин. Фактично, чинний ЗК України зазначені функції не виконує, його норми не знаходять в повній мірі розвиток у поточному законодавстві, він зазнає постійних змін та доповнень у зв'язку із прийняттям законів не лише у сфері регулювання земельних відносин, але й містобудування, податкової, цивільної, житлової сферах тощо. Зазначене постійно породжує колізії нормативно-правових актів у сфері регулювання земельних відносин, що зумовлює зростання правового нігілізму та провокує земельні правопорушення, знижує рівень гарантування прав осіб щодо набуття та реалізації прав на землю, негативно позначається на стабільності правового регулювання земельних відносин та суттєво знижує його ефективність.

Колізії нормативно-правих актів виникають не лише між окремими законами, але й між законами та підзаконними нормативно-правовими актами земельного законодавства. Так, відповідно до ЗК України право власності на землю набувається та реалізується ви-

ключно на підставі Конституції України, названого Кодексу, а також інших законів, що видаються відповідно до них (ч. 2 ст. 78), продаж земельних ділянок державної та комунальної власності громадянам та юридичним особам здійснюється на конкурентних засадах шляхом проведення аукціону (земельних торгів) у порядку, встановленому законом (статті 127, 134, 135, 137). ЗК України та Законом України "Про оренду землі" встановлено, що набуття права оренди земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, здійснюється на аукціонах. Незважаючи на чіткі положення законів щодо форми нормативно-правового акта, яким має бути визначений порядок проведення земельних аукціонів, в 2008 році Кабінет Міністрів України двічі намагався врегулювати зазначені відносини своїми постановами – "Деякі питання проведення земельних аукціонів" від 22 лютого 2008 р. № 90 та "Про затвердження Порядку проведення у 2008 році земельних аукціонів" від 17 квітня 2008 р. № 394. При цьому обидві були зупинені відповідними указами Президента України як такі, що видані всупереч Конституції України та з перевищенням нормотворчої компетенції Кабінету Міністрів України. Про неконституційність зазначених постанов зазначалось і в юридичній науці [21]. В подальшому Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку проведення у 2008 році земельних аукціонів" від 17 квітня 2008 р. була визнана неконституційною [23], а Постанова "Деякі питання проведення земельних аукціонів" від 22 лютого 2008 р. була визнана такою, що втратила чинність, самим Кабінетом Міністрів України в тому ж році.

Проте подібна практика прийняття нормативно-правових актів у формі, яка суперечить законодавчо визначеній, була продовжена і в 2010 році, що зумовлює виникнення земельно-правових колізій та знижує ефективність правового регулювання. Так, у ст. 80 Закону України "Про Державний бюджет України на 2010 рік" від 27 квітня 2010 р. передбачено, що до прийняття закону, який врегулює порядок продажу земельних ділянок несільськогосподарського призначення державної чи комунальної власності або прав на них на конкурентних засадах (земельних торгах), продаж зазначених земельних ділянок несільськогосподарського призначення здійснюється у порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України. Аналізуючи зазначену норму, А. М. Мірошніченко [15, с. 46] та М. С. Федорченко [16] зазначають, що відповідне положення Закону слід вважати неконституційним, оскільки визначення порядку проведення земельних аукціонів має розглядатися як визначення порядку набуття права власності на землю в розумінні ст. 14 Конституції України, та визначення "правового режиму власності" в розумінні п. 7 ч. 1 ст. 92 Основного закону, а тому в силу вимог названих норм відповідні відносини мають регулюватися лише законами України. Незважаючи на зазначене, у вересні 2010 р. Кабінет Міністрів України затвердив Порядок продажу у 2010 році земельних ділянок несільськогосподарського призначення на земельних торгах [22].

Причиною виникнення колізій нормативно-правових актів у сфері регулювання земельних відносин є також відсутність єдиних нормативних та доктринальних підходів щодо тлумачення терміну "законодавство". Зокрема, ЗК України 33 рази згадує термін "законодавство". Визначення поняття "земельне законодавство" наводиться в ч. 1 ст. 4 зазначеного Кодексу – земельне законодавство включає цей Кодекс, інші нормативно-правові акти у галузі земельних відносин, тобто, поняття "законодавство" розкрито через інше спеціально-юридичне поняття "нормативно-правовий акт", законо-

давче визначення якого також відсутнє. Офіційне тлумачення терміну "законодавство", але в контексті трудового законодавства, міститься в Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (Справа про тлумачення терміну "законодавство") від 9 липня 1998 р. № 17/81-97, відповідно до якого термін "законодавство", на думку Конституційного Суду України, включає закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України. Звичайно, дане Рішення може бути застосоване і в сфері регулювання земельних відносин, проте необхідно враховувати, що воно стосується виключно тлумачення термінології Кодексу законів про працю України, тому щодо тлумачення відповідних понять в ЗК України не має обов'язкового характеру.

В доктрині традиційно склалось два підходи до тлумачення терміну "законодавство": (1) вузький, відповідно до якого зазначений термін ототожнюється з поняттям "закон" та (2) широкий, відповідно до якого до поняття "законодавство" включаються всі нормативно-правові акти [12]. Зазначене також негативно впливає на рівень колізійності у сфері регулювання земельних відносин та ефективність правових норм і нормативно-правових актів.

Як було зазначено вище, одним із видів колізій нормативно-правових актів земельного законодавства є розбіжності між законодавчо визначеною процедурою прийняття нормативно-правового акта земельного законодавства та фактичним порядком його прийняття. У процесі прийняття нормативно-правових актів земельно-правові колізії можуть виникати у випадку порушення органом державної влади або місцевого самоврядування нормотворчої компетенції або встановленої процедури прийняття актів земельного законодавства. Зокрема, до цього часу залишається не вирішеним питання конституційності чинного ЗК України, який був прийнятий із грубими порушеннями Регламенту Верховної Ради України та процедури розгляду законопроектів. Ще в 2000 році 104 народних депутатів України звернулись до Конституційного Суду України із конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України "Про прийняття в першому читанні проекту Земельного кодексу України" від 6 липня 2000 р. № 1846-III, обґрунтовуючи тим, що зазначена Постанова була прийнята з порушенням процедури голосування, передбаченої Конституцією України (ч. 3 ст. 84) і Регламентом Верховної Ради України (ст. 3.6.9). Але Суд відмовив у відкритті конституційного провадження на підставі п. 3 ст. 45 Закону України "Про Конституційний Суд України" – непідвідомчість Конституційному Суду України питань, порушених у конституційному поданні [35].

Чинний ЗК України був прийнятий за спеціальною процедурою, передбаченою Постановою Верховної Ради України "Про порядок проведення голосування щодо прийняття проекту Земельного кодексу України" від 25 жовтня 2001 р., відповідно до якої голосування з питання про прийняття проекту Земельного кодексу України (реєстр. № 5285) у другому читанні та в цілому було здійснено іменними бюлетенями. Проте згідно зі ст. 6.6.9 чинного на час прийняття ЗК України Регламенту Верховної Ради України від 27 липня 1994 р., за результатами другого читання законопроекту Верховна

Рада після скороченого обговорення може прийняти рішення про: 1) відхилення законопроекту; 2) повернення законопроекту на доопрацювання з наступним поданням його на повторне друге читання; 3) опублікування для народного обговорення законопроекту в редакції, прийнятій на першому або другому читанні, доопрацювання з урахуванням наслідків обговорення і повторне подання його на друге читання; 4) повернення законопроекту на доопрацювання з наступним поданням його на третє читання; 5) прийняття законопроекту в другому читанні, підготовку його і подання на третє читання. Тобто, чинний ЗК України був прийнятий без проведення його третього читання, що стало фактичною підставою для звернення групи народних депутатів України до Конституційного Суду України із конституційним поданням щодо визнання неконституційним чинного ЗК України. Проте до цього часу Конституційний Суд України зазначену справу не розглянув, що створює певну невизначеність у правовому регулюванні земельних відносин та знижує ефективність норм земельного законодавства.

Отже, на підставі проведеного дослідження можна зробити висновки про значне поширення колізій нормативно-правових актів у сфері регулювання земельних відносин, які полягають: а) у розбіжностях між законодавчо встановленою вимогою щодо виду нормативно-правового акта, який повинен закріпити нові, змінити чи скасувати існуючі земельно-правові норми з метою регулювання певних земельних відносин, та прийнятим у встановленому порядку нормативно-правовим актом, спрямованим на регулювання зазначених відносин; б) у розбіжностях між законодавчо визначеною процедурою прийняття нормативно-правового акта земельного законодавства та фактичним порядком його прийняття. Такі дефекти правового регулювання зумовлюють зростання правового нігілізму та провокують земельні правопорушення, знижують рівень гарантування прав осіб щодо набуття та реалізації прав на землю, негативно позначаються на стабільності правового регулювання земельних відносин та суттєво знижують його ефективність. Велика кількість колізій зазначеного виду зумовлена: а) суттєвими протиріччями між юридичним і фактичним значенням чинного ЗК України у системі нормативно-правових актів земельного законодавства, що потребує перегляду концепції основного кодифікованого акта земельного законодавства; б) відсутністю єдиних законодавчих підходів щодо тлумачення терміну "законодавство", що потребує більш детального визначення зазначеного терміну в ЗК України або його офіційного тлумачення Конституційним Судом України саме в контексті земельного законодавства; в) ігноруванням нормотворчими органами законодавчо встановлених форм нормативно-правових актів земельного законодавства та порядку їх прийняття, що потребує підвищення рівня правової культури у відповідних органах державної влади та місцевого самоврядування.

1. Андрейцев В. І. Колізії як нагальна передумова кодифікації екологічного законодавства // Колізії у законодавстві України : проблеми теорії і практики. – К. : Генеза, 1996. – С. 57-60. 2. Балюк Г. І. Проблеми соціальної ефективності діяльності прокуратури по нагляду за додержанням і застосуванням земельного законодавства // Земельне право України. – 2006. – № 6. – С. 49-56. 3. Бондар О. Г. До питання про категоріальні колізії у сфері права власності на землю // Екологічне законодавство України : стан та перспективи розвитку : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 13-14 груд., 2007 р. – Х. : Право, 2008. – С. 49-52. 4. Браніцький О. М. Про окремі правові колізії сплати земельного податку // Актуальні проблеми правового регулювання аграрних, земельних, екологічних відносин і природокористування в Україні та країнах СНД : міжнар. наук.-практ. конф., м. Луцьк, 10-11 вересня 2010 р. : зб. наук. праць. – Луцьк : РВВ ЛНТУ, 2010. – С. 175-178. 5. Бусуйок Д. В. До питання про шляхи удосконалення законодавчого регулювання грошової оцінки земельних ділянок // Сучасне земельне,

аграрне, екологічне та природоресурсне право : актуальні проблеми теорії та практики : матеріали Міжнар. науково-практ. конфер., м. Біла Церква, 21-22 травня 2010 р. – Біла Церква, 2010. – С. 44-47. 6. Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" від 11 червня 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 46. – Ст. 700. 7. Закон України "Про внесення змін до Лісового кодексу України" від 8 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 21. – Ст. 170. 8. Коваленко Т. О. Форма договору оренди земельної ділянки: окремі проблеми // Державне регулювання економічних відносин : розвиток законодавства та проблеми правозастосування у господарських спорах : матеріали науково-практ. конфер., м. Львів, 16-17 квітня 2008 р. – Л. : Вищий господарський суд України, 2008. – С. 223-226. 9. Кулинич П. Ф. Земельний кодекс України : п'ять років застосування // Земельне право України. – 2006. – № 8. – С. 3-9. 10. Кулинич П. Ф. Правове регулювання резервування земель в Україні : стан та перспективи // Земельне право України. – 2006. – № 7. – С. 13-19. 11. Кулинич П. Ф. Права на лісові земельні ділянки на новим Лісовим кодексом України // Земельне право України. – 2006. – № 6. – С. 15-26. 12. Липак Д. Колізії наукових поглядів на поняття "законодавство" і практичну необхідність його нормативної легалізації // Право України. – 2001. – № 8. – С. 48-51. 13. Мірошніченко А. М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні : монографія. – К. : Алеута ; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 268 с. 14. Мірошніченко А. М. Колізії у правовому регулюванні земельних відносин в Україні. Автореф. дис... докт. юрид. наук 12.00.06. – К. : Київський національний університет ім. Т. Шевченка, 2010. – 31 с. 15. Мірошніченко А. М. Земельні аукціони в Україні : існує чи має бути регулювання та перспективи його вдосконалення // Українське комерційне право. – 2010. – № 10. – С. 38-46. 16. Моя земля. Земельно-правовий та аналітичний ресурс. 28.04.2010 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://myland.org.ua/index.php?id=2124&lang=uk&razd=NEWS>. 17. Носик В. В. Оформлення і переоформлення прав на землю : юридичний факт, право чи обов'язок ? // Право України. – 2004. – № 5. – С. 127-131. 18. Носик В. В. Правове становище Верховної Ради України в системі суб'єктів здійснення прав власника на землю від імені Українського народу // Земельне право України. – 2006. – № 7. – С. 3-12. 19. Обидіна І. Як уникнути колізії між нормативними актами? // Право України. – 2000. – № 9. – С. 107-108. 20. Пашенко О. М. Визначення понять "суспільні потреби" та "суспільна необхідність" у чинному земельному законодавстві : термінологічні суперечності // Актуальні проблеми правового регулювання аграрних, земельних, екологічних відносин і природокористування в Україні та країнах СНД : зб. наук. праць міжнар. наук.-практ. конфер., м. Луцьк, 10-11 вересня 2010 р. – Луцьк : РВВ ЛНТУ, 2010. – С. 247-249. 21. Пейчев К. Чи врегульовано порядок проведення земельних аукціонів? // Юридична Україна. – 2009. – № 2. – С. 69-71. 22. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку продажу у 2010 році земельних

ділянок несільськогосподарського призначення на земельних торгах" від 2 вересня 2010 р. № 805 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 67. – Ст. 2419. 23. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку проведення у 2008 році земельних аукціонів" (справа про земельні аукціони) від 11 листопада 2008 р., Справа № 1-46/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 89. – 2993. 24. Семчик В. І. Проблеми застосування земельного законодавства в практиці арбітражних судів // Вісник господарського судочинства. – 2001. – № 2. – С. 140-144. 25. Семчик В. І. Колізії в законодавстві України про власність // Колізії у законодавстві України : проблеми теорії і практики. – К. : Генеза, 1996. – С. 46-48. 26. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с.; 27. Сирый Н. И. "Коллизии законов" в украинской правовой доктрине // Колізії у законодавстві України : проблеми теорії і практики. – К. : Генеза, 1996. – С. 37-38. 28. Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва" від 10 листопада 1994 р. 29. Указ Президента України "Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям" від 8 серпня 1995 р. 30. Указ Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки" від 3 грудня 1999 р. // Офіційний вісник України. – 1999. – № 49. – Ст. 11. 31. Указ Президента України "Про приватизацію автозаправних станцій, що реалізують пально-мастильні матеріали виключно населенню" від 29 грудня 1993 р.; 32. Указ Президента України "Про приватизацію та оренду земельних ділянок несільськогосподарського призначення для здійснення підприємницької діяльності" від 12 липня 1995 р.; 33. Указ Президента України "Про продаж земельних ділянок несільськогосподарського призначення" від 19 січня 1999 р. // Офіційний вісник України. – 1999. – № 3. – Ст. 11. 34. Указ Президента України "Про заходи щодо розвитку та регулювання ринку земель населених пунктів, інших земель несільськогосподарського призначення" від 4 лютого 2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. – № 6. – Ст. 205. 35. Ухвала Конституційного Суду України "Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 104 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України "Про прийняття в першому читанні проекту Земельного кодексу України"" від 28 лютого 2001 року № 1-у/2001, Справа № 2-4/2001; 36. Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. – Х. : Консум, 1998. – 224 с. 37. Щербельський В. Є. Колізія нормативних актів // Юридична енциклопедія : в 6 т. – К. : Українська енциклопедія, 2001. – Т. 3: К-М. – С. 156-157.

Надійшла до редколегії 18.10.10

С. Єфремов, канд. юрид. наук, доц.

ЧЛЕНСТВО В ОРГАНІЗОВАНОМУ ЗЛОЧИННОМУ УГРУПОВАННІ: ПОНЯТТЯ, КРИТЕРІЇ ВИЗНАЧЕННЯ, ТИПОВІ ПРОЯВИ

Досліджуються ознаки, критерії визначення членства в організованому злочинному угрупованні, а також типові його прояви – злочинні діяння, що можуть здійснюватися особами, котрі входять до складу даного стійкого злочинного об'єднання, у межах його функціонування.

Ключові слова: членство, організоване злочинне угруповання, злочинна діяльність, злочинність.

Исследуются признаки, критерии определения членства в организованном преступном формировании, а также типичные его проявления – преступные деяния, которые могут осуществляться лицами, входящими в состав данного стойкого преступного объединения, в пределах его функционирования.

Ключевые слова: членство, организованное преступное формирование, преступная деятельность, преступность.

Signs are probed, criteria of determination of membership in the organized criminal groupment, and also his most typical displays are criminal acts, which can be carried out persons which enter in the complement of this proof criminal obiednaniya, within the limits of his functioning.

Keywords: membership, organized criminal groupment, criminal activity, criminality.

Особливістю законодавчої регламентації боротьби з організованою злочинністю в Україні є створення кримінально-правових засад протидії виникненню та злочинній діяльності окремих видів організованих злочинних угруповань. Серед іншого, у чинному КК України передбачено злочинність та караність створення подібних злочинних об'єднань, участі у них, керівництва ними, участі у злочинах, ними вчинюваних. Дослідження специфіки зазначених діянь становить важливе завдання кримінально-правової науки, насамперед у сенсі конкретизації їх змісту та суспільної небезпеки.

Предметом даного дослідження є членство в угрупованні, що є важливою характеристикою таких діянь, як участь в угрупованні певного виду, керівництво ним, а у

певних випадках – також участі у злочинах, вчинюваних угрупованням. З одного боку, членство в угрупованні є необхідною умовою вчинення таких діянь. З іншого боку, вказані діяння є вираженням членства в угрупованні, що саме по собі становить відносно самостійний феномен організованої злочинної діяльності як окремої форми спільного вчинення злочинів.

Членство в організованому злочинному угрупованні характеризує у першу чергу приналежність особи до даного об'єднання, входження у його склад. Слово "членство" викликає асоціацію зв'язку особи з певною соціальною спільнотою, а також участі у спільній справі, але у межах виконання певних зобов'язань перед такою спільнотою.

Входження в організоване злочинне угруповання становить для особи серйозну подію її життя, оскільки воно значно змінює її становище у суспільстві, окрім того, з цього моменту особа налаштовується на тривале зайняття злочинною діяльністю, що підкріплюється зобов'язаннями, котрі вона бере на себе при вступі у злочинне об'єднання. Нерідко такий вступ зумовлює докорінну зміну способу життя особи, її звичок, світогляду, соціального середовища. Наслідком всіх цих змін стає поглиблення антигромадської спрямованості особистості, подальше ствердження антигромадського способу її життя, зростання її небезпеки для суспільства.

Перебуваючи у складі стійкого злочинного об'єднання, особа намагається реалізувати певні свої потреби та інтереси. При цьому вона зорієнтована на злочинний шлях їх задоволення, розраховуючи на використання тих можливостей у зайнятті злочинною діяльністю, котрі їй може забезпечити вказане об'єднання. Отже, угруповання для особи виступає своєрідним засобом реалізації її власних злочинних намірів.

Так само і для угруповання окремих її членів є своєрідним знаряддям здійснення спільних планів злочинної діяльності. Тому членство в угрупованні пов'язане з виконанням особою у ньому певної ролі, що у свою чергу передбачає її певний статус в угрупованні, а також здійснення нею певних функцій у спільній злочинній діяльності. Загалом членство в угрупованні окремих осіб є фактором, що зумовлює його існування. Угруповання складається із окремих його членів, без них воно існувати не може. Розвиток угруповання зумовлюється злочинною діяльністю окремих його членів; ефективність такої діяльності зумовлює рівень активності угруповання у цілому.

З врахуванням того значення, яке має членство в угрупованні як фактор розвитку цього осередку злочинної діяльності, кримінальне законодавство передбачає ряд норм, одні з яких встановлюють відповідальність за різні прояви членства в організованих злочинних угрупованнях певного виду, інші ж – стимулюють до виходу з угруповання та викриття його злочинної діяльності. За чинним законодавством членство в організованому злочинному угрупованні має своїм кримінально-правовим наслідком встановлення для особи особливого правового статусу учасника чи організатора певного виду злочинного об'єднання (ст. 30 КК), що, у свою чергу, зумовлює застосування до неї особливих правил кримінальної відповідальності.

Здебільшого членство в угрупованні у теорії кримінального права пов'язується з моментом вступу до нього, входження у його склад. Разом з тим, окремими авторами як можливий варіант членства розглядається участь у злочинах, вчинюваних угрупованнями або ж сприяння його злочинній діяльності – з боку осіб, котрі не входять у склад угруповання. На думку В. Алексеєва, членами організованої групи спекулянтів мають визнаватися особи, котрі систематично беруть участь у злочинах або навіть ті, хто наперед обіцяли таку участь. Для прикладу автор називає працівників торгівлі, котрі систематично сприяють спекулянтам, а також осіб, які систематично здійснюють перевезення вантажів або зберігання предметів спекуляції (2, 36). У зв'язку з подібними тлумаченнями членства в угрупованні потрібно підкреслити, що у стосунках членства суб'єкт не просто виконує певні функції у межах спільної злочинної діяльності. Як член угруповання він обов'язково підкоряється вказівкам керівника, виконує встановлені в угрупованні правила поведінки. Що вельми суттєво, він отожднює себе з угрупованням і у стосунках з оточенням виступає як його представник; одночасно несе моральну, правову та іншу відповідальність за його злочинну діяльність та її

результати. В усіх зазначених відношеннях суб'єкт стає невід'ємною часткою злочинного об'єднання і у такому значенні він не може з позицій кримінального права отожднюватися з суб'єктом, котрий не пов'язаний вищевказаними зв'язками з угрупованням. Систематична участь особи у злочинах, вчинюваних угрупованнями чи сприяння його злочинній діяльності зближує особу з угрупованням, проте така особа залишається відносно незалежною від цього злочинного об'єднання. Можна, звісно, ставити питання про прирівнення таких осіб до членів угруповання. Але це означатиме створення ще однієї кримінально-правової фікції, яка не матиме особливої користі, а навпаки, підриватиме інститут членства і тим ще більше ускладнить проблему описання, у тому числі у кримінальному законі, організованого злочинного угруповання та визначення його параметрів.

Для правильного розуміння членства в угрупованні, а у зв'язку із цим – фактичної підстави відповідальності члена угруповання, важливого значення набуває з'ясування питання, що становить собою сам вступ у нього. У літературі з цього приводу особливих розбіжностей немає. Найчастіше вказується на наступні моменти. Особа, яка вступає в угруповання, повинна усвідомлювати його характер, мету злочинної діяльності та способи її досягнення. Вона виявляє у будь-якій формі бажання брати участь у діяльності угруповання у його складі і зобов'язується виконувати у зв'язку з цим покладені на неї обов'язки. Нарешті, вступ передбачає прийняття особи в угруповання, котре, залежно від обставин, може здійснюватися колективно всіма членами угруповання, окремими його представниками чи навіть лише його керівником (3, 15; 4, 114; 5, 98).

Водночас окремі вчені безпідставно обмежують членство в угрупованні випадками вступу до нього осіб, які не брали участі у його створенні. Зокрема, В.П. Тихий стосовно участі у злочинній організації зазначає, що йдеться про випадки, "...коли особа не брала участі у створенні злочинної організації, але вступила (увійшла) до створеної іншими особами" (7, 689). Подібну позицію займає також Н.О. Гуторова стосовно участі у не передбачених законом воєнізованих чи збройних формуваннях (5, 98). Проте таке розуміння членства в угрупованні суперечить логіці розвитку злочинної діяльності окремих осіб, котрі створюють певне злочинне об'єднання здебільшого з метою подальшого перебування у ньому та вчинення у його складі злочинів і у подальшому продовжують свою злочинну діяльність у складі новоствореного угруповання. Крім того, якщо прийняти зазначену точку зору, то стає незрозумілим, як має вирішуватися питання з відповідальністю осіб, які брали участь у створенні угруповання певного виду, тієї ж злочинної організації, у випадках, коли ними вчинені певні діяння у складі утвореного ними ж злочинного об'єднання.

Нерідко у літературі сам по собі вступ в угруповання розглядають як прояв членства у ньому і підставу покладення на особу відповідальності як на члена угруповання. В.С. Прохоров, зокрема, займаючи таку позицію, вказує, що член злочинної організації уже фактом вступу у її ряди вносить перший "вклад" у спільну для всієї організації "справу". Вступ в організацію означає, що особа віддає себе у її розпорядження, що організація може розраховувати на неї (8, 608). Для інкримінування участі в озброєній банді, на думку П.С. Матишевського та С.Д. Шапченка, достатньо самого факту перебування особи у її складі. Для осіб, котрі створили банду, воно починається з моменту створення банди; для тих, хто не брав участі у створенні банди, перебування у її складі починається з моменту фактичного вступу до неї (9, 540). Проте дана точка зору не є пануючою. Ряд науко-

вців наполягають на тому, що лише вступу в угруповання для кримінальної відповідальності особи недостатньо; особа як член угруповання мусить виконувати у ньому певну діяльність, не обов'язково пов'язану із вчиненням злочинів (1, 25-26; 10, 336; 11, 12; 13, 14-15). При цьому одні вважають, що підтвердженням членства в угрупованні є виконання за його завданням хоча б однієї дії (10, 336), інші вказують на необхідність неодноразового чи систематичного здійснення певних функцій та дій (1, 25-26). Не можна не помітити, що кількість прибічників цієї другої (останньої) позиції порівняно з минулим значно зросла.

Загалом важко уявити членство особи у будь-якому об'єднанні без виконання у ньому та у його інтересах якихось дій, функцій. Саме реальна діяльність, реальна участь у спільній "справі" становить необхідну умову існування будь-якої соціальної спільноти; за інших умов вона приречена на розпад. Не є винятком у цьому відношенні злочинне об'єднання, та ще й таке, що створюється з метою тривалого зайняття спільною злочинною діяльністю. Тож реально членство в угрупованні, як правило, пов'язане з виконанням певних функцій у ньому. Цю реальність потрібно враховувати при загальній характеристиці членства як особливої підстави кримінальної відповідальності особи. Звісно, вступ у злочинне об'єднання сам по собі також становить суспільну небезпеку і є по суті самостійним діянням, за яке може встановлюватися кримінальна відповідальність. Проте виникає питання про її доцільність. Насамперед потрібно зважити на небезпеку безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності осіб, котрі за збігом обставин фактично ввійшли у його склад, але своїм перебуванням у ньому нічим не сприяли його функціонуванню та здійсненню ним злочинної діяльності. На цю обставину звертав увагу ще Н.С. Таганцев, котрий стосовно зграї писав, що одне перебування особи у ній не робить її членом зграї. При цьому ним наводяться приклади такого перебування – осіб, котрі знаходяться у ній у силу близьких стосунків з її членами, зокрема, їх жінок чи коханок; осіб, котрі хоча і виконують у зграї певні обов'язки, проте знаходяться у ній за примусом (12, 361). Ці приклади поширюються і на теперішній час. Окрім того, у сучасних умовах непоодинокими стали випадки праці за наймом, фактично в інтересах угруповання, у легальному секторі його діяльності.

Треба також звернути увагу на те, що особа, котра не виконала будь-яких дій, навіть у межах взятих перед угрупованням зобов'язань, нічим ще не підтвердила свого членства у ньому. Суто процесуальний момент неможливості у багатьох випадках доказування членства в угрупованні лише за фактом вступу у нього (див.: 6, 24) підживляє дієвість норми про відповідальність за вступ в угруповання і до певної міри дискредитує її, а так само правоохоронну діяльність, при здійсненні якої дана норма не застосовується і при цьому не реалізується принцип невідворотності відповідальності за скоєний злочин. Треба зазначити, що за вказаних умов особа не стверджує себе як член угруповання і у психологічному плані, оскільки таке ствердження у новій ролі відбувається з початку реальної участі у злочинній діяльності угруповання. Це значно знижує рівень відчуття нею справедливості тієї відповідальності, що покладається на нею державою за членство в угрупованні.

Проблема відповідальності членів угруповання загострюється ще й тим, що у законі практично не проводиться її диференціація залежно від виконуваної ними в угрупованні ролі та характеру злочинної діяльності. Виняток у цьому плані становить лише ст. 260 КК, у якій у різних частинах передбачається відповідальність за

створення не передбачених законом воєнізованих чи збройних формувань, керівництво ними, а також участь у складі вказаних формувань у нападі на підприємства, установи, організації чи на громадян, із встановленням різного розміру покарання за дані діяння. Доречно також вказати, що загалом у кримінальному законодавстві вчиненню діянь, котрими завдається реальна шкода, надається пріоритетного значення по відношенню до тих, що до певної міри є свідченням намірів особи.

У зв'язку з вищевикладеним постає питання про характер дій (бездіяльності), що становлять участь у злочинній діяльності угруповання. Треба зазначити, що не всяке перебування в угрупованні характеризує членство у ньому. Відповідно, не всякі вчинки особи свідчать про її участь у злочинній його діяльності. Йдеться лише про такі діяння, що, по-перше, здійснюються у межах спільної домовленості в інтересах угруповання, по-друге, що об'єктивно необхідні у плані забезпечення функціонування злочинного угруповання або ж сприяють його злочинній діяльності. Звісно, у це коло входять і злочинні посягання, скоювані членами угруповання у межах спільної злочинної діяльності.

Більш детальна характеристика окремих форм участі членів угруповання в організованій злочинній діяльності показує суттєву їх відмінність від інших форм участі, що виявляється :

1) у керівництві угрупованням чи окремим його підрозділом;

2) у забезпеченні безпеки функціонування угруповання;

3) у забезпеченні умов розвитку угруповання та розширеного відтворення ним актів спільної злочинної діяльності;

4) у вчиненні злочинів, якими реалізується мета протиправної діяльності цього злочинного об'єднання.

Уже у цьому різноманітті форм участі виявляється якісна відмінність організованої злочинної діяльності від співучасті у злочині.

Особливо важливо наголосити на тому, що окремі члени угруповання не беруть участі у вчиненні злочинів, а займаються діяльністю, спрямованою на забезпечення функціонування угруповання та його злочинної діяльності у цілому, у тому числі здійснюють керівництво ним. Безсумнісним є її зв'язок зі злочинами, вчинюваними організованим злочинним угрупованням. Проте цей зв'язок носить опосередкований характер і забезпечується саме функціонуванням угруповання як специфічного колективного суб'єкта організованої злочинної діяльності.

Така діяльність не підпадає під поняття співучасті у злочині. Її значення значно ширше, аніж участі у вчиненні конкретного злочину; вона забезпечує розвиток у цілому організованої злочинної діяльності, а не просто вчинення окремого злочину. Така участь може сприйматися лише у контексті всієї злочинної діяльності угруповання.

Доречно у зв'язку з цим зазначити, що у даному виді спільної злочинної діяльності порівняно зі співучастю у злочині кардинально змінюється значення окремих форм участі у ній. Зокрема, якщо при співучасті у злочині центральна роль відводиться виконавцю злочину, котрий своїми діями реалізує спільні наміри співучасників, то у випадках організованої злочинної діяльності участь особи, котра безпосередньо здійснює злочинне посягання, має другорядне значення, вирішального ж значення набуває діяльність керівника угруповання, його помічників, керівників окремих підрозділів, інших осіб, котрі своєю діяльністю сприяють розвитку організованого злочинного угруповання та розширеному відтворенню актів спільної злочинної діяльності. Функції, котрі можуть виконувати учасники організованої злочинної діяльності,

можуть бути тотожними тим, що виконуються окремими співучасниками при вчиненні конкретного злочину і регламентуються інститутом співучасті у злочині. Разом з тим, при всій їх подібності за своєю природою вони суттєво відрізняються від функцій співучасників злочину. Функціонування організованого злочинного угруповання як стійкого злочинного об'єднання породжує особливу форму участі у спільній злочинній діяльності, зумовлену членством в угрупованні і разом з тим – особливу, якісно відмінну від співучасті у злочині форму взаємодії між учасниками та особливий тип зв'язку між їх діяльностями, коли діяльність кожного окремого учасника перетворюється у складову спільної діяльності, її окрему операцію, втрачаючи свою самостійність. Тому діяльність будь-якого члена угруповання, виконання ним будь-яких функцій повинні оцінюватися лише у контексті спільної злочинної діяльності, здійснюваної у межах функціонування організованого злочинного угруповання.

Подальше дослідження феномену членства в організованому злочинному угрупованні передбачає подальше описання та систематизації діянь, що становлять найбільш типові прояви членства в угрупованні, визначення їх реальної суспільної небезпеки, обґрунтування форм відображення вказаних діянь у кримінальному законодавстві, встановлення основ кримінальної відповідальності за їх вчинення, здійснення ряду інших важливих завдань, виконання яких є необхідним у сенсі

створення теоретичних та правових засад протидії організованій злочинності.

1. Алексеев В. Понятие организованной группы // Социалистическая законность. – 1989. – №11. – С.25-26.
2. Алексеев В. Групповая спекуляция // Социалистическая законность. – 1990. – №8. – С. 35-36.
3. Гаухман Л. Д., Максимов С.В. Уголовная ответственность за организацию преступного сообщества (преступной организации): Комментарий. – М.: ЮриИнфор, 1997. – 27 с.
4. Гришаев П.И., Кригер Г.А. Соучастие по советскому уголовному праву. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1959. – 256 с.
5. Гуторова Н.О. Кримінальна відповідальність за створення не передбачених законодавством воєнізованих формувань чи груп // Вісник Запорізького державного університету (юридичні науки). – 2001. – №1. – С.95 – 103.
6. Іваненко І.В. Бандитизм: кримінологічне та кримінально-правове дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2003. – 248 с.
7. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. Т. Малярєнка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Видання друге, перероблене та доповнене. – Х.: ТОВ "Одісеї", 2004. – 1152 с.
8. Курс советского уголовного права (Часть Общая). Т.1. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1968. – 647 с.
9. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с.
10. Организованная преступность / Под ред. А.И.Долговой, С.В.Дьякова. – М.: Юрид.лит., 1989. – 352 с.
11. Радіонов І. І. Кримінальна відповідальність за бандитизм: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 08 / Національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2004. – 19 с.
12. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В.2 т. Т.1. – М.: Наука, 1994. – 380 с.
13. Чорний Р.Л. Бандитизм за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. / Національна академія Служби безпеки України – Київ, 2005. – 27 с.

Надійшла до редколегії 18.10.10

Н. Ахтирська, канд. юрид. наук, доц.

УДОСКОНАЛЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ ФАКТІВ ЖОРСТОКОГО ПОВЕДІННЯ ВІДПОВІДНО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ

З метою дотримання механізму забезпечення прав людини Україна має створити систему боротьбу з катуваннями.

Ключові слова: катування, права людини, доступ до адвоката, незалежне медичне обстеження, законність доказів.

С целью соблюдения механизма обеспечения прав человека Украина обязана создать систему борьбы с пытками.

Ключевые слова: пытки, права человека, доступ к адвокату, независимое медицинское обследование, законность доказательств.

Ukraine has to create a system of fight with tortures for maintenance of device of the human rights.

Key words: torture, human rights, access to advocate, independent medical survey, legality of proof.

Право на свободу від катувань та нелюдського або такого, що принижує гідність, ставлення або покарання є імперативною нормою міжнародного права. Однак, Європейський суд з прав людини фіксує у своїх рішеннях порушення цієї вимоги та вказує державам на обов'язок проведення ефективного розслідування за фактами скарг на жорстоке поводження [1, 3]. Для України ця проблема є досить актуальною, про що свідчать рішення Європейського суду проти України та практика національних судів. Так, у 2009 році судами України за ст. 127 КК України "Катування" було засуджено 44 особи, винесено 1986 окремих ухвал про порушення законності під час проведення досудового слідства та розглянуто 11 636 скарг на порушення кримінальної справи, з яких 3 411 задоволені [2]. З метою усунення виявлених та латентних явищ порушення прав людини на стадії досудового слідства доцільним є створення механізму ефективного розслідування таких фактів відповідно до європейських стандартів.

Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 року була підписана від імені Уряду Української РСР 27 лютого 1986 року та ратифікована Президією Верховної Ради Української РСР 26 січня 1987 року [3]. Ратифікація Конвенції передбачає розроблення та введення в дію національного механізму реалізації її положень.

Відповідно до ст. 2 Конвенції, кожна державою вживає ефективних законодавчих, адміністративних, судових та інших заходів для запобігання актам катувань на будь-якій території під її юрисдикцією. Це положення також закріплено в ст. 3 Конституції України: "Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави" [4].

Термін "катування" означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисно заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюється державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

З метою контролю за дотримання режиму абсолютної заборони катувань та нелюдського поводження у Кримінальному кодексі України, прийнятому 4 квітня 2001 року, відповідно до європейських стандартів передбачена кримінальна відповідальність за катування. За дев'ять років до цієї статті тричі вносились зміни, корегувалися визначення катування та кримінально-правові санкції. Стаття 127 КК України "Катування" на початку містила наступне: "1. Катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання, шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, – карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років".

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років" [5].

Законом України від 12 січня 2005 року ст. 127 КК України була викладена в такій редакції:

"1. Катування, тобто умисне заподіяння фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, в тому числі отримати від нього або іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється, або залякування його або інших осіб, – карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років".

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років".

3. Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо вони вчинені працівниками правоохоронних органів, – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років".

4. Дії, передбачені частиною третьою цієї статті, якщо вони призвели до загибелі людини, – караються позбавленням волі на строк від дванадцяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі [6].

Законом України від 15 квітня 2008 року структура статті та її зміст були суттєво змінені: "1. Катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати від нього або від іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб, – карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років".

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років позбавлення волі [7].

Законом України від 5 листопада 2009 року частина друга статті 127 КК України викладена в такій редакції: "Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років" [8].

Очевидними є певні коливання в термінах покарання за вчинення злочину спеціальним суб'єктом – представником правоохоронного органу. Так, у редакції закону 2005 року передбачалось покарання у вигляді по-

збавлення волі від 10 до 15 років, а у випадку загибелі потерпілого – довічне позбавлення волі. Незважаючи на збільшення скарг до національних судів на неправомірні дії органів досудового слідства та до Європейського суду з прав людини, що не свідчить про покращення ситуації в Україні щодо режиму заборони катувань та нелюдського поводження, у редакції закону 2005 року покарання передбачене у вигляді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років. Аналіз судової практики свідчить про те, що дії співробітників правоохоронних органів за вчинення катування та інших дій, пов'язаних з нелюдським поводженням, кваліфікуються за різними статтями кримінального кодексу, що, на нашу думку, обумовлюється неоднозначним трактуванням конвенційних норм.

Так, аналіз інших норм Кримінального кодексу України дає підстави стверджувати, що ознаки катування також містяться і в інших статтях цього кодексу, що ускладнює практику їх однакового застосування. Наприклад, стаття 373 КК України "Примушування давати показання" передбачає відповідальність у виді обмеження волі на строк до трьох років або позбавлення волі на той самий строк за примушування давати показання при допиті шляхом незаконних дій з боку особи, яка проводить дізнання або досудове слідство. Якщо ті самі дії, поєднані із застосуванням насильства або із знущанням над особою, – караються позбавленням волі від трьох до восьми років".

Під примушуванням у ч.1 ст. 373 КК України розуміють психічний вплив на особу, яку допитують, з метою отримати потрібні для особи, яка проводить допит, показання. Обов'язковою ознакою є спосіб – незаконні дії (шантаж, обман, гіпноз, незаконне обмеження прав).

Під насильством у цій статті розуміють фізичний вплив на особу, яку допитують, що завдало їй фізичного болю або спричинило тілесні ушкодження. Умисне заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень потерпілому кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 115 КК України "Умисне вбивство" або 121 "Умисне тяжке тілесне ушкодження".

Прикладами знущання, передбаченого ч. 2 ст. 373, можуть бути багатогодинні допити, позбавлення їжі або води, вплив шумом або світлом, насміхання над фізичними вадами потерпілого, образа його релігійних або національних почуттів тощо.

Якщо насильницькі дії з метою примусити дати показання вчинюють відповідні службові особи не при допиті (а, скажімо, під час проведення іншої слідчої дії), – то за статтями 365 "Перевищення влади або службових повноважень" або за ст. 424 "Перевищення військової службовою особою влади чи службових повноважень".

Стаття 372 Кримінального кодексу України передбачає відповідальність за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою у виді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

Те саме діяння поєднане з обвинуваченням у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, а також поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією, карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Під штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією розуміють підроблення документів, що є доказами в кримінальній справі, підміну або знищення речових доказів тощо.

Таким чином, можна зробити висновок, що поняття "катування" не є чітко визначеним у законодавстві України; ознаки катування містяться в різних статтях кримі-

нального кодексу що призводить до неоднакової практики його застосування.

Відповідно до Плану дій Ради Європи для України на 2008-2011 роки передбачено, що Європейський Комітет із запобігання катувань (КЗК) у своїх звітах указав на наявність серйозної проблеми – жорстокого поводження з особами, затриманими працівниками органами внутрішніх справ. На цю же проблему вказував і Комісар з прав людини РЄ, Комітет з ООН проти катувань та інші міжнародні організації. Ситуацію ускладнює відсутність ефективної системи розслідування скарг на жорстоке поводження. З огляду на це доконечно треба докласти цілеспрямованих зусиль для боротьби з жорстоким поводженням та безкарністю винних у ньому в Україні й налагодити механізми й процедури ефективного розслідування таких скарг відповідно до стандартів КЗК, практики ЄСПЛ та інших міжнародних документів [9].

Аналіз чинних нормативних актів, якими регулюється порядок тримання осіб у ізоляторах тимчасового тримання свідчить про певну невідповідність встановленим вимогам. Так, зокрема, в Інструкції про порядок тримання осіб у спеціально відведених місцях для тимчасового тримання Служби безпеки України від 26.07.2008 року міститься вказівка на те, що освітлення камер здійснюється з настанням темряви і до світанку (п. 2.4). [10] На неприпустимість такого впливу світлом неодноразово вказував у своїх рішеннях європейський суд з прав людини.

За змістом Інструкції визнається можливість відсутності у камерах туалету. Так, у п. 2.6. закріплено наступне: "Виведення затриманих і взятих під варту осіб з камер здійснюється: у кабінети для проведення слідчих дій; у кімнати для побачень; у двір для прогулянок; у лазню; до медичного працівника; у туалет (за відсутності в камерах санвузлів); при конвоюванні, звільненні, евакуації та в інших необхідних випадках (при переміщенні в іншу камеру для проведення повного обшуку, для прибирання приміщення тощо).

Але у нічний час, тобто з 22.00 до 06.00 не передбачається виведення затриманих з камер у разі фізіологічної потреби. Це є можливим лише у разі ускладнення обстановки і якщо життю і здоров'ю утримуваних осіб загрожує небезпека; звільнення після скасування рішення про затримання чи взяття під варту; припинення протиправних дій серед утримуваних або їх підготовки до втечі; надання невідкладної медичної допомоги. Такий підхід визнається таким, що порушує права людини та відноситься до категорії нелюдського поводження.

В рамках реформування кримінальної юстиції в Україні доцільно удосконалити механізм розслідування фактів жорстокого поводження, керуючись принципами застосування європейських стандартів [11].

Першим принципом ефективного розслідування фактів жорстокого поводження є абсолютна заборона жорстокого поводження. Застосування катувань або нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження або покарання є абсолютно забороненим за всіх обставин. Жодні відступи від цієї заборони не допускаються. Навіть за найскладніших обставин, таких як боротьба з тероризмом та організованою злочинністю, Конвенція в абсолютній формі забороняє катування та нелюдське поводження. Без позитивного обов'язку розслідування заяв про жорстоке поводження або його інших ознак ця заборона буде сприйматися як теоретична й ілюзорна, що дозволить державним органам влади та їхнім уповноваженим особам діяти безкарно.

Обов'язок проведення розслідування вимагає створення послідовної системи заходів, здатних гарантува-

ти адекватне реагування на достовірні повідомлення про катування та інші форми жорстокого поводження.

Другим принципом є сприяння перспективам ефективного розслідування і доступу до засобів розслідування. Державі належить забезпечувати існування чіткої системи механізмів і процедур, через яку можуть надходити повідомлення про підозри, ознаки і докази жорстокого поводження. Ця система має бути доступною для всіх осіб, включаючи осіб, що утримуються під вартою, на рівних засадах, оскільки потерпілим важко обґрунтувати свої заяви про катування під час перебування під вартою, якщо вони були ізольовані від суспільства, не мали доступу до лікарів, адвокатів, родичів або друзів, які б могли надати їм підтримку та зібрати необхідні докази.

Особливу важливість у цій вимозі мають три складові: право відповідної особи на те, щоб факт її затримання був повідомлений третій стороні за вибором цієї особи (члену сім'ї, другу, адвокату), право на доступ до адвоката і право вимагати проведення медичного обстеження лікарем за вибором самої особи (додатково до медичного обстеження, що проводиться лікарем, викликаним органами поліції). Ключову роль в ефективному розслідуванні за заявами про жорстоке поводження часто відіграють дані судово-медичної експертизи. Їхня важливість неодноразово підкреслювалась Європейським судом з прав людини. Незабезпечення своєчасно отриманих даних судової експертизи було одним з важливих чинників неефективності розслідування скарг на жорстоке поводження.

Велике значення для формування доказової бази є ретельне ведення дос'є тримання особи під вартою. Відсутність записів про перебування особи під вартою із зазначенням таких аспектів як дата, час та місце затримання, прізвище затриманого, а також причини затримання і прізвище особи, яка його здійснила, має розглядатися як факт несумісний із самою ціллю Конвенції.

Третій принцип полягає у тому, що обов'язок ініціювати розслідування виникає, коли компетентні органи одержують правдоподібну заяву або інші достатньо чіткі вказівки на те, що міг мати місце серйозний факт жорстокого поводження. За таких обставин розслідування має бути проведене навіть за відсутності офіційної скарги і вчасно.

Четвертим принципом є незалежність та неупередженість, що передбачає проведення розслідування особами, які є незалежними та непричетними до події злочину. Хоча, як свідчить практика, інколи розслідування здійснюють слідчі, які є у підпорядкуванні осіб, причетних до катування, або виступають свідками цих подій.

П'ятим принципом проголошує обов'язкову компетентність та невідкладність проведення розслідування катувань. Як свідчить практика, інколи така перевірка повідомлень починається через декілька місяців після надходження заяви, що унеможливорює всебічну, об'єктивну та повну фіксацію доказової інформації під час проведення огляду місця події. Ефективне розслідування передбачає обов'язкову активну участь у ньому потерпілого та контроль громадськості.

Заслуговує на увагу міжнародний досвід правового врегулювання унеможливлення катування та мінімізації незаконного впливу правоохоронних органів на затриманих осіб з метою визнання вини. Так, за законодавством США, затримана особа має предстати перед судом (слідчим суддею) для вирішення питання про законність її затримання та доцільність обрання запобіжного заходу у продовж 24 годин. До того ж цей термін не є абсолютним, він тлумачиться як максимально допустимий. На практиці це означає, що затримана особа

має предстати перед судом в найкоротший строк. Законодавча обмеженість часу перебування особи під контролем поліції унеможливує здійснення фізичного та психологічного тиску [12].

Очевидним фактом є потреба удосконалення методики розслідування фактів жорстокого поводження з особами на стадії досудового слідства, що вимагає внесення відповідних змін до Кримінально-процесуального кодексу України. З огляду на це, заслуговують на позитивну оцінку новели, передбачені у проекті КПК України, які стосуються визначення тривалості допиту з диференціацією для повнолітніх та неповнолітніх, передбачення можливої перерви для відпочинку та припинення її особою, яка допитується тощо.

Конкретизація здійснення судового контролю за додержаннями прав людини на стадії досудового слідства стане можливою з введенням спеціального суб'єкту – судового слідчого.

1. Мардох Дж. Боротьба з жорстоким поводженням і безкарністю. Доповідь по Україні. – К., "K.I.C.", 2010. – 108 с. 2. Звіт про стан судочинства в Україні у 2009 році // Державна судова адміністрація України,

2009. 3. Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарань // <http://zakon.rada.gov.ua>. 4. Конституція України // Офіційний вісник України від 01.10.2010, № 72/1, стор. 15, ст. 2598. 5. Кримінальний кодекс України // Голос України від 19.06.2001, № 107. 6. Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення правового захисту громадян та запровадження механізму реалізації конституційних прав громадян на підприємницьку діяльність, особисту недоторканність, безпеку, повагу до гідності, правову допомогу, захист) від 12.01.2005 // Урядовий кур'єр від 16.02.2005, № 29. 7. Закон України "Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності" від 15.04.2008 // Відомості Верховної Ради України, 2008, № 24, ст. 236. 8. Закон України "Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості" від 5.11.2009 // Відомості Верховної Ради України, 2010, № 5, ст. 43. 9. План дій Ради Європи для України на 2008 – 2011 роки // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_929. 10. Інструкція про порядок тримання осіб у спеціально відведених місцях для тимчасового тримання Служби безпеки України від 26.07.2008 // Офіційний вісник України, № 82, 2008. 11. Сванідзе Е. Ефективне розслідування фактів жорстокого поводження. – К., "K.I.C.", 2009. – 144с. 12. Інформація наводиться за результатами стажування автора статті в США за програмою Конгресу США "Відкритий світ" 23.09.-03.10.2010 р.

Надійшла до редколегії 19.10.10

С. Марченко, канд. юрид. наук, доц.

ТЕНДЕНЦІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОВАРНОГО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА В УКРАЇНІ

Зроблено загальний аналіз розвитку законодавства України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва, виділено головні етапи в його нормативно-правовому регулюванні та основні тенденції розвитку, виявлені недоліки та запропоновані можливі шляхи вдосконалення чинного законодавства з питань товарного сільськогосподарського виробництва.

Ключові слова: *товарне сільськогосподарське виробництво, законодавство про товарне сільськогосподарське виробництво, сільськогосподарські товаровиробники, сільськогосподарська продукція, державна аграрна політика України.*

Проведен общий анализ развития законодательства в сфере товарного сельскохозяйственного производства, определены основные этапы в его нормативно-правовом регулировании и основные тенденции, выявлены недостатки и предлагаются возможные пути совершенствования существующего законодательства по вопросам сельскохозяйственного производства.

Ключевые слова: *товарное сельскохозяйственное производство, законодательство о товарном сельскохозяйственном производстве, сельскохозяйственные товаропроизводители, сельскохозяйственная продукция, государственная аграрная политика Украины.*

General analysis of the Ukrainian legislation development in the trade agricultural production sphere has been made; the main stages of its legal regulation and substantial tendencies of its development have been determined; legislation defects have been detected and possible ways of the current trade agricultural production legislation improvement have been suggested.

Key words: *trade agricultural production, trade agricultural production legislation, agricultural producers, agricultural products, Ukrainian state agricultural policy.*

У забезпеченні ефективного розвитку сільського господарства в сучасних умовах реформування земельних та аграрних відносин, інтеграційних процесів важливу роль відіграє аграрне та пов'язані з ним інші галузі національного законодавства.

Окремі питання ефективності аграрного законодавства досліджували в своїх працях Носік В.В., Погрібний О.О., Семчик В.І., Статівка А.М., Титова Н.І., Уркевич В.Ю., Янчук В.З. та інші вчені. Між тим, законодавство України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва предметом спеціального дослідження не було.

В зв'язку з цим, залишається актуальним аналіз розвитку законодавства України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва, виділення головних етапів в його нормативно-правовому регулюванні та основних тенденцій розвитку, виявлення недоліків та визначення можливих шляхів вдосконалення чинного законодавства з питань товарного сільськогосподарського виробництва.

Із здобуттям Україною незалежності законодавство, що регулює відносини в сфері господарської діяльності в АПК, розвивається досить динамічно. Так, на законодавчому рівні закріплено пріоритетність розвитку сіль-

ського господарства, визначено правове становище сільськогосподарських товаровиробників – колективних сільськогосподарських підприємств, фермерських господарств, сільськогосподарських кооперативів, особистих селянських господарств. Прийнято низку законодавчих актів, які регулюють порядок ведення сільськогосподарського виробництва в окремих галузях тваринництва (законони України "Про племінну справу в тваринництві", "Про бджільництво", "Про молоко і молочні продукти" тощо) та рослинництва (законони України "Про насіння і садивний матеріал", "Про державне регулювання виробництва та реалізації цукру", "Про виноград та виноградне вино" та ін.), виконання робіт та надання послуг в сфері сільського господарства (законони України "Про стимулювання розвитку вітчизняного машинобудування для агропромислового комплексу", "Про сільськогосподарську дорадчу діяльність", "Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України" та ін.).

Правові норми, що регулюють суспільні відносини в сфері товарного сільськогосподарського виробництва,

* В статті використано нормативно-правові акти з офіційного сайту Верховної Ради України (код доступу)

знаходять своє вираження в нормативно-правових актах різного рівня, які мають чітко виражену специфіку, зумовлену особливостями сільськогосподарського виробництва, і складають "одну з підсистем аграрного законодавства, в якій є окремі компактні законодавчі комплекси, об'єднані цільовим призначенням" [1, с. 210].

Становлення національного аграрного законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво пройшло ряд етапів, кожен з яких характеризується певними новаціями у правовому регулюванні.

Перший етап (1990-1992 роки) – розпочинається з прийняттям Закону Української РСР "Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві" від 17 жовтня 1990 р., який мав стати правовою основою для забезпечення пріоритетності соціального розвитку села та агропромислового комплексу. В ньому вперше на законодавчому рівні було закріплено основні засади товарного сільськогосподарського виробництва в Україні. Так, агропромисловим товаровиробникам гарантується самостійність у визначенні напряму виробничої діяльності та право повної власності на свою продукцію, їм надається право на добровільне (на договірній основі) прийняття державного замовлення на продукцію чи на вільну торгівлю, крім випадків, передбачених законодавством. Подібні правові норми знайшли своє закріплення в законодавчих актах, якими було визначено правове становище сільськогосподарських товаровиробників – в законах України "Про підприємства в Україні" від 27 березня 1991 р., "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р., "Про селянське (фермерське) господарство" від 20 грудня 1991 р., "Про колективне сільськогосподарське підприємство" від 14 лютого 1992 р.

В цей період було прийнято Земельний кодекс України, Закони України "Про власність" від 7 лютого 1991 р. та "Про форми власності на землю" від 30 січня 1992 р., якими визначено загальні засади використання землі та майна для ведення господарської діяльності, в тому числі і в сільському господарстві; законодавчо врегульовано порядок ведення підприємницької діяльності (Закон України "Про підприємництво" від 7 лютого 1991 р.) тощо.

Для цього етапу розвитку законодавства характерним є перехід до ринкових умов ведення товарного сільськогосподарського виробництва на основі приватизації землі та цілісних майнових комплексів. На думку М. В. Шульги, саме стан продовольчої безпеки виступав однією з передумов проведення земельної реформи [2, с.28]. Але, як зазначає П. Ф. Кулинич, поряд з позитивними результатами, реформування земельних відносин у сільському господарстві призвело й до негативних наслідків, зокрема до надмірного роздрібнення сільськогосподарського земельного фонду країни, що негативно позначилося як на розвитку сільськогосподарського виробництва, так і на якісному стані ґрунтів [3, с.15-16].

Незважаючи на проголошену незалежність України питання, безпосередньо пов'язані зі здійсненням діяльності в основних галузях сільського господарства – в сфері рослинництва і тваринництва, продовжували регулюватись законодавством УРСР. Сферою підзаконного правового регулювання залишалися питання збуту сільськогосподарської продукції, ціноутворення, матеріально-технічного забезпечення тощо.

Принципи функціонування держави на той період виявилися не пристосованими до нових соціально-економічних умов і, врешті-решт, стали суттєвою перешкодою на шляху ринкових перетворень. Нехтуючи закріпленими на рівні законів гарантіями господарської діяльності, підзаконні нормативно-правові акти базувались на застарілих командно-адміністративних принципах.

Започатковане реформування аграрного сектора економіки України об'єктивно супроводжувалось активним законотворчим процесом, спрямованим на правове поле перетворень. Як зазначає В.І. Семчик [4, с.76], у законодавчому плані виникла потреба у прийнятті ряду уніфікованих законів, спрямованих на інтеграцію правового регулювання аграрних відносин з метою побудови цілісної органічної системи внутрішньо комплексних нормативно-правових актів, наділених єдиним правовим змістом.

Другий етап розвитку законодавства в сфері товарного сільськогосподарського виробництва (з 1992 р. до 1999 р.) характеризується прийняттям інтегрованих (уніфікованих) законодавчих актів, які спрямовані на регулювання відносин в основних галузях сільського господарства – рослинництві та тваринництві. За предметом регулювання умовно можна виділити такі групи нормативно-правових актів, що стосуються товарного сільськогосподарського виробництва:

1) в сфері рослинництва: а) законодавство про селекцію, насінництво та розсадництво, основу якого складають Закони України "Про охорону прав на сорти рослин" від 21 квітня 1993 р., "Про насіння" від 15 грудня 1993 р.; б) законодавство про захист сільськогосподарських рослин (Закон України "Про карантин рослин" від 30 червня 1993 р.; Закон України "Про захист рослин" від 14 жовтня 1998 р.); в) законодавство про безпечність та якість сільськогосподарської продукції рослинного походження (Закон України "Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини" від 23 грудня 1997 р.); г) законодавство про меліорацію земель, захист ґрунтів від вітрової та водної ерозії (Закон України "Про пестициди і агрохімікати" від 2 березня 1995 р.).

2) в сфері тваринництва: а) законодавство про ветеринарну медицину (Закон України "Про ветеринарну медицину" від 25 червня 1992 р.); б) законодавство про розвиток племінної справи у тваринництві (Закон України "Про племінне тваринництво" від 15 грудня 1993 р.); в) законодавство про безпечність та якість сільськогосподарської продукції тваринного походження (Закон України "Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини" від 23 грудня 1997 р.).

Третій етап (умовно можна визначити з 1999 р. до 2002 р.) – започатковано прийняття законодавчих актів диференційованого характеру, спрямованих на регулювання відносин, що виникають в конкретній галузі сільськогосподарського виробництва. Зазначена тенденція розвитку законодавства збереглась дотепер.

В цей період почали формуватись такі законодавчі інститути: 1) в рослинництві: а) законодавство про регулювання бурякоцукрового комплексу (Закон України "Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру" від 17 червня 1999 р.); б) законодавство про регулювання виробництва олійних культур (Закон України "Про ставки вивізного (експортного) мита на насіння деяких видів олійних культур" від 10 вересня 1999 р.); в) законодавство про розвиток зернового господарства (Закон України "Про зерно та ринок зерна в Україні" від 4 липня 2002 р.); г) законодавство про розвиток садівництва і виноградарства (Закон України "Про виноград та виноградне вино" від 16 червня 2005 р.);

2) в тваринництві: а) законодавство про розвиток бджільництва (Закон України "Про бджільництво" від 22 лютого 2000 р.); б) законодавство про розвиток рибництва (Закони України "Про рибу, інші водні живі ресурси та харчову продукцію з них" від 6 лютого 2003 р., "Про Загальнодержавну програму розвитку рибного господарства України на період до 2010 року" від 19 лютого 2004 р.).

Частково врегульовано суспільні відносини в галузі птахівництва, скотарства, вівчарства та конярства. Законодавство про розвиток інших галузей тваринництва знаходиться на стадії формування.

Четвертий етап (з 2002 р. до цього часу) – характеризується, поряд із збереженням диференційованого підходу до правового регулювання сільськогосподарського виробництва, активізацією законотворчого процесу в сфері гармонізації чинного аграрного законодавства до вимог Світової організації торгівлі та Європейського Союзу. Державна аграрна політика України, відповідно до Закону України "Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року" базується на національних пріоритетах і враховує необхідність інтеграції України до Європейського Союзу та світового економічного простору.

З метою забезпечення виконання в Україні вимог директив Європейського Союзу та гармонізації стандартів і санітарних, екологічних, ветеринарних, фітосанітарних норм з міжнародними та європейськими вимогами на сільськогосподарську продукцію за даний період були прийняті наступні закони України: "Про охорону прав на сорти рослин" від 17 січня 2002 р., "Про карантин рослин" від 3 квітня 2003 р. в редакції Закону від 19 січня 2006 р.; "Про внесення змін до Закону України "Про ставки вивізного (експортного) мита на насіння деяких видів олійних культур" від 7 липня 2005 р.; "Про безпечність та якість харчових продуктів" в редакції Закону від 6 вересня 2005 р.; "Про внесення змін до Закону України "Про вивіз (експортне) мито на живу худобу та шкіряну сировину" від 16 листопада 2006 р.; "Про ветеринарну медицину" в редакції Закону від 16 листопада 2006 р. та ін.

Дослідження основних етапів становлення та розвитку законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво дозволяють виділити такі його основні тенденції як, уніфікація правового регулювання товарного сільськогосподарського виробництва, диференціація законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво, активізація законотворчого процесу в сфері гармонізації та адаптації чинного аграрного законодавства до вимог СОТ та ЄС.

Характерними особливостями нормативно-правових актів, що регулюють товарне сільськогосподарське виробництво, є:

1) *Збереження рекомендаційної нормотворчості*, зумовленої залежністю сільськогосподарського виробництва від природно-кліматичних умов, зональними особливостями ведення сільськогосподарського виробництва та підвищенням виробничим ризиком. Це дозволяє суб'єктам господарювання вільно реалізовувати господарську самостійність та підприємницьку ініціативу. Зокрема, велика кількість нормативних актів розробляється спільно з Українською Академією аграрних наук і містить науково обґрунтовані рекомендації щодо методів і способів господарювання.

2) Законодавство про товарне сільськогосподарське виробництво має *комплексний характер*. Відносини, які виникають в цій сфері господарювання, як правило, не обмежуються лише аграрною сферою економіки. Це знаходить свій прояв у використанні правових норм, які одночасно є джерелами аграрного права та інших галузей права (господарського, цивільного, фінансового, земельного, екологічного тощо);

3) Цільова спрямованість товарного сільськогосподарського виробництва, використання в якості основного засобу виробництва землі та інших природних ресурсів зумовлюють *переважання в нормативно-правових актах публічно-правових методів правового*

регулювання відносин в сільському господарстві. Зокрема, на сучасному етапі значно посилено державний ветеринарний контроль та нагляд, 80 відсотків змін в Законі України "Про ветеринарну медицину" відведено саме цьому питанню. В сфері сільськогосподарського виробництва окремі види господарської діяльності підлягають ліцензуванню. Крім ліцензування господарської діяльності в сільському господарстві застосовуються і інші заходи публічно-правового регулювання (патентування, державна атестація, сертифікація тощо);

4) Враховуючи вищезазначені риси законодавства у сфері товарного сільськогосподарського виробництва, зростає роль *норм процедурного характеру*, які визначають порядок ліцензування певних видів господарської діяльності в сільському господарстві, порядок проведення атестації виробників сільськогосподарської продукції, порядок проходження конкурсного відбору на виконання окремих державних програм та поставки продукції для державних потреб тощо;

5) Регулятивні норми законодавства у сфері товарного сільськогосподарського виробництва, які встановлюють певні права та обов'язки учасників правовідносин, майже не забезпечені *охоронними нормами*, що не сприяє неухильному дотриманню чинного законодавства. Наприклад, недотримання сільськогосподарськими товаровиробниками Плану породного районування бджіл не тягне ніякої відповідальності. Розділи законодавчих актів, присвячені відповідальності за порушення законодавства з питань насінництва та розсадництва (Розділ 7, ст. 35 Закону України "Про насіння і садивний матеріал"), зернового виробництва (Розділ 12, ст. 82 Закону України "Про зерно та ринок зерна"), ветеринарно-санітарного та епізоотичного благополуччя (Розділ 15, ст. 104 Закону України "Про ветеринарну медицину"), безпечності та якості сільськогосподарської продукції (Розділ 10, ст. 59 Закону України "Про безпечність та якість харчових продуктів") мають надто загальний характер, а отже, зможуть мінімально впливати на формування належної правосвідомості у відповідних суб'єктів;

6) Враховуючи особливості сільськогосподарського виробництва як специфічного виробничого процесу, законодавство у сфері господарської діяльності в АПК характеризується наявністю *великої кількості норм технічного характеру*, які стосуються технології вирощування сільськогосподарських культур (удосконалення землекористування, оптимізація структури посівних площ, освоєння науково-обґрунтованих сівозмін, вибір кращих попередників та ін.), виробництва продукції тваринництва, рибного господарства та лісового господарства. Виробництво сільськогосподарської продукції пов'язано з дотриманням норм державних стандартів та технічних умов (ТУ). Невідповідність вітчизняних державних стандартів європейським є однією з основних причин гальмування експорту сільськогосподарської продукції до країн Європейського Союзу. При цьому, переважна більшість державних стандартів та технічних умов приймалась ще за часів Радянського Союзу.

7) Дослідження нормативно-правового регулювання у цій сфері дозволяє констатувати, що регламентація відносин щодо товарного сільськогосподарського виробництва здійснюється сьогодні за допомогою різних за формою законодавчих та підзаконних актів. При цьому, для законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво характерним є *відсутність єдиного комплексного нормативно-правового акту*, який би визначав поняття товарного сільськогосподарського виробництва, його зміст, коло об'єктів та суб'єктів правовідносин, що виникають, види товарного сільськогосподарського виробництва та особливості їх ведення.

В сучасних умовах кодифікація аграрного законодавства є однією з тенденцій розвитку та вдосконалення чинного законодавства. Як зазначає Носік В.В. [5, с. 18] в сучасних умовах існує об'єктивна потреба систематизації і кодифікації прийнятих законодавчих та інших нормативно-правових актів з питань сільського господарства та інших галузей агропромислового комплексу, оскільки: чинне аграрне законодавство України має низьку ефективність; прийняті закони та інші законодавчі акти потребують узгодження з Конституцією України; вступ до СОТ зобов'язує узгодити принципи, норми, стандарти у сфері регулювання аграрних відносин з урахуванням вимог щодо адаптації аграрного законодавства до системи Європейського права; велике коло суспільних відносин у сільському господарстві та інших галузях АПК регулюються указами Президента України; правові норми багатьох законів мають декларативний і бланкетний характер і тому не виконуються на практиці; аграрно-правові норми вміщено у загальних законах щодо власності, приватизації, оподаткування тощо; у структурі аграрного законодавства велика кількість відомчих нормативно-правових актів; прийняття Закону України "Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року" зумовлює необхідність розробки нових підходів до законодавчого забезпечення реалізації такої політики у майбутньому.

Погоджуючись в цілому з думкою про необхідність прийняття кодифікованого акта у формі Аграрного ко-

дексу, окремим розділом якого має регламентуватись товарне сільськогосподарське виробництво, необхідно зазначити, що на сучасному етапі розвитку аграрних відносин доцільним є розробка та прийняття Закону про товарне сільськогосподарське виробництво, який би забезпечував створення правових умов для реалізації суб'єктивного права громадян на ведення товарного сільськогосподарського виробництва, на працю та вибір професії, роду трудової діяльності в сільському господарстві, гарантування безпечності сільськогосподарської продукції, раціональне та ефективне використання земель сільськогосподарського призначення та інших природних ресурсів.

1. Павлович З. А. Проблеми розвитку законодавства про агропромисловий комплекс України / Здислав Антонович Павлович // Аграрне законодавство України : проблеми ефективності / За ред. В. І. Семчика. – К. : Наук. думка, 1998. – С. 197–224. 2. Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях / Михаил Васильевич Шульга – Х. : Консум, 1998. – 224 с. 3. Кулинич П. Ф. Консолідація сільськогосподарських земель України : правові питання / П. Ф. Кулинич // Проблеми вдосконалення земельного та аграрного законодавства України: перспективи в ХХІ ст. : мат. міжн. наук. конф. – Біла Церква, 2006. – С. 15–16. 4. Семчик В. І. Джерела аграрного права / Семчик В. І. // Аграрне право України : підручник / за ред. О. О. Погрібного. – К. : Істина, 2006. – С. 72–86. 5. Носік В. В. Проблеми кодифікації аграрного законодавства України / В. В. Носік // Проблеми вдосконалення земельного та аграрного законодавства України : перспективи в 21 ст. : мат. міжн. наук. конф. – Біла Церква, 2006. – С. 17–19.

Надійшла до редколегії 19.10.10

А. Мусієнко, канд. юрид. наук, асист.

ДЕЯКІ ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ АБО ТКАНИН ЛЮДИНИ

Статтю присвячено узагальненим результатам дослідження теоретичних і практичних питань деяких елементів криміналістичної характеристики злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини, зокрема особливостям способу їх вчинення.

Ключові слова: криміналістична характеристика; слідова картина; трансплантація; донор; торгівля органами.

Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических и практических вопросов некоторых элементов криминалистической характеристики преступлений в сфере трансплантации органов или тканей человека, в частности особенностям способа их совершения.

Ключевые слова: криминалистическая характеристика; следовая картина; трансплантация; донор; торговля органами.

The article deals with the generalized results of theoretical and practical matters forensic characteristics of some elements of crimes in the transplantation of organs or tissues, including the features of the method of their execution.

Keywords: criminalistics description; picture sequences; transplantation; donor and trade bodies.

Впровадження в медичну діяльність новітніх технологій, зокрема трансплантації органів або тканин людини, спричинило появу злочинів пов'язаних з цією діяльністю. Викриття та запобігання таким злочинам виключно важливе з огляду на те, що цей вид є одним з найбільш небезпечних, спрямованих проти життя та здоров'я особи. Крім того, практика свідчить про їх високу латентність, що зумовлює підвищений ступінь їх суспільної небезпеки. У зв'язку з цим боротьба з означеними злочинами є одним з пріоритетних напрямів діяльності правоохоронних органів.

Теоретична основа дослідження представлена науковими працями вітчизняних авторів – В.О. Глушкова, С.В. Гринчака, А.В. Іщенко, О.В. Сапронова, Г.В. Чеботарьової, а також російських криміналістів О.А. Кустової, Н.В. Павлової, Т.О. Фабрики, О.С. Якименко. Деякі кримінологічні аспекти торгівлі органами людини знайшли відображення в наукових працях А.Вілка та В.С. Овчинського.

Не зменшуючи теоретичної значущості праць згаданих науковців, слід констатувати недостатнє вивчення цього питання. На думку автора, дослідження криміналістичних аспектів злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини, зокрема, способів вчинення

злочину, слідової картини та приховування слідів таких злочинів ще потребує належного висвітлення.

Метою цієї статті є узагальнення результатів теоретичних та практичних досліджень деяких елементів криміналістичної характеристики злочинів передбачених ст. 143 КК України, зокрема особливостей способу їх вчинення.

Аналіз соціальних, кримінально-правових і медичних чинників дає підставу для прогнозу високого рівня латентності злочинності у сфері трансплантології і значних негативних соціальних наслідків у зв'язку з цим [1, с.5]. Це зумовлює виключно важливість ефективного розкриття, розслідування і запобігання таким злочинам. Тому, з позицій криміналістики, на перший план виступають ознаки способу вчинення злочину, які відбиваються у комплексі різноманітних матеріальних та ідеальних слідів, що дозволяє зорієнтуватись у вчиненому діянні та намітити найоптимальніші методи розкриття.

На думку М.І. Скригонюка, спосіб учинення злочину – це обумовлений суб'єктивними й об'єктивними факторами комплекс дій суб'єкта щодо готування, вчинення і приховування злочину [2, с. 472].

Белкін Р.С. вважає, що спосіб вчинення злочину – це система дій з підготовки, вчинення та приховування зло-

чину, визначених умовами зовнішнього середовища і психофізіологічними властивостями особистості [3, с. 267].

Особливістю вчинення злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини є участь, як правило, не менше трьох осіб – донора, реципієнта та особи (осіб), яка здійснює трансплантацію або вилучення органів або тканин людини.

Результати вивчення кримінальних справ, що порушені за вчинення злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини, вказують на те, що ці посягання вчиняються медичними працівниками – лікарями. Реципієнт у таких випадках дає згоду на проведення операції (як правило, це трансплантація фетальних матеріалів), а лікар проводить хірургічне втручання. При цьому реципієнт може навіть не знати, що дії лікаря протиправні. Вважається, що такі злочини можуть вчинятися тільки сертифікованим хірургом-трансплантологом і на прийняття рішення про вчинення такого злочину та його реалізацію впливають об'єктивні фактори – лікар може здійснити операцію тільки у відповідних умовах (спеціальна медична апаратура, участь великої групи фахівців тощо) [4, с. 69].

На практиці дуже нелегко провести відмінність між добровільним продажем і застосуванням до донору примусу (насилюства) або обману брокерами чи посередниками. Жертви можуть давати згоду на продаж будь-яких частин свого тіла, проте їх можуть ввести в оману відносно суми винагороди або компенсації, яку вони повинні отримати, або ж їм можуть не виплатити жодної винагороди. Крім того, жертву можуть дезінформувати стосовно процедури трансплантації і можливих наслідків для здоров'я [5].

Пол Холмс, експерт правоохоронних органів з механізмів розслідування та міжнародного співробітництва, виділяє три сторони учасників незаконної торгівлі органами або тканинами людини – донор, реципієнт та трафікери. Він вважає, що залежно від методів діяльності та від рівня медичного обслуговування донора і реципієнта трафікерами, для торгівлі людськими органами буде потрібна мережа виконавців з таким рольовим розподілом:

Вербування та оцінювання – особисті контакти, посередники, друзі, брокери, лаборанти та лікарі для проведення тестів на сумісність.

Перевезення – перевезення донора та реципієнта у місце, де здійснюватимуться медичні процедури – постачальники особистих/дорожніх документів та віз, водії та інші особи, які супроводжують донорів.

Трансплантація – хірург, асистент, анестезіолог, операційна сестра, лаборанти; інші спеціалісти і перекладачі (при потребі).

Проведення фінансових операцій – брокери для проведення переговорів з донором та для виплати йому грошей, отримання грошей від реципієнта та передачі грошей трафікерам.

Складно охарактеризувати всіх цих окремих осіб (за винятком професійних медиків, участь яких є обов'язковою), оскільки ці ролі можуть поєднуватись. Наприклад, сімейний лікар може виступати у ролі вербувальника або ж брокер може організовувати перевезення та здійснювати фінансові операції [6, с. 16].

Основним елементом злочинного прояву у цій групі злочинів є метод злочинної діяльності, що може набувати п'яти основних форм. Перша пов'язана з примушуванням, друга, третя та четверта пов'язані із застосуванням різних форм обману, а п'ята пов'язана із добровільною згодою донора:

1. Видалення органів за допомогою насильства або примушування – коли орган видаляють у донора-жертви силоміць або ж коли донора примушують пого-

дитись на видалення за допомогою фізичного чи психологічного насильства.

2. Видалення органів обманним шляхом за допомогою фальшивого свідоцтва про смерть головного мозку – коли органи видаляють у тяжко хворих або непритомних пацієнтів на підставі виданого лікарем фальшивого свідоцтва про смерть головного мозку.

3. Видалення органів обманним шляхом під час хірургічного втручання – коли нірку видаляють у хворого без його відома під час необхідного хірургічного втручання через реальну хворобу.

4. Видалення органів обманним шляхом під час не потрібного хірургічного втручання – коли лікарі обманним шляхом переконують жертву-донора в існуванні вигаданої (або насправді несуттєвої) хвороби та користуються цим для проведення операції, під час якої видаляють нірку.

5. Видалення за гроші – коли з донором домовляються про видалення однієї з його нирок за винагороду.

У випадках продажу органів, донори часто виїждять для цього за межі України, оскільки тут мало спеціальних медичних установ та кваліфікованого персоналу, а в сертифікованих трансплантологічних клініках існує суворий режим контролю, тому за таких умов без ризику викриття здійснити нелегальну трансплантацію на території України практично неможливо [6, с. 16-17].

На думку О.А. Кустової злочини, пов'язані з вилученням органів і (або) тканин для трансплантації, вчиняються тільки організованими злочинними групами, до складу яких входять:

а) члени бригад швидкої медичної допомоги, які у разі кримінальної події або нещасного випадку, що пов'язані здебільшого з черепно-мозковою травмою, здійснюють оперативне транспортування донора до ліцензованої медичної установи;

б) анестезіолог-реаніматолог, хірург-трансплантолог та дві операційні сестри, які або не надають реанімаційну допомогу потерпілому або здійснюють трансплантацію органів потерпілого, що перебуває у стані клінічної смерті, на підставі сфабрикованих результатів смерті;

в) судово-медичний експерт, який надає висновок про смерть донора, не згадуючи у ньому про відсутній орган, що трансплантується, у випадку якщо операція по трансплантації органу виконана в ліцензованій медичній установі, та працівник крематорію, що виконує обов'язки по кремації трупа, у разі, якщо дана операція здійснена у неліцензованій медичній установі;

г) особи, що не входять до числа медичних працівників, та належать до кримінальних структур, що спеціалізуються на вчиненні злочинів, пов'язаних з трансплантацією органів і (або) тканин людини.

Також О.А. Кустова виділяє кілька етапів формування механізму злочинів, пов'язаних з вилученням органів і (або) тканин людини для трансплантації.

У рамках початкового етапу члени злочинної організації визначають місце і час операції, а також порядок транспортування донора і реципієнта.

Аналіз клінічної і судово-слідчої практики засвідчив, що зустрічаються три варіанти основного етапу формування механізму даного злочину, а саме:

1. Донор, якого шукають, через певні причини, що пов'язані з сильними травмами (наприклад, внаслідок дорожньо-транспортної події, хуліганських дій, замаху на вбивство тощо), вже перебуває у реанімаційному відділенні ліцензованої медичної установи. У зв'язку з цим незаконна операція по трансплантації органу робиться після ненадання реанімаційної допомоги або сфабрикованих документів, що констатують смерть мозку людини.

2. Донор, якого шукають, знайдений поза реанімаційним відділенням. При цьому здійснюються різні способи нанесення йому черепно-мозкових травм (наприклад, організується дорожньо-транспортна подія, застосовується зброя різного типу та ін.) або застосовується медичний наркоз. Потім донор транспортується до медичної установи. У першому випадку – до ліцензованої медичної установи, а у другому – до неліцензованої медичної установи, після чого у неліцензованій медичній установі безпосередньо робиться пряма пересадка необхідного органу, а у ліцензованій медичній установі незаконна операція по трансплантації робиться після ненадання медичної допомоги або фальсифікації документів, які констатують смерть головного мозку.

3. Донора, якого шукають, примушують до операції по вилученню у нього органу або тканин для трансплантації шляхом застосування фізичного насильства (нанесення побоїв, катування, незаконне позбавлення волі, навмисне заподіяння легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень); психічного насильства (погроза застосування насильства, яка здатна вплинути на його волю і призвести до невідповідності волевиявлення особи її справжній волі); використання безпорадного стану (через нездатність усвідомлювати, що відбувається через психічні або фізичні вади); матеріальної або іншої залежності (службові, родинні, навчальні або ситуаційні стосунки).

Для завершального етапу формування механізму такого злочину характерно:

- домовленість між усіма учасниками незаконної трансплантації органу або тканин про замовчування цього факту;
- знищення або фальсифікація медичних документів, в яких є відомості про необхідність операції, її хід та завершення;
- знищення трупа при проведенні операції у неліцензованій медичній установі [7, с.14-18].

Ще одним прийомом вилучення органів є заманювання людей за кордон обіцянками, наприклад, можливостями отримання роботи або економічних вигод, які не виконуються. У країнах призначення жертв або переконують, або примушують продавати свої органи для погашення боргу за проїзд, і нерідко якщо вони і отримують фінансову винагороду, то дуже незначну [8, р. 29-73], [9, с. 16-17]. Що ж до реципієнтів органів, то їм доводиться платити набагато вищу ціну.

Існує також тісний зв'язок між корупцією і злочинами в сфері трансплантації тому, що такі злочини є складною злочинною діяльністю, для якої нерідко потрібна співучасть різних осіб, включаючи співробітників поліції, працівників моргів, медичний персонал, водіїв карет швидкої допомоги, реципієнтів і донорів [10, р. 2739-2745].

На відміну від найпоширеніших видів організованої злочинності, особи, які беруть участь в організованій злочинній діяльності пов'язані з трансплантацією органів людини, залучаються з різних професій, включаючи лікарів, водіїв швидкої допомоги, працівників похоронних бюро і персоналу лікарень [8, р. 29-73]. Між лікарями і посередниками існують міцні зв'язки, що ускладнює виявлення цієї злочинної діяльності.

Злочинці активно використовують комп'ютерні технології. Швидкий розвиток Інтернету є ще одним чинником, що сприяє розширенню незаконної торгівлі органами, оскільки Інтернет дає можливість діяти анонімно, що полегшує продаж і покупку органів і дозволяє бро-

кером діяти у різних країнах світу. Результати проведеного автором опитування 145 працівників міліції та 116 медичних працівників щодо джерел інформації, з яких респонденти дізналися про незаконну трансплантацію органів і тканин людини, засвідчують, що для більшості респондентів головним джерелом стали засоби масової інформації (38,6% працівників міліції та 51,7% лікарів). Інтернет – відповідно 13,1 та 15,5%, знайомі, родичі, товариші по службі – відповідно 15,9 та 10,3%, судово-слідча практика – відповідно 13,8 та 0,0%.

Незаконна трансплантація органів людини пов'язана і з торгівлею людьми. Є дані, що засвідчують наявність спільних ознак, зокрема маршрутів і кола жертв. До цієї сфери залучаються здебільшого люди, що знаходяться в уразливому положенні – не мають роботи і достатньої освіти та нерідко живуть за умов крайньої бідності [8, р. 29-73].

Стосовно торгівлі дітьми з метою вилучення органів, то, незважаючи на брак переконливих доказів, деякі джерела вказують на випадки викрадання або пропажі дітей, тіла яких згодом знаходять мертвими, понівеченими і з видаленими органами [10, р. 2739-2745]. Проте, слід зазначити, що трансплантація органу дитини дорослій людині з медичної точки зору є технічно можливою.

Проведене дослідження дозволяє дійти певних висновків.

Злочини у сфері трансплантації органів або тканин людини мають тенденцію до зростання як за кількісними, так і за якісними показниками. Велике занепокоєння викликає зростання таких злочинів, що вчинюються організованими злочинними групами, діяльність яких має міжнародний характер.

Способи вчинення таких злочинів складні і різноманітні, залежать від багатьох умов. Перший вид цих злочинів вчиняється медичними працівниками – лікарями, а другий вид – вилучення у людини її органів або тканин шляхом примушування або обману, є характерним для організованих злочинних груп, до складу яких можуть входити медичні працівники та представники кримінальних структур. Незважаючи на явні ознаки причетності організованої злочинності до "чорного ринку" органів людини, масштаби цього явища потребують подальших досліджень.

1. Фабрика Т.А. Проблемы уголовной ответственности за принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Т.А. Фабрика. – Челябинск, 2007. – 26 с. 2. Скригонюк М.І. Криміналістика: Підручник / М.І. Скригонюк. – К.: Атака, 2005. – 496 с. 3. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия / Р.С. Белкин. – М.: Мегатрон XXI, 2000. – 2-е изд. доп. – 334 с. 4. Вилкс А. Торговля людьми и их органами: криминологические, политические и социальные аспекты проблемы. Взгляд на криминальные реалии XXI века / А. Вилкс. – Рига, 2005. – 114 с. 5. Elaine Pearson, "Coercion in the Kidney Trade? A Background Study on Trafficking in Human Organs Worldwide" (Eschborn, Germany, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2004). 6. Протидія торгівлі органами людини : додаткові рекомендації для представників правоохоронних органів України. – К. : Міжнар. організація з міграції (МОМ), 2007. – 72 с. 7. Кустова О.А. Методика расследования преступлений, связанных с изъятием органов и (или) тканей человека для трансплантации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О.А. Кустова; Акад. управления МВД России. – М., 2004. – 26 с. 8. Nancy Schepers-Hughes, "Parts unknown: undercover ethnography of the organs-trafficking underworld", *Ethnography*, vol. 5, No. 1 (2004). – pp. 29-73. 9. Весельський В.К., Пясовський В.В. Торговля людьми в Україні (Проблеми розслідування): Навчальний посібник / В.К. Весельський, В.В. Пясовський. – К.: КНТ – 2007. – 268 с. 10. D.J. Rothman and others, "The Bellagio Task Force report on transplantation, bodily integrity, and the international traffic in organs", *Transplantation Proceedings*, vol. 29, No. 6 (1997). – pp. 2739.

Надійшла до редколегії 19.10.10

УДК 347.961

М. Бондарєва, канд. юрид. наук, доц.

РЕАЛІЗАЦІЯ СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Власність базується на договорі і на формальностях,
які роблять її доказовою і правомірною
Г. Гегель [1]

В статті аналізуються особливості реалізації спадкового правовідношення в нотаріальному процесі.

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

В статье анализируются особенности реализации наследственного правоотношения в нотариальном процессе.

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

In article is analyzed some peculiarities of theoretical aspects of realization of hereditary legal relationship in notarial process.

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

Роль нотаріату у забезпеченні та охороні прав фізичних та юридичних осіб визначається, головним чином, його особливою правовою природою. Будучи заснованим як інститут, покликаний забезпечувати та гарантувати стабільність господарського обігу і суб'єктивних прав та інтересів осіб, що беруть в ньому участь, нотаріат сьогодні функціонує як система органів та посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені Законом України "Про нотаріат", з метою надання їм юридичної вірогідності (стаття 1 Закону України "Про нотаріат" від 2.09.1993 № 3425-XII).

Будучи інститутом громадянського суспільства нотаріат здійснює свою діяльність, яка найбільш повно відповідає приватно – правовому характеру права спадкування; її публічний характер дозволяє надати правам та обов'язкам суб'єктів спадкових правовідносин офіційного характеру; а кваліфікована юридична допомога нотаріуса сприяє законності і правовій визначеності прав в сфері спадкування.

Нотаріальні провадження, у межах яких відбувається встановлення і накопичення юридичних фактів – передумов реалізації спадкових правовідносин, пропонуємо в контексті даного дослідження об'єднати під узагальнюючим формулюванням **"спадкові провадження"**. А оскільки метою звернення особи до органів нотаріату є вирішення юридичної (нотаріальної) справи, то в контексті дослідження спадкових правовідносин можна говорити про таку мету заявника, як вирішення спадкової нотаріальної справи. Визначення кола нотаріальних проваджень, які можуть бути віднесені до "спадкових", полягає, як видається, у площині визначення суті тих конкретних матеріальних правовідносин, доречі, не обов'язково спадкових, які опосередковуються цими нотаріальними провадженнями, і з вчиненням яких пов'язується реалізація таких правовідносин. При цьому слід, як видається, виходити із загально правового розуміння спадкового правовідношення як відношення між спадкоємцями з приводу спадщини. Мова може йти про правовідносини різної правової природи, пов'язані зі спадкуванням, але при цьому не спадкові: відносини визначення особою її волі на випадок смерті стосовно майна, відносини між спадкоємцями і кредиторами або боржниками спадкодавця, між спадкоємцями і нотаріусом тощо).

Запропонований підхід може бути обґрунтований ходом формування юридичного складу, який породжує реалізацію спадкового правовідношення. Мається на увазі, наприклад, складання особою заповіту, зміст яко-

го після смерті заповідача відтворює волю заповідача-спадкодавця і визначає вид спадкування, суб'єктний склад спадкового правовідношення при спадкуванні за заповітом, впливає на частку участі кожного з учасників спадкового наступництва.

Тому думається, що коло нотаріальних проваджень, в яких набувають оформлення, можливо на майбутнє, правовідносини, в тому числі і спадкові, не може обмежуватися тільки провадженнями, безпосередньо пов'язаними з оформленням спадкових прав, а повинні, з нашої точки зору, включати і інші нотаріальні провадження, які є фактично процесуальними засобами охорони прав громадян, і правовий результат яких впливає на спадкові правовідносини (посвідчення заповіту; договору довічного утримання (догляду) у випадках його фактичної реалізації після смерті відчужувача, спадкового договору, видача свідоцтва виконавцю заповіту).

Погоджуємося з висловлюванням П.С.Нікітюка, що "спадкове право в широкому розумінні цього слова є сукупністю матеріально-правових і процесуальних норм. Останні регулюють процедуру реалізації спадкових прав. Процесуально визнається нами діяльність нотаріальних органів по охороні або підтвердженню спадкових прав та вирішення ними деяких інших питань, пов'язаних зі спадкуванням" [2].

Зрозуміло, не можна ставити реалізацію спадкових правовідносин у виключну залежність від нотаріальної процедури, маючи на увазі ситуації, коли процес спадкування обумовлюється достатніми для настання юридичних наслідків діями спадкоємців, і відсутністю потреби звертатися до процедури нотаріального підтвердження факту або права. Іншими словами, як пишуть С.Я.Фурса та Є.І.Фурса, "неможливо спадковий процес ототожнювати з нотаріальним" [3]. Йдеться, наприклад, про випадки успадкування тільки предметів звичайної домашньої обстановки і вжитку.

Але при цьому не слід і недооцінювати значення нотаріальної процедури підтвердження прав спадкування або прав на спадкове майно, оскільки, наприклад, "порядження деякими видами майна, яке переходить у порядку спадкування (зокрема, нерухомістю), неможливе без свідоцтва про право на спадщину" [4].

Вважаємо, що **нотаріальні провадження виступають в якості юридичних фактів і для нотаріальних правовідносин, і для правовідносин матеріальних, зокрема спадкових.**

Під юридичним фактом при цьому слід розуміти, за твердженням Е.В.Васьковського, обставини, які тягнуть не тільки рух правовідношення, але і "охорону права" [5]. Дане твердження ґрунтується, як відмічається в

літературі, серед іншого і на вказівках норм права, які з фактом вчинення нотаріального провадження пов'язують перехід права власності на нерухоме майно, яке відчужується або успадковується.

О.А.Красавчіков, "вирішуючи питання про віднесення або не віднесення того чи іншого факту до юридичних" вважає неможливим виходити тільки з того, чи додає він (факт) щось з "фактичної сторони". На думку вченого існують факти, які нічого не додають з фактичної сторони, але можуть привнести дещо зі "сторони юридичної" [6].

В такому смислі нотаріальні провадження нічого з "фактичної сторони" дійсно не змінюють, але при цьому є необхідними елементами юридичного складу, накопичення якого *в чіткій логічній послідовності у визначених часових межах* призводить до настання юридичного наслідку – набуття спадкоємцем права власності на успадковане нерухоме майно. В цьому і полягає "привнесення з юридичної сторони".

Згідно з загальноприйнятою класифікацією юридичних складів аналізовані юридичні склади, в межах яких відбувається реалізація спадкового правовідношення, можуть бути віднесені до так званих *"зв'язаних" юридичних складів*. Послідовне вчинення певних дій в такому складі відбувається за рахунок активності не тільки власне спадкоємців, але і інших осіб, в тому числі і нотаріуса. Єдине, що слід врахувати, взаємодія спадкоємця і нотаріуса обмежується рамками нотаріального процесуального правовідношення, а не відношення матеріального – спадкового.

В розвиток цієї думки зазначимо, що нотаріальні провадження, в першу чергу, слід розглядати у зв'язку із етапністю (стадійністю) реалізації цивільного правовідношення, "в якості одного з ланцюгів загальної сукупності обставин та фактів, які відображають рух цивільно-правового зв'язку" [7] і сприяють такому розвитку. Часова обмеженість і жорстка залежність у послідовності настання юридичних фактів у спадковому правовідношенні свідчить про його стадійність (етапність) і опосередковується нотаріальною процедурою, в контексті якої ці факти встановлюються.

Таким чином вважаємо, що *спадкове правовідношення само по собі не є юридичним фактом, а тому і не породжує юридичних наслідків, і лише в окремих випадках виступає в якості загальної передумови настання юридичних наслідків. Реалізація спадкового правовідношення безпосередньо пов'язана в межах одного юридичного складу з нотаріальною процедурою оформлення прав, які є змістом такого правовідношення.*

В контексті зазначеного видається необхідним акцентувати увагу на **нотаріальному провадженні** як елементі складного юридичного складу, в межах якого реалізується спадкове правовідношення.

Нотаріальне провадження в системі юридичних фактів можна розглядати як правомірне діяння, що являє собою елемент складних юридичних складів, які тягнуть юридичні наслідки. При цьому автономність нотаріального провадження як самостійного і при цьому єдиного юридичного факту, який тягне настання юридичного наслідку, є неможливою. Нотаріальне провадження виступає як самостійний *елемент* юридичного складу, який при цьому є настільки значущим, що відсутність його призводить до відсутності юридичного складу, а відтак і до ненастання юридичних наслідків.

Іншими словами, наприклад, нотаріальне посвідчення заповіту може розцінюватися, в контексті сказаного, поряд з волевиявленням заповідача (теж юридичним фактом), як юридичний факт, встановлення якого нотарі-

усом є необхідним в процесі реалізації спадкового правовідношення в разі смерті спадкодавця. Окрім названого факту, накопичення юридичного складу, наслідком якого стане перехід до спадкоємців права власності на успадковане нерухоме майно, здійснюється за рахунок інших юридичних фактів: необхідних в запропонованій ситуації прийняття спадщини спадкоємцями за заповітом (що дозволить визначити вид спадкування і, в кінцевому результаті, виконати волю заповідача), а також нотаріального оформлення, в разі необхідності, спадкових прав таких спадкоємців свідоцтвом про право на спадщину.

В якості прикладу можна навести також і іншу ситуацію.

Згідно зі статтею 1302 Цивільного кодексу України спадковий договір, предметом якого є нерухоме майно, має бути посвідчений нотаріально. Таким чином, укладення спадкового договору обумовлює існування двох самостійних юридичних фактів: власне укладення договору його сторонами і нотаріальне його посвідчення. Комплекс вказаних дій "дозволяє визнати наявність накопиченого юридичного складу, який тягне юридичні наслідки" [8].

За додатковими функціями нотаріальні провадження можуть розглядатися як факти, які спрямовані на встановлення законності майнового обігу, і підтверджують вже існуючі цивільні відносини, сприяють реалізації суб'єктивних прав. Видача свідоцтва про право на спадщину, в заданому аспекті, підтвердить наявність у спадкоємця, що прийняв спадщину, права на неї, а функція сприяння реалізації права на спадщину буде полягати у його оформленні свідоцтвом і перетворенні у право власності після реєстрації спадщини в реєструючому органі.

Узагальнюючи сказане, при визначенні переліку нотаріальних проваджень, які пропонують умовно узагальнити під формулюванням **"спадкові"**, як такі, *у процесуальній формі яких через посвідчення або засвідчення безспірного права або факту здійснюється реалізація спадкового правовідношення*, думаю, слід враховувати також обставини процесуального толку.

Як було відмічено в літературі "поява закінченого результату правовідношення тягне за собою припинення даного правовідношення, оскільки мета останнього досягнута" [9]. Іншими словами, реалізація будь-якого правовідношення має розцінюватися в якості юридичного наслідку. І відтак *реалізація спадкового правовідношення знаходиться у прямій кореспонденції з правовідношенням процесуальним*, наприклад, нотаріальним процесуальним (в разі знаходження у складі спадкової маси нерухомого майна, і, зрозуміло, необхідності застосування нотаріальної процедури для оформлення спадкових прав), оскільки юридичні наслідки у формі реалізації спадкового правовідношення настануть, як відмічалося вище, тільки в результаті накопичення юридичного складу, тобто наявності двох юридичних фактів: реального вчинення відповідних дій спадкоємцями (наприклад, прийняття спадщини шляхом подання про це заяви нотаріусу) і засвідчення цього факту нотаріусом.

В розвиток вже сказаного хочу додати ще деякі міркування, які не в меншій мірі впливають на підходи до викладення даного матеріалу, і стосуються суті і етапності самого спадкового правовідношення.

В сучасній літературі [10] піднімається питання взаємної обумовленості руху і реалізації правовідношення і форми, в якій це відбувається, але та полеміка, яка має місце, свідчить скоріше про недостатність уваги, що приділяється механізму реалізації правовідношення взагалі і спадкового правовідношення зокрема, а також про те, що єдина думка у відношенні цього ще на склалася.

Реалізація прав та обов'язків, які у сукупності складають зміст спадкового правовідношення, пов'язується із "вчиненням учасниками цього правовідношення відповідних правових дій. Рухаючи спадкове правовідношення, ці дії вчиняються у передбаченій законом або прийнятій практикою формі, в певній послідовності та у встановлені строки..." [11].

При цьому юридичні наслідки як загально відома категорія сприймається і традиційно розуміється в контексті двох груп обставин: виникнення, зміни та припинення цивільного правовідношення, які узагальнюються як етапи його /цивільного правовідношення/ руху, не пов'язані з його реалізацією, та наслідків, що настають у зв'язку із реалізацією (здійсненням) [12] такого правовідношення. Застережуючи використання термінологічних формулювань "реалізація правовідношення" і "здійснення правовідношення" вважаємо вказані конструкції синонімічними і в подальшому в даній роботі будемо використовувати конструкцію "реалізація правовідношення" [13]. До другої групи юридичних наслідків – тих, настання яких зокрема О.А.Красавчиков пов'язує із реалізацією певного правовідношення, – відносяться, на думку вченого, стягнення штрафних санкцій, пред'явлення позову, визнання боргу тощо. Внаслідок сказаного, "наслідки реалізації цивільного правовідношення (особливо цивільної правосуб'єктності як елементу такого правовідношення), в тому числі і реалізації суб'єктивних цивільних прав і обов'язків" [8] в повній мірі можуть бути віднесені до юридичних наслідків, які породжують правовий ефект, і, що дуже важливо в контексті досліджуваного питання, реалізуються як юридичні факти у певній процесуальній формі.

З врахуванням викладеного видається очевидним, що **реалізація спадкового правовідношення відбувається, у визначених законом випадках, в межах нотаріальної процедури і є юридичним наслідком, правова результативність якого, в більшості випадків, напряму залежить від певного юридичного складу або окремого юридичного факту матеріального права** (смерті спадкодавця, прийняття спадщини спадкоємцем, наявності спадкового майна). Тому настання процедурних наслідків у вигляді спочатку виникнення комплексу нотаріальних процесуальних правовідносин стосовно, скажімо, видачі свідоцтва про право на спадщину, а потім і припинення таких правовідносин, тягнуть процесуальні дії осіб, оснований на юридичних фактах матеріального – цивільного, спадкового права (заява про прийняття спадщини, про видачу свідоцтва про право на спадщину, угода спадкоємців про зміну черговості у спадкуванні тощо).

Таким чином, **процедурні наслідки у вигляді вчиненого нотаріального провадження і постановленого нотаріального акту в нотаріальному процесі щодо видачі свідоцтва про право на спадщину є результатом сукупності передумов (умов) як процесуальних, так і загальних.**

Проаналізуємо вказані умови.

До загальних обставин (умов), з наявністю яких пов'язується реалізація спадкового правовідношення при оформленні спадкоємцями права власності на спадщину – нерухоме майно в межах відповідної нотаріальної процедури і, відповідно, можливість вчинення такого нотаріального провадження, традиційно відносяться:

– норми права;

- процесуальна правосуб'єктність осіб, що беруть участь у нотаріальному провадженні;
- компетенція нотаріального органу
- процесуальне (процедурне) правовідношення;
- юридичні факти матеріального права.

В свою чергу до *процесуальних фактів*, які у сукупності з вказаними обставинами загального порядку породжують процедурні наслідки, може бути віднесено, за аналогією з судовими провадженнями, звернення особи до органів нотаріату. Специфічність процесуальної форми звернення спадкоємця до нотаріуса у спадкових справах полягає у формі такого звернення: на відміну від переважної більшості нотаріальних проваджень, форма його має бути, як правило, письмовою.

Таким чином, при визначенні переліку нотаріальних проваджень, в межах яких реалізуються спадкові правовідношення, слід враховувати такі міркування як *сутність матеріального правовідношення, процесуальним засобом охорони якого виступає нотаріальне провадження; обов'язковість застосування нотаріальної процедури при оформленні прав на майно, що переходить до особи в порядку спадкового правонаступництва; практична можливість реалізації (застосування) певних засобів охорони спадкових прав виключно у межах нотаріальної форми.*

1. Гегель Г. Философия права. – М., 1990. – С.255. 2. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс. – Кишинев: "Штиица", 1973. – С.230. 3. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право. Теорія і практика. Навчальний посібник. – К.: Атака, 2002. – С.8; Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб./ С.Я.Фурса, Є.І.Фурса, О.М. Клименко та ін.; За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – С.6-7. 4. Дрониов В.К. Наследственное право Украинской ССР. – Киев: Издательское объединение "Вища школа", издательство при Киевском государственном университете, 1974. – С. 145-146. 5. Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. – М.: Статут, 2003. – С.139. 6. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – С. 135. 7. Косарева И.А. Роль нотариальных действий в гражданско-правовом регулировании. Дисс. ... канд.юр.наук. – Хабаровск, 2004. – С.53. 8. Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения/ Исслед. центр частного права. – М.: Статут, 2009. – С.22. 9. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1959. – С.50. 10. Тужилова-Орданская Е.М. Понятие и способы защиты прав на недвижимое имущество. – М.: Издательство "Юрлитинформ", 2007. – С. 6-126; Базилевич А.И. Формы защиты субъективных гражданских прав. Дисс. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2001. – С.33-34. 11. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс. – Кишинев: "Штиица", 1973. – С.230. 12. "Большая советская энциклопедия" propone під реалізацією (від позднелат. *realis* – речовий, дійсний), розуміти 1) здійснення будь-якого плану, проекту, програми, наміру ("Большая советская энциклопедия", Вид. 3, издательство "Советская энциклопедия", 1969 – 1978, 30 томов; Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / Под ред. проф. А. Я. Сухарева. – М.: ИНФРА-М, 2007. – VI, 858 с. – (Б-ка словарей "ИНФРА-М"). 13. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Юрид. лит., 1958. – С. 75-76.

Надійшла до редколегії 19.10.10

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті аналізуються деякі проблеми застосування інституту дисциплінарної відповідальності суддів загальної юрисдикції як однієї з гарантій принципу їх незалежності та неупередженості у зв'язку з прийняттям нового Закону України "Про судоустрій і статус суддів". Досліджується питання приводів та підстав дисциплінарної відповідальності суддів, аналізується порядок здійснення дисциплінарного провадження.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність, суддя, незалежність суддів, підстави дисциплінарної відповідальності, дисциплінарне провадження, дисциплінарне стягнення.

В статье анализируются проблемы применения института дисциплинарной ответственности судей общей юрисдикции как одной из гарантий их независимости в связи с принятием нового Закона Украины "О судоустройстве и статусе судей". Рассматриваются вопросы поводов и оснований дисциплинарной ответственности судей, анализируется порядок осуществления дисциплинарного производства.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность судей, судья, независимость судей, основания дисциплинарной ответственности, дисциплинарное производство, дисциплинарное взыскание.

In the article some problems of application of institute of disciplinary responsibility of judges of general jurisdiction are analysed as one of guarantees of principle of their independence and unprejudice in connection with adoption of a new Act of Ukraine "About judicature and status of judges". The question of occasions and grounds of disciplinary responsibility of judges and the order of realization of disciplinary production is analysed.

Key words: disciplinary responsibility, judge, independence of judges, grounds of disciplinary responsibility, disciplinary exaction, disciplinary proceeding.

Однією з гарантій незалежності суддів є особлива процедура притягнення їх до дисциплінарної відповідальності, яка регламентується Законом України "Про судоустрій і статус суддів". Розповсюдженість у минулому випадків необґрунтованого притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності привернула увагу вчених до цієї проблеми, що зумовило існування в літературі різних точок зору щодо доцільності подальшого існування цього правового інституту. В той же час непоодинокі випадки невиконання суддями своїх професійних та особистих обов'язків потребують відповідного реагування з боку суспільства, в тому числі за допомогою інституту дисциплінарної відповідальності суддів. Саме тому це питання є важливим елементом ефективності та життєздатності судової системи України, оскільки від цього залежить подальше проведення судової реформи та забезпечення права на справедливий суд.

Прибічники скасування дисциплінарної відповідальності суддів вважають, що при наявності неправильної практики застосування заходів дисциплінарної відповідальності може постраждати авторитет судової влади і правосуддя [1]. Представники такої точки зору ведуть мову про те, що вчинки, за які суддя притягувався до дисциплінарної відповідальності, не сумісні з вимогами, що ставляться до судді. Тому, на їх думку, при вчиненні таких порушень повинно бути поставлене питання не про дисциплінарну відповідальність суддів, а про їх звільнення.

Противники скасування дисциплінарної відповідальності вказують на незадовільне кадрове забезпечення судової системи. Тому скасування відповідальності, на їх думку, приведе до такої дилеми: або змиритися з фактами неналежного виконання суддями своїх обов'язків, або, за наявності незначних порушень, ставити питання про звільнення судді з посади [2]. Слід погодитися з аргументованою думкою С.В.Подкопаєва, що відмова від дисциплінарної відповідальності є передчасною, оскільки на практиці трапляється багато випадків недобросовісного ставлення суддів до своїх обов'язків, грубого порушення прав осіб, які не повинні залишатися без відповідного реагування [3]. Поряд з цим сама можливість застосування дисциплінарної відповідальності може стати одним із важелів незаконного впливу на суддів, який буде в руках тих, хто такою можливістю наділений. Саме тому доцільним є збереження та вдосконалення порядку притягнення суддів до дисциплінар-

ної відповідальності, який спрямований на зміцнення суддівської незалежності.

Підстави дисциплінарної відповідальності суддів визначені Конституцією України (ст. 126) та законом України "Про судоустрій і статус суддів" (ч.1 ст. 83). Серед таких підстав варто зупинитись на таких, як істотні порушення норм процесуального права при здійсненні правосуддя суддею. Законодавець називає такі порушення: відмова у доступі особи до правосуддя з підстав, не передбачених законом; порушення вимог щодо розподілу та реєстрації справ у суді, правил підсудності чи підвідомчості; необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову. Такий перелік підстав, як вбачається, не є вичерпним, оскільки називаються лише істотні порушення норм процесуального права. Але поняття істотних порушень норм процесуального права дається в ст. 370 Кримінально-процесуального кодексу України, ч.2 ст. 104 Господарського процесуального кодексу України. Аналіз таких істотних порушень процесуальних норм дозволяє поділити їх на дві групи: 1) безумовні (порушення закону, істотність яких наперед визначена законодавцем (ч.2 ст. 370 КПК України); 2) умовні (порушення закону, істотність яких визначається апеляційним чи касаційним судами під час розгляду кримінальної справи залежно від конкретних її обставин). Таким чином встановлення умовних істотних порушень процесуального закону потребує вивчення конкретних обставин справи, яка переглянута апеляційною чи касаційною інстанціями, які свідчать про те, що ці порушення перешкодили чи могли перешкодити суду всебічно, повно і об'єктивно розглянути справу і винести законне, мотивоване і обґрунтоване рішення по справі. Саме тому притягнення судді до дисциплінарної відповідальності з таких підстав можливе, якщо компетентний орган вивчить всі обставини справи після скасування судового рішення вищестоящими судовими інстанціями. Притягнути суддю до дисциплінарної відповідальності до винесення рішення вищестоящою судовою інстанцією неможливо, оскільки це буде суперечити принципу незалежності суддів.

Найпоширенішими підставами для порушення дисциплінарного провадження є порушення суддями строків розгляду справ, умисне порушення норм чинного законодавства при розгляді справ, несвоєчасне виготовлення мотивованих текстів рішень, порушення строків призначення справ до розгляду в апеляційній інстанції. Згідно аналізу дисциплінарної практики найпоширені-

шою підставою для дисциплінарної відповідальності суддів є порушення ними при здійсненні правосуддя Конституції та Законів України (90,43% від загальної кількості дисциплінарних проступків у 2007 році). Мали місце також інші обставини [4].

Дисциплінарне провадження має ряд спільних рис з судовим провадженням, оскільки проводиться на засадах змагальності та колегіально у відкритому засіданні з дотриманням особливої процедури винесення рішення (збір додаткових матеріалів, можливість винесення окремої думки тощо), а суддя, котрий притягається до відповідальності, наділений комплексом процесуальних прав (право заявити відвід, надати пояснення, ставити запитання учасника провадження, висловлювати заперечення, заявити клопотання, оскаржити прийняте рішення). Такий особливий порядок, з одного боку, спрямований на поліпшення діяльності суддів, а, з другого – на захист їх прав, суддівської незалежності, виключення необґрунтованого притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

Відповідно до ст.86 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" дисциплінарне провадження складається з таких стадій: перевірка даних про наявність підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, відкриття дисциплінарної справи, розгляд дисциплінарної справи і прийняття рішення органом, що здійснює дисциплінарне провадження. На нашу думку, можна виокремити також таку стадію дисциплінарного провадження, як ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність.

Право ініціювати питання про дисциплінарну відповідальність – це право звернутися зі скаргою (заявою) щодо поведінки судді, в яких містяться відомості про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді. Таке право, на відміну від раніше діючого порядку притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, належить обов'язково колу осіб – це кожна особа, якій відомі факти про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги. Крім того, Вища кваліфікаційна комісія суддів України на своєму офіційному веб-порталі затверджує та розміщує примірний зразок такої скарги (заяви). Як вбачається, таке розміщення примірного зразку може потягнути чималу кількість безпідставних заяв та скарг щодо поведінки судді. Зокрема, станом на жовтень 2010 року до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України вже надійшло біля 800 звернень громадян та юридичних осіб щодо неналежної поведінки судді [5]. Запобіжна норма, що міститься в ч.3 ст. 84 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", не допускає випадки зловживання правом на звернення до уповноваженого органу без достатніх підстав, але чинне законодавство не передбачає юридичної відповідальності осіб, котрі зловживають таким правом. Тому в чинному законодавстві необхідно передбачити хоча б адміністративну відповідальність за ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність судді без достатніх та не підстав.

Гарантією незалежності судді та уникнення випадків безпідставного притягнення його до дисциплінарної відповідальності є неможливість порушення дисциплінарної справи щодо судді за заявою чи повідомленням, що не містять відомостей про наявність ознак дисциплінарного проступку судді, а також за анонімними заявами та повідомленнями. На підставі викладеного можна зробити висновок, що приводом для порушення дисциплінарного провадження щодо судді є заява (скарга) чи повідомлення фізичних чи юридичних осіб, в яких містяться відомо-

сті про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді.

Перевірка даних про наявність підстав для притягнення до дисциплінарної відповідальності судді місцевого чи апеляційного суду здійснюється членом Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (а щодо суддів вищих спеціалізованих судів чи Верховного Суду України – членом Вищої ради юстиції). Особам, що здійснюють таку перевірку законодавцем надається значний обсяг прав, в тому числі ознайомлюватися з матеріалами судових справ; робити з них копії; опитувати суддів та інших осіб, яким відомі обставини вчинення діяння, що має ознаки дисциплінарного проступку; отримувати за письмовим запитом необхідну для перевірки інформацію. На нашу думку, неможливо ознайомлюватися з матеріалами судових справ, робити з них копії чи опитувати суддів щодо справ, провадження у яких не закінчено, оскільки це суперечить принципу незалежності суддів. Дисциплінарна відповідальність не може передбачати перегляд змісту судових рішень тому, що такими повноваженнями наділені вищестоящі судові установи, що переглядають справи у встановленому процесуальному законі порядку.

Відповідно до ч.2 ст. 98 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" для здійснення належної перевірки наявності підстав для дисциплінарної відповідальності суддів при кожному членові Вищої кваліфікаційної комісії суддів України закріплено три дисциплінарних інспектори. Їх повноваження передбачені у ст. 99 вищезазначеного Закону України і є досить чітким, оскільки вони виконують інші доручення члена Комісії в ході дисциплінарного провадження. На нашу думку, повноваження, які стосуються проведення перевірки даних про наявність підстав для відкриття дисциплінарного провадження належать до виключної компетенції члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України і не можуть бути передані дисциплінарному інспектору. Крім того, законодавець не встановив граничні терміни проведення такої перевірки.

За матеріалами перевірки складається висновок з викладенням фактів та обставин, виявлених в ході перевірки, та пропозицією про відкриття чи відмову в відкритті дисциплінарної справи, який разом з зібраними матеріалами передається на розгляд органу, що буде вирішувати питання про відкриття чи відмову в відкритті дисциплінарної справи. Особа, яка здійснювала перевірку приймає участь у голосуванні при вирішенні усіх питань щодо дисциплінарної відповідальності суддів. Ця норма законодавця є неприйнятною, оскільки така особа є зацікавленою у вирішенні питання про відкриття дисциплінарної справи та накладення дисциплінарного стягнення. Тому особа, яка здійснювала перевірку даних про наявність (відсутність) підстав дисциплінарної відповідальності, має бути виключена з обговорення питань про відкриття дисциплінарного провадження та не може брати участь у голосуванні.

Суддя, щодо якого розглядається питання про притягнення до дисциплінарної відповідальності, або його представник, має право надавати пояснення, ставити запитання учасникам провадження, висловлювати заперечення, заявляти клопотання і відводи. Однак, законодавець, надаючи зазначені права, детально не регламентує сам порядок розгляду і вирішення дисциплінарної справи. Зокрема, не врегульований взагалі порядок вирішення питання про відвід членів органу, що розглядає дисциплінарну справу. Тлумачення ст. 86 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" не дає відповіді на питання, чи може суддя викликати осіб, що нададуть інформацію по суті дисциплінарної справи, чи

підлягають вони опитуванню і в якому порядку воно проводиться, чи несуть вони відповідальність за надання завідомо неправдивої інформації тощо. Законом не врегульовані наслідки неявки при розгляді дисциплінарної справи особи, за зверненням якої відкрито дисциплінарну справу. Як вбачається, така особа повинна брати участь в засіданні органу, що розглядає дисциплінарну справу щодо судді, з наданням їй відповідних прав на такому засіданні.

Гарантією неупередженого, об'єктивного розгляду та вирішення дисциплінарної справи щодо судді є можливість викладення особою, що приймає рішення окремої думки. Відповідно до ч.7 ст. 87 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" за наявності окремої думки вона викладається в письмовій формі і додається до справи, про що головуючий повідомляє на засіданні. Однак, зміст такої окремої думки на засіданні оголошенню не підлягає. Тому варто передбачити в чинному законодавстві можливість осіб, які приймають участь в дисциплінарній справі, ознайомлюватись з нею, якщо така особа бажає оскаржити рішення.

У процесі провадження до судді може бути застосоване тільки одне дисциплінарне стягнення у вигляді догани. Це означає, що до суддів не можуть застосовуватись інші стягнення, оскільки така обставина може розглядатись як незаконний вплив на них. Дисциплінарне стягнення може бути застосоване не пізніше шести місяців із дня відкриття провадження в дисциплінарній справі, але не пізніше року з дня вчинення проступку без врахування часу тимчасової непрацездатності судді або перебування його у відпустці. Наслідком закінчення такого строку давності притягнення до дисциплінарної відповідальності буде відмова в порушенні дисциплінарного провадження. Проте, у ст.88 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" не передбачено такий вид дисциплінарної відповідальності як звільнення з посади. Поряд з тим, у ст.147 КЗпП України, одним з видів дисциплінарних стягнень є звільнення. Хоча застосування такого виду дисциплінарної відповідальності має свої особливості щодо суддів, думається, що його вар-

то передбачити у ст.88 Закону України "Про судоустрій і статус суддів". Саме тому, враховуючи, що суддю з посади звільняє той орган, що обрав чи призначив його на посаду, за наслідками дисциплінарного провадження Вища кваліфікаційна комісія суддів України може прийняти рішення про направлення рекомендації до Вищої ради юстиції для вирішення питання щодо внесення подання про звільнення судді з посади за наявності для цього підстав. Таким же правом наділена Вища рада юстиції, яка з власної ініціативи також вправі внести подання про звільнення судді з посади.

З метою зміцнення незалежності суддів та виключення необґрунтованого застосування заходів дисциплінарної відповідальності законодавцем встановлена можливість оскарження рішення у дисциплінарній справі. Саме тому, можна виділити ще одну стадію дисциплінарного провадження – оскарження рішення. Водночас необхідно зазначити, що оскарження застосування дисциплінарного стягнення не досить чітко регламентоване чинним законодавством (не встановлені строки оскарження, не визначені суб'єкти, що можуть оскаржити рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів). Судді місцевих та апеляційних судів можуть оскаржити рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності спочатку до Вищої ради юстиції, а потім до Вищого адміністративного суду України. В той же час судді вищих спеціалізованих судів та судді Верховного Суду України позбавлені права двічі оскаржувати такі рішення, оскільки рішення Вищої ради юстиції може бути оскаржене виключно до Вищого адміністративного суду України.

1. Колбая Г.Н. Закон, умаляющий независимость судей, не может быть принят // Журнал российского права. – 1999. – №12. – С. 23.
2. Кашепов В.П. В книге: Истина... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе / Круглый стол изд-ва "Юридическая литература". – М., 1990. – С.177.
3. Подкопаев С.В. Дисциплинарная ответственность судей. – Дис...канд.юрид.наук. – Харьков, – 2003. – С.35-43.
4. Збірник рішень кваліфікаційних комісій суддів у дисциплінарних справах. 2007 рік / Вища кваліфікац. комісія суддів України. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С.9-10.
5. Воеводина А. Избран новый состав ВКВС // Судебно-юридическая газета. – 2010. – №36(054). – С.4.

Надійшла до редколегії 19.10.10

Л. Комзюк, докторант, канд. юрид. наук, доц.

ГАРМОНІЗАЦІЯ ОХОРОНИ ПРАВ НА БАЗИ ДАНИХ У ПРОЦЕСІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Обґрунтовано необхідність і оптимальні шляхи адаптації законодавства України про бази даних до законодавства ЄС. Проаналізовано відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії.

Ключові слова. Бази даних, право sui generis, гармонізація авторського права в Європейському Союзі, адаптація законодавства.

Обосновано необходимость и оптимальные пути адаптации законодательства Украины о базах данных к законодательству ЕС. Проанализировано соответствующий опыт постсоциалистических европейских стран, в частности Польши, Словакии и Чехии.

Ключевые слова. Базы данных, право sui generis, гармонизация авторского права в Европейском Союзе, адаптация законодательства.

Substantiated necessity and best ways to adapt Ukrainian legislation on databases to the EU legislation. Analyzed the relevant experience of post-socialist European countries, particularly Poland, Slovakia and the Czech Republic.

Key words. Databases, sui generis right, harmonization of copyright in the European Union, adaptation of legislation.

Директивою 96/9 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 березня 1996 року про правову охорону баз даних [найточніший, на нашу думку, український переклад див.: 1, с. 716-724] передбачено обов'язок держав-членів ЄС доповнити вже існуючу авторсько-правову охорону творчих баз даних (далі – БД) виключним правом sui generis виробників некреативних баз даних.

Темі охорони прав на БД у контексті європейської інтеграції України поки що не приділено достатньої уваги вітчизняними науковцями. Лише деякі її аспекти частково розглянуті в колективній монографії за редакцією

Ю.Капіці [1, с. 143-147], монографії В.Дроб'язка [2], статтях Г.Андрощука [3] і С.Литвина [4]. Все це актуалізує питання вдосконалення законодавства про БД й викликає необхідність подальшого дослідження цієї проблеми.

Метою цієї статті є аналіз стану охорони прав на БД в Україні через призму його відповідності законодавству Європейського Союзу, висвітлення досвіду країн Центрально-Східної Європи в цій сфері в контексті європейської інтеграції і обґрунтування оптимальних шляхів використання зазначеного досвіду для адаптації вітчизняного законодавства до *acquis communautaire*.

Для більшої ефективності адаптаційної діяльності (як це передбачено Законом України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 18.03.2004 р. № 1629-IV) варто було б використати відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії. Вказані країни адаптували своє законодавство про БД дещо різними способами – внісши відповідні зміни до законів про авторське право і суміжні права (Словаччина – Четверта частина "Особливе право на базу даних", §§ 72-77 [5]) і (Чехія – Глава III "Особливе право виробника бази даних", §§ 88-94 [6]) чи, як Польща, внісши відповідні зміни до закону про авторське право і суміжні права [7] і прийнявши спеціальний закон ("Про охорону баз даних", від 27 липня 2001 р. [8]). Особлива важливість для нас польського, словацького і чеського досвіду розвитку теорії і практики охорони прав на БД зумовлена, принаймні, кількома обставинами. Це, по-перше, схожість загальноісторичного досвіду, проблем і завдань постсоціалістичної трансформації суспільних відносин у цих державах та в Україні; по-друге, значна подібність української, польської, словацької і чеської правових систем.

Актуальною проблемою є також розмежування охорони прав на БД у рамках різних правових інститутів.

Ряд зарубіжних науковців (зокрема, Л.Бентлі і Б.Шерман [9, р. 297-305], В. Калятін та О. Войніканіс [10, с. 13], А.Матляк [11, с. 141-142], С. Станіславска-Клоц [12, с. 195-206, 219]), відносять охорону прав на інвестиційні БД до інституту суміжних прав. Зокрема, В. Калятін та О. Войніканіс порівнюють право виробника БД з правом виробника фонограми, оскільки підставою їх виникнення є "організаційна [а не творча (у вузькому – в контексті сучасної пануючої інтелектуально-правової парадигми – розумінні). – Л.К.] діяльність" [10, с. 13].

Цей підхід застосовується й у законодавстві низки держав (наприклад, Грузії, Росії, Словенії, Угорщини та ін.).

Російський досвід цікавий ще й тим, що в Росії вже діяв спеціальний закон про БД ("Про правову охорону програм для електронних обчислювальних машин і баз даних", від 23 вересня 1992 р.). Цей закон не передбачав охорони виключних прав виробників некреативних баз даних. У процесі гармонізації російського законодавства в рамках співробітництва з ЄС (про що в Україні ще мало відомо) відповідні положення були внесені до глави 71 "Права, суміжні з авторськими" Цивільного кодексу РФ (параграф 5, статті 1333-1336). Тому у зв'язку з набранням чинності частиною четвертою ЦК РФ з 1 січня 2008 р. втратив чинність згаданий спеціальний закон [13, с. 113-115, с. 254].

Варто підкреслити методологічне значення того факту, що в авторських законах Словаччини і Чехії положення щодо БД містяться в окремих спеціально їм присвячених структурних елементах (відповідно, главі і частині). Це є свідченням того, що в зазначених країнах ні законодавець, ні доктрина не відносять їх до інституту суміжних прав (див.: 14, с. 113-116).

У цьому контексті вкажемо на недоцільність ототожнення (змішування) охорони прав на БД в рамках інституту суміжних прав та інституту *sui generis*, що має місце, зокрема, в зазначеній праці В.Дроб'язка. Вважаючи, що "охорону нетворчих баз даних в Україні доцільно забезпечити *sui generis*, яке недавно запроваджено в Російській Федерації", він водночас пропонує, використавши досвід Росії, "до Закону України "Про авторське право і суміжні права" ввести нове суміжне право – право упорядника бази даних, доповнивши III розділ "Суміжні права" відповідними статтями [2, с. 77-78 та ін]. А С. Станіславска-Клоц навіть висловила погляд на

право *sui generis* виробників БД як на специфічне суміжне право [12, с. 201].

Втім, віднесення норм про некреативні БД до інституту суміжних прав викликає у нас певні застереження, оскільки Директивою 96/9 ЄС все ж передбачено щодо них дещо інший правовий режим (хоча й досить сутнісно споріднений із суміжними правами). Все ж, дискусійною вважаємо точку зору С. Литвина про те, що "суміжність", яка має місце у виконаннях і навіть у фонограмах, втрачається у змісті баз даних і в правах видавця, тобто там, де авторських прав не просто немає, але, більше того, передбачається їхня відсутність" [4, с. 263]. Водночас, не існує, на нашу думку, ніякої загрози розмивання меж інституту суміжних прав у зв'язку з можливим включенням до нього норм щодо БД, на що вказує С. Литвин [4, с. 263], адже за своєю юридичною природою він і так настільки гетерогенний і "еластичний", що ці норми якісно не збільшать його наявну неоднорідність.

Тому, визначаючи перспективи охорони прав на БД, потрібно визначитися у виборі оптимального інституту – або суміжних прав, або *sui generis*. Ця ситуація вибору не зникає навіть від того, що є підстави вважати інститут суміжних прав таким собі правом *sui generis* щодо авторського права у вузькому розумінні в рамках інституту вищого рівня – авторського права і суміжних прав (або, якщо застосувати концептуальні підходи А. Дітца та інших зарубіжних науковців, які автор поділяє, – авторського права у широкому розумінні).

Наша позиція полягає в тому, що в Україні варто віддати перевагу варіанту запровадження (відповідно до вимог ЄС) додаткової (понад авторсько-правову) спеціальної, *sui generis*, охорони прав на БД шляхом прийняття спеціального закону, що передбачав би режим їх комплексної кумулятивної охорони. Існуючу в ст. 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права" бланкетну норму з цього питання варто сформулювати більш чітко і розгорнуто, із відсиланням на спеціальний закон про БД. Відповідні положення мають міститись і в ЦК. При цьому, використавши польський досвід, доцільно передбачити набрання чинності законом про БД і змінами, внесеними до ЦК, одночасно з набранням чинності угодами між Україною та ЄС про асоціацію і поглиблену зону вільної торгівлі (у польському варіанті – зі вступом до ЄС, що для України є досить віддаленою перспективою).

Дослідники сходяться на думці, що авторсько-правова охорона БД, передбачена Директивою 96/9 ЄС, співпадає з охороною, що надається законодавством України. Але при цьому варто звернути увагу, що відповідно до ст. 3 (1) творчі БД охороняються авторським правом **як такі**. Саме це формулювання потрібно включити до майбутнього вітчизняного закону про БД і до ЦК. Не виключаємо, що воно є свідченням початку формування окремого комплексного інституту охорони прав на БД.

Що ж стосується змісту прав на інвестиційні БД, то при запровадженні (у процесі адаптації вітчизняного законодавства) норм щодо охорони виключних прав *sui generis* виробників цих баз даних потрібно передбачити норми, аналогічні тим, які містяться у вказаній Директиві 96/9 ЄС. Саме так поступили в свій час, зокрема, в Польщі, Словаччині і Чехії.

Основними з цих норм є:

- Право виробника БД перешкоджати вилученню і/або повторному використанню всього змісту БД або значної, визначеної кількісно або якісно, частини змісту БД, одержання, перевірка або представлення змісту якої свідчать про істотне інвестування з точки зору якості чи кількості (ст. 7 (1)). При цьому під "вилученням" мається

на увазі "постійне або тимчасове перенесення всього або істотної частини змісту бази даних на іншій носій будь-яким способом і в будь-якій формі" (ст. 7(2)(а), а під "повторним використанням" розуміється "будь-яка форма публічного надання всього або істотної частини змісту бази даних шляхом розповсюдження копій, прокату, передачі в безпосередньому зв'язку з налагодженням видачі даних або в іншій формі" (ст. 7(2)(б)).

- Не допускається "вилучення і/або неодноразове повторне і систематичне використання неістотних частин змісту БД, що складає дії, які суперечать нормальному використанню даної бази даних або яке завдало б не виправдані шкоди законним інтересам виробника баз даних" (ст. 7 (5)).

- Відповідно до ст. 8, якщо БД надана невизначеному колу осіб, законний користувач має право вилучити і/або повторно використовувати несуттєві частини її змісту, з якою б метою це не здійснювалось. Проте користувач не може виконувати дії, які суперечать нормальному використанню цієї БД, або які не виправдані способом завдають шкоду законним інтересам виробника БД.

- Винятки з права *sui generis* стосуються БД, наданих у користування невизначеному колу осіб. Законний користувач має право вилучити і/або повторно використовувати суттєву частину змісту БД, коли йдеться про: а) вилучення для використання для власних потреб змісту неелектронної БД; б) про використання даних метою ілюстрації у процесі навчання або з науково-дослідною метою за умови зазначення джерела і тією мірою, якою це виправдане некомерційною метою цих дій; с) про вилучення і/або повторне використання в інтересах суспільної безпеки або адміністративного чи судового процесу (ст. 9).

- Строк дії права *sui generis* починається з моменту закінчення виготовлення БД та закінчується через п'ятнадцять років, рахуючи з початку року, наступного за датою виготовлення. Якщо БД надається невизначеному колу осіб і п'ятнадцятирічний строк з дати її виготовлення ще не закінчився, строк охорони права *sui generis* встановлюється в п'ятнадцять років від року, який слідує за датою, коли БД вперше була надана невизначеному колу осіб (ст. 10).

Потребує уточнення твердження С. Литвина про те, що право *sui generis* "не використовується відносно змісту бази даних, якщо твори, що складають її зміст, вже охороняються авторським правом або суміжними правами" [4, с. 264]. Адже у ст. 7 (4) Директиви 96/9 ЄС прямо вказується, що право *sui generis* застосовується незалежно від можливості БД чи змісту даної БД одержати охорону авторським правом або будь-яким іншим правом і що охорона БД правом *sui generis* не відмінює прав, існуючих щодо їх змісту. Відповідні положення містяться і з законодавств Польщі, Словаччини і Чехії (наприклад, § 72 словацького закону [5], ч. 1 § 88а чеського закону [6]).

На цінності кумулятивності охорони прав на БД, передбаченої Директивою 96/9 ЄС, наголошують зарубіжні дослідники, зокрема С.Станіславська-Клос [12, с. 208-210], а Я. Барта і Р. Маркевич охарактеризували як "абсурдну" позицію польського законодавця, який передбачив у згаданому вже нами законі про БД лише право *sui generis*, виключивши не лише кумулятивність, але й альтернативність охорони прав [12, с. 222].

Розробляючи проект закону про БД, потрібно, на нашу думку, взяти до уваги застереження щодо можливих негативних наслідків фактично безстрокової охорони, яка випливає з положення ст. 10 (3) Директиви 96/9 ЄС про надання нового строку охорони при будь-якій "істотній зміні змісту" БД. Зокрема, на Дипломатичній

конференції ВОІВ з деяких питань авторського права і суміжних прав у 1996 р. у цьому контексті навіть вказувалось на загрозу для наукового, науково-технічного і суспільного розвитку [15, с. 99]. Одним із пропонуємих шляхів уникнення такої ситуації є закріплення в законі про БД поняття "нової БД", яка є результатом "істотної зміни змісту" "старої" БД, і забезпечення можливості правомірному використанню "старої" БД для усіх, хто набув цього права у встановленому законом чи договором порядку, незалежно від такої ж можливості використання "нової БД". Строк охорони прав на "стару" БД не повинен перевищувати 15 років.

Ми не можемо погодитись з висновком Ю.Капіці [1, с. 146], що, оскільки зміст права *sui generis* "передбачає охорону інвестицій та захист від недобросовісної конкуренції, найбільш доцільним є введення відповідних норм у Законі України "Про інвестиційну діяльність", а також "Про захист від недобросовісної конкуренції", адже названі закони регулюють зовсім інші за природою суспільні відносини. Хоча в деяких країнах (США, Японії та ін.) і досі застосовуються саме норми законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, в цілому зарубіжний досвід свідчить, що це вже "пройдений етап" і така охорона є недостатньою [12, с. 323-325, 344-345]. При цьому не варто ставити під сумнів доцільність співіснування Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" і спеціальних законів щодо охорони прав на певні об'єкти ІВ, наприклад, Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг". Адже в окремих статтях Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" йдеться не про набуття, об'єкти, суб'єктів, зміст і захист прав на знаки для товарів та послуг (що врегульовано у "базовому" законі), а лише про певні додаткові спеціальні аспекти захисту прав на знаки для товарів та послуг (в адміністративному порядку) і лише у випадках, коли порушення прав пов'язане з недобросовісною конкуренцією. Тому норми Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" можуть мати лише субсидіарне значення для захисту прав на нетворчі БД.

Крім того, значимість проблематики БД (особливо в контексті формування економіки знань та інформаційного суспільства) зумовлює потребу у всебічному, розгорнутому і комплексному врегулюванні всіх аспектів охорони прав на них в одному спеціальному законі. При цьому в інформаційному законодавстві, на нашу думку, доцільно по суті врегулювати лише організаційно-правові аспекти використання БД, а норми щодо змісту прав повинні мати бланкетний характер і відсилати до спеціального закону про БД.

Узгодження норм інформаційного права і виключних прав на БД потрібно здійснювати також з урахуванням балансу інтересів особи і суспільства, особливо в контексті забезпечення права на інформацію, передбаченого ст. 34 ("кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір") та ст. 50 ("кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена") Конституції України.

Показово, що однією з причин блокування у США проектів законодавства про охорону прав на нетворчі БД (не дивлячись навіть на потужні лобістські зусилля інформаційного бізнесу) є побоювання науковців, громадськості і політикуму щодо негативних наслідків такої охорони для глибоко вкоріненої у суспільстві традиції свободи доступу до незасекреченої інформації (особливо ґрунто-

вна критика міститься в працях П. Самуельсона). Але, оскільки економічні інтереси США у конкурентній боротьбі з європейською інформаційною індустрією вимагають такого законодавства, продовжується активний пошук компромісних варіантів правового регулювання [2, с. 8-9]. Розв'язання цієї проблеми у США може бути корисним для вдосконалення законодавства з метою надання соціально збалансованого характеру виключним правам *sui generis* на БД і в Європі, в тому числі в Україні.

Ще одним нагальним питанням є необхідність подолання неспроможних у теоретичному і практичному плані правових конструкцій "права власності на інформацію", що використовуються в інформаційному законодавстві, наприклад, у Законі України "Про інформацію" та ін.

Уточнити потрібно і формулювання ст. 118 ЦК щодо можливості (властивості) інформації як об'єкта цивільних прав (ст. 117 ЦК) "вільно відчуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва або іншим чином", оскільки тут правильніше було б говорити про відчуження **прав** на інформацію як "безтілесну річ", яку фізично відчужити неможливо.

У контексті вдосконалення методологічних засад інституту права ІВ, зокрема й права ІВ на БД, потребує змін і формулювання ст. 41 Конституції України ("кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності"), в якій втілена вже давно застаріла так звана "пропріетарна" концепція ІВ. Натомість, в Конституції слід у загальній формі закріпити гарантії охорони і захисту прав ІВ.

Отже, для адаптації законодавства України про БД до законодавства Європейського Союзу, з нашої точки зору, доцільно було б:

1) використати відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії;

2) запровадити (відповідно до Директиви 96/9 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 березня 1996 року про правову охорону баз даних) додаткову

(понад авторсько-правову) спеціальну, *sui generis*, охорону прав на БД шляхом прийняття спеціального закону про БД, що передбачав би режим їх комплексної кумулятивної охорони;

3) існуючу в ст. 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права" бланкетну норму з цього питання сформулювати більш чітко і розгорнуто, із відсиланням на вказаний спеціальний закон про БД;

4) внести зміни до ЦК України, які б містили відповідні положення.

1. Каліца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю.М.Каліци. – К.: Слово, 2006. – 1104 с. 2. Дроб'язко В.С. Охорона баз даних: міжнародні, регіональні, національні аспекти: монографія / В.С. Дроб'язко. – К.: ТОВ "Лазурит-Поліграф", 2008. – 132 с. 3. Андрощук Г. Право інтелектуальної власності на неоригінальні бази даних: аналіз регіонального і національного законодавства / Г. Андрощук // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2008. – № 4. – С. 25-37. 4. Литвин С.І. Зміст суб'єктивного права "sui generis" на неоригінальну копію даних (базу даних) / С.І. Литвин // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 1 (48). – С. 256-265. 5. Zákon zo 4. decembra 2003 o autorském práve a právech súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) // Zbierka zákonov č. 618/2003 (Zmena: 84/2007 Z.z., 220/2007 Z.z.). 6. Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů ze dne 7. dubna 2000 (autorský zákon) // Sbírka zákonů č. 121/2000 (ve znění zákonů č. 81/2005 Sb. z., č. 61/2006 Sb. z., č. 186/2006 Sb. z., č. 216/2006 Sb. z.). 7. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych – tekst jednolity // Dz. U. – 2000. – Nr. 80. – Poz. 904 (ze zmianami). 8. Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych // Dz. U. – 2001. – Nr. 128. – Poz. 1402. 9. Bently L. Intellectual Property Law. Second Edition / L. Bently, B. Sherman. – Oxford: Oxford University Press, 2004. – 1131 p. 10. Калятин В.О. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования / В.О. Калятин, Е.А. Войничанис // Законодательство. – 2007. – № 2. – С. 13-15. 11. Matlak A. Prawo autorskie w europejskim prawie wspólnotowym / A. Matlak. – Kraków: ZAKAMYCZE, 2002. – 428 s. 12. Stanisławska-Kloc S. Ochrona baz danych / S. Stanisławska-Kloc. – Kraków: ZAKAMYCZE, 2002. – 392 s. 13. А.Л. Маковский. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под. ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. – М.: Статут, 2008. – 715 с. 14. Šebelová M. Autorské právo: zákon, komentáře, vzory a judikatura / M. Šebelová. – Brno: Komputer Press, 2006. – 196 s. 15. Сударинов С.А. Право интеллектуальной собственности: учеб. / С.А. Сударинов. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 368 с.

Надійшла до редколегії 19.10.10

УДК:346.5

В. Поєдинок, канд. юрид. наук

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті висвітлюються окремі теоретичні питання державної підтримки інвестиційної діяльності. Розкрито значення регуляторної конкуренції як чинника, що впливає на зміст державної підтримки. Обґрунтовані необхідність і межі застосування вигодо-витратного аналізу як методу оцінки засобів державної підтримки. Виявлена доцільність широкого застосування засобів, заснованих на продуктивності інвестиційної діяльності, у механізмі її державної підтримки.

Ключові слова: інвестиційна діяльність; державна підтримка; регуляторна конкуренція; вигодо-витратний аналіз; засоби, засновані на продуктивності.

В статье освещаются отдельные теоретические вопросы государственной поддержки инвестиционной деятельности. Раскрыто значение регуляторной конкуренции как фактора, влияющего на содержание государственной поддержки. Обоснованы необходимость и пределы применения выгодо-затратного анализа как метода оценки средств государственной поддержки. Выявлена целесообразность более широкого применения средств, основанных на продуктивности инвестиционной деятельности, в механизме ее государственной поддержки.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность; государственная поддержка; регуляторная конкуренция; выгодо-затратный анализ; средства, основанные на продуктивности.

The article deals with some theoretical issues of the state support for investment activity. The role of regulatory competition in shaping the state support content is examined. The necessity and limitations for using cost-benefit analysis to review state support measures are substantiated. The case is shown up for broader application of performance-based regulations in the mechanism of the state support for investment activity.

Key words: investment activity; state support; regulatory competition; cost-benefit analysis; performance-based regulations.

Стимулювання процесу формування приватного капіталу є усталеним і важливим завданням державної економічної політики у більшості країн. Разом з тим, дискусійний характер мають питання результативності конкретних засобів стимулювання інвестування та співвідношення вигод і втрат від їх застосування. Особли-

вої гостроти така дискусія набуває в умовах країн, що розвиваються та країн з перехідною економікою, які, з одного боку, змушені вживати зусиль для прискорення темпів власного соціально-економічного розвитку задля подолання розриву у таких темпах порівняно з розви-

ними країнами, з іншого боку, зазвичай обмежені у бюджетних ресурсах.

У вітчизняній юридичній, зокрема, господарсько-правовій літературі, досліджувалися проблеми державної підтримки інвестиційної діяльності в рамках спеціальних режимів господарювання [1, с.72-79; 6, с.542-551], стимулювання іноземного інвестування [7, с.109-118]. Втім, зберігається потреба наукового обґрунтування загальної методології державної підтримки інвестиційної діяльності в Україні, що є складним і багатоаспектним завданням. У цій статті розглянуті деякі теоретичні концепції, які, на нашу думку, повинні бути використані в структурі такої методології.

Завданнями статті є: конкретизація поняття державної підтримки інвестиційної діяльності; розкриття значення регуляторної конкуренції як чинника, що впливає на зміст державної підтримки; дослідження можливостей застосування вигодо-витратного аналізу як методу оцінки засобів державної підтримки інвестиційної діяльності; внесення пропозицій щодо поліпшення структури державної підтримки з метою підвищення її економічної ефективності.

Чинна редакція Закону України від 18 вересня 1991 р. "Про інвестиційну діяльність" практично ігнорує питання державної підтримки інвестиційної діяльності. Його регулювання вичерпується частиною 2 ст.11 Закону, згідно з якою в Україні створюються пільгові умови інвесторам, які здійснюють інвестиційну діяльність у найбільш важливих для забезпечення суспільних потреб напрямках, передусім соціальній сфері, технічному і технологічному вдосконаленні виробництва, створенні нових робочих місць для громадян, що потребують соціального захисту, реалізації інноваційних проектів, впровадженні відкриттів і винаходів, в агропромисловому комплексі, у реалізації програм ліквідації наслідків Чорнобильської аварії, у виробництві будівельних матеріалів, в галузі освіти, культури, охорони культурної спадщини, охорони навколишнього середовища та охорони здоров'я. Жодних вказівок на механізм реалізації даної норми Закон не містить. Відтак існує очевидна необхідність доповнення Закону "Про інвестиційну діяльність" статтями, які визначали б загальне поняття державної підтримки інвестиційної діяльності та основні засади її надання.

Необхідно виділяти дві форми державної підтримки інвестиційної діяльності:

пряма (фінансова) підтримка – передбачає безпосереднє фінансування державою суб'єктів інвестиційної діяльності (кредитування інвестиційних проектів за рахунок коштів державного бюджету; компенсація за рахунок бюджетних коштів відсотків за кредитами комерційних банків, які залучаються для реалізації інвестиційних проектів; надання державних гарантій комерційним банкам, що здійснюють кредитування інвестиційних проектів; страхування за рахунок бюджетних коштів ризиків реалізації інвестиційних проектів тощо);

непряма (фіскальна) підтримка – передбачає надання державою пільг суб'єктам інвестиційної діяльності (зменшення нормальної ставки податку на прибуток підприємств; податкові канікули; інвестиційний податковий кредит; прискорена амортизація основних фондів; звільнення від сплати ввізного мита при ввезенні певних товарів; відшкодування мита, сплаченого при ввезенні товарів, у разі наступного експорту цих товарів або використання їх у виробництві експортних товарів тощо).

Першочерговою метою застосування заходів державної підтримки інвестиційної діяльності є заохочення акумуляції капіталу в певних галузях та/або сферах економіки. Слід відзначити, що "державна підтримка" є

поняттям дещо вужчим, аніж "стимулювання інвестиційної діяльності". По-перше, залежно від характеру впливу стимулювання може бути не лише позитивним, а й негативним у формі відповідальності за порушення встановленого порядку інвестування [2, с.77]. По-друге, у теорії регулювання серед стимулів виділяють ще й так звані регуляторні стимули, тобто, адміністративні умови, які пропонуються державою суб'єктам господарювання і не пов'язані з особливим фінансовим або фіскальним впливом (захист прав власності, доступ до ринків, вимоги екологічного та трудового законодавства) [12, с.2]. З очевидністю, регуляторні стимули (які, у свою чергу, можуть бути позитивними або негативними) не мають ніякого відношення до державної підтримки.

Традиційно необхідність державної підтримки інвестиційної діяльності пов'язують з такими особливостями останньої, як переважно довгостроковий характер та наявність інвестиційного ризику (неможливість передбачити заздалегідь, чи окупляться витрати). Разом з тим, глобалізація економічного середовища обумовила виникнення специфічного чинника, який так чи інакше впливає на обсяг і зміст державної підтримки інвестиційної діяльності – конкуренції між країнами у намаганні залучити інвестиції. Конкурентну боротьбу, яка точиться передусім між країнами, що розвиваються, та країнами з перехідною економікою, загострюють потенційне зменшення постачання прямих інвестицій у поєднанні з зростаючою або, принаймні, стабільною потребою у їх надходженні та обмеженими можливостями отримання фінансування для розвитку від міжнародного банківського сектора.

Така конкуренція між державами є частиною більш широкого явища, яке має назву "*регуляторна конкуренція*" (*regulatory competition*). Регуляторна конкуренція є феноменом у праві, економіці та політиці, пов'язаним з бажанням законодавців конкурувати один з одним правовими засобами з метою заохочення учасників господарського життя здійснювати діяльність під їх юрисдикцією. В історичному аспекті регуляторна конкуренція мала місце в межах окремих держав з федеральним устроєм – передусім Сполучених Штатів Америки, однак з середини ХХ століття, коли інтенсифікувався процес економічної глобалізації, вона набула значення важливого питання міжнародних відносин [15].

Термін "регуляторна конкуренція" означає процес, в рамках якого правові норми обираються їх користувачами в умовах конкуренції між децентралізованими суб'єктами нормотворчості (які можуть існувати на рівні суверенних держав або в межах останніх на рівні територіальних одиниць). На користь регуляторної конкуренції свідчать три основні чинники: по-перше, вона забезпечує більшу відповідність змісту правил преференціям або побажанням користувачів цих правил; по-друге, вона сприяє різноманітності та експериментуванню у пошуку ефективних правових рішень; по-третє, забезпечуючи механізми для вираження преференцій користувачів і порівняння альтернативних рішень, вона сприяє поширенню інформації про ефективну правотворчість [9, с.4].

У літературі в контексті регуляторної компетенції розглядають передусім залучення прямих іноземних інвестицій. Однак вітчизняний капіталовласник так само може здійснювати вибір не на користь інвестування в економіку власної держави. Так, у рішенні Ради національної безпеки і оборони України "Про заходи щодо запобігання непродуктивному відпливу капіталів за межі України", введеному в дію Указом Президента України від 17 березня 2007 р. № 216/2007, Ради національної безпеки і оборони України, розгля-

нувши комплекс проблем, пов'язаних з непродуктивним відпливом капіталів за межі України, відмічає існування загрозливих тенденцій у відповідній сфері і констатує, що основною причиною зазначених негативних явищ залишається несприятливий підприємницький та інвестиційний клімат у державі.

Інвестиції можуть надходити у країну не лише в силу того, що ця країна надає певні інвестиційні стимули, а й тому, що ці стимули виглядають більш привабливими у порівнянні зі стимулами, які надаються іншими приймаючими країнами. Слід мати на увазі і те, що, хоч певні стимули, пропоновані країною, окремо узяті, здатні справляти суттєвий вплив на залучення інвестицій, вони можуть втрачати конкурентну привабливість порівняно зі стимулами, які надаються іншими приймаючими країнами, за умови розгляду їх у комплексі.

Результати численних емпіричних досліджень впливу стимулів, пропонованих приймаючими країнами, на обсяги залучення прямих іноземних інвестицій є неоднозначними. Ряд досліджень виявив, що фіскальні стимули мають певний вплив на прийняття рішень про розміщення інвестицій, особливо в експортоорієнтоване виробництво, хоч і відіграють при цьому другорядну роль. Однак фіскальні стимули видаються неважливими для прийняття рішень про інвестиції у виробництво, орієнтоване передусім на внутрішній ринок; натомість, такі інвестиції є більш чутливими до заходів захисту внутрішнього ринку від імпорту [8, с.18].

Висловлена і точка зору, згідно з якою по мірі посилення конкуренції щодо залучення зовнішніх ресурсів більшість країн починає пропонувати ідентичні або подібні пакети стимулів. У результаті інвестори стають менш чутливими до цих заходів при прийнятті рішень про розміщення своїх інвестицій [8, с.26].

У дослідженні Світового банку "Інвестуючи через кордони 2010", де аналізується привабливість 87 країн світу для іноземних інвесторів, доводиться, що значно більшою мірою, аніж надання державної підтримки, на прийняття інвестиційних рішень впливають показники регуляторного середовища у приймаючій країні загалом (доступ у конкретні сектори економіки, започаткування бізнесу, придбання земельних ділянок для господарських потреб, вирішення комерційних спорів) [13, с.8-12].

Викладене дає підстави для висновку: у сучасних умовах регуляторна конкуренція є суттєвим чинником, що повинен враховуватися у державному регулюванні інвестиційної діяльності, однак державна підтримка інвестиційної діяльності не повинна розглядатися як основний засіб здобуття конкурентних переваг. Тобто, у питанні встановлення інвестиційних стимулів законодавець повинен керуватися внутрішньоекономічними міркуваннями. Це актуалізує проблему критеріїв доцільності застосування конкретних засобів державної підтримки.

Один з поширених у світовій практиці підходів до регуляторної реформи вимагає від суб'єктів регулювання застосування *вигодо-витратного аналізу* (*cost-benefit analysis*) до пропонованих регуляторних заходів, а також до чинних заходів з перспективою можливого їх перегляду. Вигодо-витратний аналіз є аналітичною процедурою, яка оцінює чисту економічну корисність даного регуляторного заходу. Він конвертує усі витрати і доходи, пов'язані з реалізацією заходу, у грошовий вимір і визначає, чи переважають вигоди над витратами [10, с.1].

Теоретичним підґрунтям вигодо-витратного аналізу є положення економічної теорії права про оцінку правових норм з точки зору економічної ефективності. У свою чергу, критерієм ефективності виступає критерій максимізації багатства. Суспільство досягає мети максимізації сукупного багатства у разі, якщо блага належать

людям, які готові і спроможні заплатити за них максимальну ціну. У відповідності з цим критерієм правомочність передається тій стороні, яка готова заплатити за неї більше. Хоч це правило і не застосовується в дійсності, його мета – показати, як міркує законодавець при прийнятті рішення. Він повинен передати право тій стороні, яка *готова заплатити* вищу ціну [5, с.12].

Конкретно-практичне значення вигодо-витратного аналізу як методу оцінки регуляторних заходів піддається конфліктуючим інтерпретаціям. Згідно з найбільш категоричною точкою зору, вигодо-витратний аналіз спроможний і повинен давати пряму відповідь на питання, чи варто впроваджувати певний регуляторний захід. Якщо такий захід проходить вигодо-витратний тест краще, ніж альтернативи, він повинен бути впроваджений, якщо ні – від нього слід відмовитися. Ця точка зору, однак, заснована на спірному уявленні про економічну ефективність як єдину мету і бажаний результат регуляторної політики.

Більш поміркований погляд вказує, що вигодо-витратний аналіз забезпечує статистичну базу для оцінки економічної ефективності проекту, однак така ефективність є лише одним з чинників, що повинні братися до уваги суб'єктом регулювання. Тим не менше, цей аналіз необхідний для виявлення закладених у виборі регуляторного заходу суперечностей, як-от: наскільки значними будуть втрати ефективності на користь інших цінностей, які є намір врахувати.

Слід, однак, мати на увазі, що практичним інструментом регуляторної політики вигодо-витратний аналіз виступатиме лише тоді, коли матиме значення механізму вето. Тобто, суб'єкти регулювання повинні бути зобов'язані відмовлятися від вжиття заходів, які не проходять вигодо-витратного тесту. Таким чином, вигодо-витратний аналіз постає як метод, що не здатен забезпечити безумовного "так", але здатен забезпечити безумовне "ні" при прийнятті рішення щодо регуляторного заходу. Інакше цей метод залишатиметься чисто теоретичною концепцією [10, с.2-3].

Практичне застосування вигодо-витратного аналізу з необхідністю включає значну кількість спірних ціннісних суджень. Цей метод передбачає, що усі можливі вигоди і витрати можуть бути вирішені у грошовому вимірі. Тому проблематичним є застосування його у ситуаціях, коли предметом регулювання є неекономічна поведінка. Разом з тим, цей метод уявляється цілком придатним для оцінки пропонованих або чинних заходів державної підтримки інвестиційної діяльності. Оскільки мета таких заходів суто економічна (заохочення акумуляції капіталу в певних галузях та/або сферах народного господарства), можна з певністю стверджувати про неприйнятність заходів, які не проходять вигодо-витратного тесту.

Показовими у цьому плані є результати функціонування в Україні спеціальних (вільних) економічних зон та територій пріоритетного розвитку, в рамках яких надавалися спеціальні режими інвестиційної діяльності. При тому, що СЕЗ і ТПР займали 10,5 % території України, обсяг виробництва продукції підприємств, розташованих у СЕЗ та ТПР, становив лише 4-5% від загального обсягу продукції, виробленої на підприємствах України. За весь період функціонування СЕЗ і ТПР до 2008 року очікувалося досягти таких показників: залучення інвестицій – понад 17,1 млрд. дол. (фактично – 2,1 млрд., або 12,2% від запланованого); створення нових та збереження існуючих робочих місць – 387,4 тис. (фактично – 137,7 тис. або 35,5% від запланованого). Загалом обсяг використаних суб'єктами спеціальних режимів внутрішніх та зовнішніх інвестицій

становив 9,8 млрд. гривень при розмірі наданих податкових пільг у 8,4 млрд. гривень [3, с.64].

Законодавство України містить норми, які можуть виступати основою для застосування вигодовитратного аналізу. Так, відповідно до ст. 4 Закону України від 11 вересня "Про засади державної регуляторної політики", одним з принципів державної регуляторної політики є ефективність – забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави. Разом з тим, Закон не містить положення про недопущення прийняття регуляторних актів, які є економічно неефективними. Питання про доцільність закріплення такого положення в Законі "Про засади державної регуляторної політики" є дискусійним зважаючи на широку сферу застосування цього Закону, однак уявляється, що це положення може бути успішно використане в спеціальному Законі "Про інвестиційну діяльність". Відтак пропонується доповнити Закон "Про інвестиційну діяльність" нормою, згідно з якою не допускається застосування заходів державної підтримки інвестиційної діяльності, якщо внаслідок такого застосування не досягатиметься перевищення позитивних результатів над витратами суб'єктів господарювання, громадян, суспільства та держави.

У світі проведені численні емпіричні дослідження здатності конкретних засобів (інструментів) державної підтримки інвестиційної діяльності проходити вигодовитратний тест. Так, за результатами досліджень результатів непрямої (фіскальної) підтримки інвестиційної діяльності у таких країнах, як Бразилія, Мексика, Індонезія, Малайзія, Філіппіни, Сінгапур, Таїланд, Пакистан, Болгарія, Чехія, Угорщина, Польща, Румунія та Туреччина, відношення вигод до витрат менше одиниці встановлене для податкових канікул та знижок нормальної ставки податку на прибуток нижче рівня, що склався в країнах-експортерах капіталу. В окремих випадках ці два інструменти можуть навіть дестимулювати довгострокові інвестиції. Так, податкові канікули спонукають інвесторів вкладати кошти у галузі, які користуються податковими канікулами, на строк дії останніх, сприяючи, таким чином, короткостроковому інвестуванню на шкоду довгостроковому. Щодо знижок ставки податку на прибуток, то в разі застосування їх державами з загальним нестабільним інвестиційним кліматом, вони зі значною ймовірністю розглядатимуться як тимчасові та швидше відраджуватимуть інвесторів від здійснення капіталовкладень у передчутті майбутнього зростання ставок податку [11, с.26-27].

Відношення вигод до витрат більше одиниці встановлене для: інвестиційних відрхувань (відрахувань певного відсотка інвестиційних витрат від суми податкових зобов'язань на додачу до нормальних амортизаційних відрахувань); інвестиційних та інноваційних податкових кредитів (зменшення на суму певних капітальних витрат оподатковуваного прибутку), прискореної амортизації основних фондів [11, с.27-28]. Характерною рисою цих засобів є те, що вони застосовуються *ex post* – після фактичного вкладення інвестицій (на експлуатаційній стадії). Застосування цих засобів відповідає регуляторному підходу, що має назву "регулювання, засноване на продуктивності" (*performance-based regulation*). В рамках цього підходу заохочення пов'язуються з отриманими результатами без надання чітких вказівок щодо того, яким чином ці результати мають бути отримані [14, с.7].

В економічній літературі вказують, що первинним об'єктом державного регулювання інвестиційної діяльності доцільно розглядати не умови і процес, а результати

інвестування. На сьогодні в Україні концептуально не визначено результатів інвестування як об'єкта регулювання і не забезпечено методичної основи для конструктивного регулювання інвестиційної діяльності за результатами, хоч існує позитивний досвід саме такого регулювання в зарубіжних країнах [4, с.97-107]. Фактично, тут йдеться саме про необхідність застосування засобів регулювання, заснованих на продуктивності, хоч і слід уточнити, що з правової точки зору об'єктом державного регулювання у будь-якому разі виступає діяльність (поведінка) суб'єктів відповідних суспільних відносин.

Аналіз інвестиційного законодавства України виявляє низьку питому вагу засобів, заснованих на продуктивності в загальному арсеналі засобів державної підтримки інвестиційної діяльності. Так, пункт 1.11.4 Закону України від 28 грудня 1994 р. "Про оподаткування прибутку підприємств" закріплює визначення інвестиційного податкового кредиту як відстрочки плати податку на прибуток, що надається суб'єкту підприємницької діяльності на визначений строк з метою збільшення його фінансових ресурсів для здійснення інноваційних програм, з наступною компенсацією відстрочених сум у вигляді додаткових надходжень податку через загальне зростання прибутку, що буде отримано внаслідок реалізації інноваційних програм. Але механізму надання такого кредиту Закон не встановлює. Застосування засобів, заснованих на продуктивності, передбачає Закон України від 16 липня 1999 р. "Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків" (ст.7 "Цільові субсидії технологічних парків"), однак правовий режим використання коштів цільових субсидій є достатньо жорстким і негнучким, не кажучи вже про те, що сфера дії зазначеного Закону за колом суб'єктів є дуже вузькою.

Не пов'язані з продуктивністю усі засоби прямої (фінансової) підтримки інвестиційної діяльності (зокрема, перелічені в ст. 17 Закону України від 4 липня 2002 р. "Про інноваційну діяльність"). Їх застосування означає безпосередні бюджетні втрати в момент надання; тимчасом, ефективне використання інвесторами бюджетних коштів, отриманих в порядку фінансової підтримки, не гарантоване. Недоліком засобів фінансової підтримки є також наявність адміністративної дискреції з питання їх надання, що зі значною ймовірністю може виступати джерелом корупції, а відтак знеохочуватиме потенційного інвестора. Натомість засоби, засновані на продуктивності, діють автоматично, не пов'язані з бюджетними втратами в момент надання, що визначає їх адекватність сучасним умовам в Україні.

Отже, на підставі проведеного дослідження можна зробити висновки про: необхідність визначення у Законі України "Про інвестиційну діяльність" загального поняття державної підтримки інвестиційної діяльності та засад її надання; недоцільність розгляду державної підтримки інвестиційної діяльності як основного чинника здобуття переваг у регуляторній конкуренції між державами як імпортерами капіталу та необхідність прийняття рішень про вжиття заходів державної підтримки на підставі внутрішньоекономічних міркувань; доцільність застосування вигодовитратного аналізу як методу оцінки заходів державної підтримки інвестиційної діяльності; потребу ширшого використання засобів державної підтримки, які пов'язані з продуктивністю інвестиційної діяльності і застосовуються автоматично. Перспективи подальших розвідок у даному напрямку стосуються конкретизації обґрунтованих теоретичних положень у пропозиціях щодо вдосконалення актів інвестиційного законодавства України.

C.72-79. 2. Вінник О.М. Інвестиційне право: Навчальний посібник / О.М. Вінник. – К.:Правова єдність, 2009. – 616 с. 3. Гєєць В., Семиноженко В. Спеціальні економічні зони: "чорні діри" чи точки економічного зростання? / В. Гєєць, В. Семиноженко // Дзеркало тижня. – 2006. – № 44. – С. 63–66. 4. Кузьмін О.Є., Князь С.В. Регулювання інвестиційної діяльності в Україні / О.Є. Кузьмін, С.В. Князь // Фінанси України – 2002. – №3. – С. 97 – 107. 5. Одинцова М.И. Экономика права: Учебное пособие / М.И. Одинцова. – Высшая школа экономики, 2007. – 430 с. 6. Правовое регулирование хозяйственных отношений: библиографический справочник (начало 70-х годов – конец 2008 г.) / сост. А.Г. Бобкова. – Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н.Н., 2009. – 656 с. 7. Федорчук Д.Е. Режим прямого іноземного інвестування (порівняльно-правове дослідження): дис... канд. юрид. наук (12.00.04) / Д.Е. Федорчук. – Донецьк, 2003. – 229 с. 8. Banga R. Impact of Government Policies and Investment Agreements on FDI Inflows to Developing Countries: An Empirical Evidence [Electronic resource] / R. Banga. – Indian council for research on international economic relations, 2003. – Mode of access: <http://www.icrier.org/pdf/WP116.PDF> 9. Barnard C., Deakin S. Market Access and Regulatory Competition

[Electronic resource] / C. Barnard, S. Deakin. – The Jean Monnet center for international and regional economic law & justice, 2001. – Mode of access: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/012701.html> 10. Cowen T. Using Cost-Benefit Analysis to Review Regulation [Electronic resource] / T. Cowen. – Mode of access: <http://www.gmu.edu/centers/.../Cowen%20on%20cost%20benefit.pdf> 11. Fiscal incentives for investment and innovation / A. Shah, edit. – NY: Oxford University Press, 1995. – 752 p. 12. Fitzgerald V. Regulatory investment incentives [Electronic resource] / V. Fitzgerald. – OECD Directorate of financial, fiscal and enterprise affairs, 2001. – Mode of access: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/17/2510459.pdf> 13. Investing across borders 2010: Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies [Electronic resource] / The World Bank Group, 2010. – Mode of access: <http://iab.worldbank.org/~media/FDPKM/IAB/Documents/IAB-report.pdf> 14. Regulation types and options [Electronic resource] / UNIDO. – Mode of access: <http://www.unido.org/fileadmin/media/documents/pdf/Module5.pdf> 15. Regulatory competition – Wikipedia, the free encyclopedia [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_competition

Надійшла до редколегії 19.10.10

УДК 346.7

І. Кравець, канд. юрид. наук, асист.

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Стаття присвячена основам державного регулювання інноваційної діяльності в Україні. Аналізуються засоби державного регулювання інноваційної діяльності, організаційно-господарські повноваження органів, що їх здійснюють. Обґрунтовується необхідність вирішення проблеми розмежування вказаних повноважень між органами, що здійснюють державне регулювання інноваційної діяльності.

Ключові слова: інноваційна діяльність, засоби державного регулювання інноваційної діяльності, інноваційні структури, інноваційні проекти, трансфер технологій.

Статья посвящена основам государственного регулирования инновационной деятельности в Украине. Анализируются средства государственного регулирования инновационной деятельности, организационно-хозяйственные полномочия органов, которые их осуществляют. Обосновывается необходимость решения проблемы разграничения указанных полномочий между органами, которые осуществляют государственное регулирование инновационной деятельности.

Ключевые слова: инновационная деятельность, средства государственного регулирования инновационной деятельности, инновационные структуры, инновационные проекты, трансфер технологий.

An article is devoted to basics of state regulation in innovation sphere in Ukraine. Tools of state regulation of innovation activity, organizational and economic power of authorities are analyzing in this article. An author also tried to prove a necessity in solving a problem of that power delimitation between authorities which regulate innovation activity.

Key words: innovation activity, tools of state regulation of innovation activity, innovation organizations, innovation projects, technology transfer.

Успішний розвиток інноваційної діяльності суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин позитивно відображається на розвитку економіки в цілому, адже господарювання повинно базуватися на основі розвитку наукоємних виробництв, впровадження у виробництво прогресивних високотехнологічних процесів, розробки та випуску нової конкурентоспроможної продукції. Ефективне здійснення інноваційної діяльності та дотримання балансу між приватними інтересами суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин та публічними інтересами територіальної громади, суспільства в цілому при здійсненні такої діяльності, досягається за рахунок оптимальної системи державного регулювання інноваційної діяльності. З огляду на вищенаведене та враховуючи проблеми розмежування організаційно-господарських повноважень між органами, що здійснюють регулювання інноваційної діяльності, актуальність дослідження обраної теми не викликає сумніву.

Порядок здійснення інноваційної діяльності та її державне регулювання досліджували вчені різних галузей правових знань, зокрема Алексєєва К. А., Атаманова Ю. Є., Висоцький Д. Є., Вінник О. М., Ворона Д. М., Гаман Ю. В., Клименко Н. Г., Мамутов В. К., Новицька Ж. А., Сімсон О. Е., Янсен Ф. та інші. Проте, питання розмежування організаційно-господарських повноважень між органами, що здійснюють регулювання інноваційної діяльності на сьогодні потребує детального дослідження.

Метою цієї статті є висвітлення засобів державного регулювання інноваційної діяльності та з'ясування сис-

теми органів, що здійснюють організаційно-господарські повноваження у цій сфері. Виявлення проблем щодо розмежування вказаних повноважень між органами державного регулювання інноваційної діяльності та запропонування шляхів їх вирішення.

На думку Атаманової Ю. Є., зміст інноваційної функції держави полягає в діяльності держави щодо стимулювання інноваційної діяльності, планування її результатів у контексті економічного розвитку країни, управління та контролю за діяльністю суб'єктів господарювання зі створення, комерціалізації, впровадження (використання) інноваційних продуктів як інновацій та випуску на їх основі нової продукції або застосування нових технологій [29, с. 7].

Стратегічною метою державної інноваційної політики можна вважати перетворення національного науково-технічного комплексу у дієвий загальнонаціональний ресурс, динамічну, самоврядну, багатокладну систему виробництва науково-технологічних знань і продуктів, яка визнається пріоритетною державою, суспільством та приватним капіталом, що гарантує оптимальне сполучення масштабних фундаментальних досліджень з конкурентноздатними інноваційними розробками [31, с. 8].

Для підвищення власних конкурентних позицій через інноваційний розвиток необхідно поєднати на практиці ринкові методи управління науково-технологічною сферою із заходами державного регулювання. При цьому одним з ключових моментів повинна стати розробка критеріїв, якими слід керуватися при визначенні переліку національних науково-технологічних пріорите-

© Кравець І., 2010

тів та технологій для створення інформаційно-аналітичного забезпечення здійснення державної інноваційної політики, у тому числі: значення для прогресу існуючих базових технологій; участь у досягненні глобальної конкурентоспроможності галузей економіки; можливість здійснення на їх основі принципово нових технологічних проектів; істотний внесок у забезпеченні національної безпеки [27, с. 274].

Держава регулює інноваційну діяльність, відповідно до ч. 1 ст. 328 Господарського кодексу України (далі – ГК України), шляхом:

1) визначення інноваційної діяльності як необхідної складової інвестиційної та структурно-галузевої політики; формування і забезпечення реалізації інноваційних програм та цільових проектів;

2) створення економічних, правових та організаційних умов для забезпечення державного регулювання інноваційної діяльності;

3) створення та сприяння розвитку інфраструктури інноваційної діяльності [1].

Вищезазначені шляхи державного регулювання інноваційної діяльності доповнюються ст. 6 Закону України "Про інноваційну діяльність", це зокрема: забезпечення захисту прав та інтересів суб'єктів інноваційної діяльності, надання фінансової підтримки виконання інноваційних проектів, стимулювання комерційних банків та інших фінансово-кредитних установ, що кредитують виконання інноваційних проектів, встановлення пільгового оподаткування суб'єктів інноваційної діяльності, забезпечення підтримки функціонування і розвитку сучасної інноваційної інфраструктури [3].

У Законі України "Про інноваційну діяльність" закріплені повноваження органів державного регулювання інноваційної діяльності: ст. 7 – Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування; ст. 8 – Кабінету Міністрів України (далі – КМ України); ст. 9 – спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності та інших центральних органів виконавчої влади; ст. 10 – Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів місцевого самоврядування.

Позитивною тенденцією стало створення 31 травня 2010 року єдиного спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності – Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку (далі – Держкомнауки), положення про який затверджено постановою КМ України від 31.05.2010 р. № 376 [17]. Держкомнауки було створено на базі Департаменту науково-технологічного розвитку, департаменту інновацій й трансферу технологій Міністерства освіти і науки України (далі – МОН) та департаменту інновацій Державного агентства з інвестицій та інновацій (на сьогодні Державного агентства України з інвестицій та розвитку). Перспективним для удосконалення системи державного регулювання у сфері інноваційної діяльності стало наділення вищевказаного комітету повноваженнями у сфері координації діяльності органів виконавчої влади з проведення політики у сфері наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності та трансферу технологій, оскільки повноваження попередніх організаційних структур у цій сфері часто дублювалися, що часто унеможливлювало ефективне здійснення організаційно-господарських повноважень при регулюванні інноваційної діяльності. Проте, проблема розмежування повноважень між суб'єктами, що здійснюють державне регулювання у сфері інноваційної діяльності, залишається актуальною.

На сьогодні спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності є Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації (далі – Держкомінформнауки), що створений відповідно до постанови КМ України від 05.07.2010 р. № 548 [20] та є правонаступником Державного комітету інформатизації (положення про який затверджено постановою КМ України від 26.03.2008 р. № 272 [14]) і Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку. Відповідно до п. 1 Положення про Держкомінформнауки, затвердженого постановою КМ України від 21.07.2010 р. № 675, Держкомінформнауки є центральним органом виконавчої влади з питань формування та реалізації державної політики у сфері наукової, науково-технічної діяльності, трансферу технологій, інформатизації, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, створення умов для розвитку інформаційного суспільства [21].

Не дивлячись на те, що був створений єдиний спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності, певні організаційно-господарські повноваження у цій сфері продовжують здійснювати МОН, що функціонує відповідно до Положення про МОН, затвердженого постановою КМ України від 19.12.2006 р. № 1757 [11] та Державне агентство України з інвестицій та розвитку (далі – Держінвестицій), що діє відповідно до Положення, затвердженого постановою КМ України від 17.05.2010 р. № 356 [16].

Засобами державного регулювання інноваційної діяльності є: (1) експертиза та реєстрація інноваційних проектів; (2) реєстрація інноваційних структур; (3) надання фінансової підтримки та ін.

Державна реєстрація інноваційних проектів і ведення Державного реєстру інноваційних проектів здійснюється на підставі Порядку, затвердженого постановою КМ України від 17.09.2003 р. № 1474 [10]. Відповідно до постанови КМ України від 28.07.2010 р. № 650 органом, що проводить державну реєстрацію інноваційних проектів і веде Державний реєстр інноваційних проектів на сьогодні є Держкомінформнауки (до цього часу ці функції здійснювало МОН).

Відповідно до п. 11 Положення про порядок створення і функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів, затвердженого постановою КМ України від 22.05.1996 р. № 549 [7], МОН за поданням Комісії з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів здійснює реєстрацію інноваційної структури та її основного інноваційного продукту шляхом включення її до Державного реєстру інноваційних структур та видачі відповідного свідоцтва. Положення про Комісію з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів затверджено постановою КМ України від 06.08.2003 р. № 1219 [9]. Порядок ведення Державного реєстру технопарків та інноваційних структур інших типів затверджено наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 30.10.1998 р. № 281 [22].

Відповідно до ст. 7 Закону України "Про наукові парки" – рішення про створення наукового парку приймається його засновниками за погодженням із спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері науково-технічної та інноваційної діяльності в порядку, визначеному КМ України [6]. Рішення про створення наукового парку погоджується МОН відповідно до Порядку, затвердженого постановою КМ України від 03.02.2010 р. № 93 [15].

Необхідність особливої підтримки, стимулювання розвитку окремих галузей народного господарства

або визнаних за пріоритетні напрямків господарської діяльності зумовлюють зміну співвідношення юридичних засобів, що застосовуються державою для активізації інноваційної діяльності в них, на користь домінування різного характеру стимулів (пільг, дозволів, заохочень) [28, с. 74–75].

Види фінансової підтримки інноваційної діяльності передбачені статтею 17 Закону України "Про інноваційну діяльність". Держкомінформнауки визначає порядок конкурсного відбору проектів науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт для їх фінансової підтримки за рахунок коштів державного бюджету, здійснює фінансування науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт для задоволення потреб держави; затверджує порядок формування і використання коштів спеціалізованих державних інноваційних фінансово-кредитних установ, які належать до сфери його управління, здійснює контроль за їх діяльністю; визначає разом з Держінвестицій за погодженням з КМ України порядок конкурсного відбору інноваційних проектів; доручає державним інноваційним фінансово-кредитним установам проводити конкурсний відбір інноваційних проектів і здійснювати фінансову підтримку таких проектів у межах коштів, передбачених Державним бюджетом України на відповідний рік (підпункти 9, 21–23 пункту 4 Положення про Держкомінформнауки, затвердженого постановою КМ України від 21.07.2010 р. № 675).

Держінвестицій також здійснює ряд повноважень з питань надання фінансової підтримки інноваційної діяльності, наприклад, відповідно до п. 2 Порядку використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду для державної підтримки реалізації інноваційних та інвестиційних проектів у реальному секторі економіки, у тому числі через механізм здешевлення кредитів, затвердженого постановою КМ України від 16.06.2010 р. № 476, головним розпорядником бюджетних коштів є Держінвестицій [18]. Порядок конкурсного відбору інноваційних та інвестиційних проектів у реальному секторі економіки для їх державної підтримки у 2010 році за рахунок коштів Стабілізаційного фонду затверджений наказом Держінвестицій від 10.08.2010 р. № 39 [25]. Порядок та умови надання у 2010 році державних гарантій щодо виконання боргових зобов'язань за запозиченнями суб'єктів господарювання державного сектору економіки, залученими для фінансування інвестиційних, інноваційних, інфраструктурних та інших проектів розвитку, які мають стратегічне значення та реалізація яких сприятиме розвитку економіки України, в тому числі імпортозамінних і експортоорієнтованих галузей затверджені постановою КМ України від 30.06.2010 р. № 567 [19]. Порядок конкурсного відбору інвестиційних, інноваційних, інфраструктурних та інших проектів розвитку з метою надання у 2010 році державних гарантій для їх фінансування затверджений наказом Держінвестицій від 10.08.2010 р. № 40 [26].

Законом України "Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків" визначено правовий режим, який передбачає надання державної підтримки щодо стимулювання діяльності технологічних парків, зазначених у преамбулі вищевказаного Закону, їх учасників та спільних підприємств при реалізації проектів за пріоритетними напрямками діяльності технологічних парків [2].

Найбільшого заохочення з боку держави та суспільства заслуговує інноваційна діяльність з пріоритетних напрямків, що забезпечують науково-технологічне оновлення виробництва та сфери послуг у країні, наповнення внутрішнього ринку конкурентною наукоємною продукцією та можливість виходу з нею на світо-

вий ринок [30, с. 561]. Відповідно до ст. 2 Закону України "Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні" визначаються пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні, які складаються із стратегічних та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності [4].

Стаття 4 Закону України "Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні" регулює порядок формування та затвердження середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності. Порядок формування, експертизи та обговорення пріоритетних напрямів інноваційної діяльності затверджений постановою КМ України від 17 липня 2003 р. № 1094 [8]. Цей Порядок визначає процедуру формування, експертизи та обговорення стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня.

Методику проведення експертизи стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня затверджено наказом МОН, Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України, Міністерства промислової політики України, Міністерства аграрної політики України, Міністерства фінансів України, Національної академії наук України від 23.12.2003 р. № 840/382/528/459/688/513 [23]. Ця Методика призначена для використання МОН при організації роботи та експертно-аналітичною робочою групою при проведенні експертизи стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня.

Одним з видів інноваційної діяльності є діяльність у сфері трансферу технологій, державне регулювання якої здійснюється відповідно до Закону України "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій", що визначає правові, економічні, організаційні та фінансові засади державного регулювання діяльності у сфері трансферу технологій і спрямований на забезпечення ефективного використання науково-технічного та інтелектуального потенціалу України, технологічності виробництва продукції, охорони майнових прав на вітчизняні технології на території держав, де планується або здійснюється їх використання, розширення міжнародного науково-технічного співробітництва у цій сфері [5].

Розділ II Закону України "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій" визначає організаційно-господарські повноваження суб'єктів державного регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: ст. 6 – уповноваженого органу; ст. 7 – центральних органів виконавчої влади, Національної та галузевих академій наук; ст. 8 – Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органів виконавчої влади, виконавчих органів сільських, селищних, міських, районних у містах (у разі їх створення) рад.

Формами державного регулювання діяльності у сфері трансферу технологій, відповідно до вищевказаного Закону, є здійснення:

- 1) державної експертизи технологій (ст. 12), що проводиться стосовно технологій або технологій і обладнання, що використовується для їх застосування, для яких суб'єктами трансферу технологій передбачається отримання субсидій, визначених цим Законом, а також стосовно технологій або технологій і обладнання, які плануються для використання в Україні за рахунок державних коштів, якщо сума їх закупівлі дорівнює або перевищує розмір суми, визначеної для відповідних

процедур закупівель Законом України "Про здійснення державних закупівель";

2) державної реєстрації договору про трансфер технологій (ст. 13) – за результатами державної експертизи технологій або технологій і обладнання приймається рішення про державну реєстрацію договорів про їх трансфер або про відмову в реєстрації.

Хоча відповідно до п. 1 Положення про Держкомінформнауки, затвердженого постановою КМ України від 21.07.2010 р. № 675, саме цей орган є (серед іншого) центральним органом виконавчої влади у сфері трансферу технологій, підпункт 33 пункту 4 Положення про МОН, затвердженого постановою КМ України від 19.12.2006 р. № 1757, встановлює, що МОН координує діяльність, пов'язану з трансфером (передачею) технологій і прав на об'єкти інтелектуальної власності, що створені повністю або частково за рахунок коштів державного бюджету.

Відповідно до підпункту 30 пункту 4 Положення про Держкомінформнауки, затвердженого постановою КМ України від 21.07.2010 р. № 675, до повноважень Держкомінформнауки відноситься проведення державної експертизи та державної реєстрації договорів з трансферу технологій, ведення державного реєстру відповідних договорів. Проте, на сьогодні продовжують діяти нормативно-правові акти на підставі яких МОН здійснює державну реєстрацію договорів про трансфер технологій та веде Державний реєстр договорів про трансфер технологій (розпорядження КМ України від 06.02.2008 р. № 252-р "Про передачу МОН повноважень на затвердження порядку ведення Державного реєстру договорів про трансфер технологій" [13]). Порядок державної реєстрації договорів про трансфер технологій та ведення Державного реєстру договорів про трансфер технологій затверджений наказом МОН від 14.05.2008 р. № 409 [24].

3) патентно-кон'юнктурних досліджень у сфері трансферу технологій (ст. 14), що проводяться при розробленні науково-технічних прогнозів розвитку технологій та їх складових, при їх створенні, визначенні доцільності набуття і/або передачі прав на них, при підготовці до виробництва продукції з їх застосуванням;

4) державної акредитації фізичних та юридичних осіб на право здійснення посередницької діяльності у сфері трансферу технологій (ст. 15) – фізичні особи для здійснення на постійній та/або професійній основі посередницької діяльності у сфері трансферу технологій (технологічні брокери) та юридичні особи, установчим документом яких передбачено таку діяльність та до штатного розпису яких входить щонайменше один технологічний брокер, повинні пройти відповідну державну акредитацію і отримати свідоцтво про акредитацію. Державну акредитацію фізичних та юридичних осіб на провадження на постійній та/або професійній основі посередницької діяльності у сфері трансферу технологій відповідно до Порядку, затвердженого постановою КМ України від 26.06.2007 р. № 861, здійснює МОН [12].

Отже, винайдення оптимальної системи державного регулювання інноваційної діяльності на сучасному етапі розвитку економіки є необхідним з метою стимулювання суб'єктів господарювання до впровадження досягнень науково-технічного прогресу у виробництво, а також дотримання при цьому публічних інтересів територіальної громади, споживачів, суспільства в цілому. Подальшого дослідження потребують механізми розмежування організаційно-господарських повноважень між органами, що здійснюють державне регулювання інноваційної діяльності для ефективного його здійснення в Україні.

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144. 2. Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків : Закон України від 16.07.1999 р. № 991-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 40. – Ст. 363. 3. Про інноваційну діяльність : Закон України від 04.07.2002 р. № 40-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 36. – Ст. 266. 4. Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні : Закон України від 16.01.2003 р. № 433-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 13. – Ст. 93. 5. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України від 14.09.2006 р. № 143-V // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 45. – стор. 1479. – Ст. 434. 6. Про наукові парки : Закон України від 25.06.2009 р. № 1563-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 51. – стор. 1859. – Ст. 757. 7. Положення про порядок створення і функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 22.05.1996 р. № 549 // Режим доступу : www.rada.gov.ua 8. Порядок формування, експертизи та обговорення пріоритетних напрямів інноваційної діяльності : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 17.07.2003 р. № 1094 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 30. – стор. 101. – Ст. 1536. 9. Положення про Комісію з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 06.08.2003 р. № 1219 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 32. – стор. 108. – Ст. 1706. 10. Порядок державної реєстрації інноваційних проектів і ведення Державного реєстру інноваційних проектів : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 17.09.2003 р. № 1474 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 38. – стор. 42. – Ст. 2031. 11. Положення про Міністерство освіти і науки України : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 19.12.2006 р. № 1757 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 51. – стор. 136. – Ст. 3410. 12. Порядок проведення державної акредитації фізичних та юридичних осіб на провадження на постійній та/або професійній основі посередницької діяльності у сфері трансферу технологій : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26.06.2007 р. № 861 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 48. – Ст. 1964. 13. Про передачу МОН повноважень на затвердження порядку ведення Державного реєстру договорів про трансфер технологій : розпорядження Кабінету Міністрів України від 06.02.2008 р. № 252-р // Урядовий кур'єр. – 2008. – № 28. 14. Положення про Державний комітет інформатизації України : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26.03.2008 р. № 272 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 25. – стор. 71. – Ст. 791. 15. Порядок погодження рішення про створення наукового парку : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 03.02.2010 р. № 93 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 8. – стор. 126. – Ст. 393. 16. Положення про Державне агентство України з інвестицій та розвитку : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 17.05.2010 р. № 356 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 38. – стор. 10. – Ст. 1280. 17. Положення про Державний комітет з питань науково-технічного та інноваційного розвитку : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 31.05.2010 р. № 376 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 41. – стор. 13. – Ст. 1336. 18. Порядок використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду для державної підтримки реалізації інноваційних та інвестиційних проектів у реальному секторі економіки, у тому числі через механізм здевелювання кредитів : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 16.06.2010 р. № 476 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 46. – стор. 25. – Ст. 1505. 19. Порядок та умови надання у 2010 році державних гарантій щодо виконання боргових зобов'язань за запозиченнями суб'єктів господарювання державного сектору економіки, залученими для фінансування інвестиційних, інноваційних, інфраструктурних та інших проектів розвитку, які мають стратегічне значення та реалізація яких сприятиме розвитку економіки України, в тому числі імпортозамінних і експорторієнтованих галузей : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 30.06.2010 р. № 567 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 51. – стор. 50. – Ст. 1704. 20. Про утворення Державного комітету України з питань науки, інновацій та інформатизації : постанова Кабінету Міністрів України від 05.07.2010 р. № 548 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 51. – стор. 21. – Ст. 1689. 21. Положення про Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації : Затв. постановою Кабінету Міністрів України від 21.07.2010 р. № 675 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 58. – стор. 128. – Ст. 2025. 22. Порядок ведення Державного реєстру технопарків та інноваційних структур інших типів : Затв. наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 30.10.1998 р. № 281 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 46. – стор. 230. 23. Методика проведення експертизи стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня : Затв. наказом Міністерства освіти і науки України, Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України, Міністерства промислової політики України, Міністерства аграрної політики України, Міністерства фінансів України, Національної академії наук України від 23.12.2003 р. № 840/382/528/459/688/513 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 4. – стор. 176. – Ст. 146. 24. Порядок державної реєстрації договорів про трансфер технологій та ведення Державного реєстру договорів про трансфер технологій : Затв. наказом Міністерства освіти і науки України від 14.05.2008 р. № 409 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 39. – стор. 85. – Ст. 1313. 25. Порядок конкурсного відбору інноваційних та інвестиційних проектів у реальному секторі економіки для їх державної підтримки у 2010 році за рахунок коштів Стабілізаційного фонду : Затв. наказом Державного агентства України з інвестицій та розвитку від

10.08.2010 р. № 39 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 63. — стор. 172. — Ст. 2206. 26. Порядок конкурсного відбору інвестиційних, інноваційних, інфраструктурних та інших проектів розвитку з метою надання у 2010 році державних гарантій для їх фінансування : Затв. наказом Державного агентства України з інвестицій та розвитку від 10.08.2010 р. № 40 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 63. — стор. 181. — Ст. 2207. 27. Актуальні проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні / [ред. Н. М. Мироненко]. — Київ — Тернопіль : Підручники і посібники, 2008. — 368 с. 28. Атаманова Ю. До питання про правові режими інноваційної діяльності / Ю. Атаманова // Право України. — 2010. — № 8. — С. 72–79. 29. Атаманова Ю. Є. Основні проблеми системного господарсько-правового регулювання відно-

син в інноваційній сфері : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.04 "Господарське право; господарсько-процесуальне право" / Ю. Є. Атаманова; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2009. — 38 с. 30. Вінник О. М. Господарське право / Вінник О. М. — К. : Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2009. — 766 с. 31. Ворона Д. М. Формування та реалізація державної інноваційної політики : галузевий аспект : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. управління : спец. 25.00.02 "Механізми державного управління" / Д. М. Ворона; Донецький державний університет управління. — Запоріжжя, 2008. — 23 с.

Надійшла до редколегії 20.10.10

УДК 347.961

Н. Васирина, асист.

ПРОФЕСІЙНИЙ РИЗИК У НОТАРІАЛЬНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті аналізуються теоретичні аспекти професійного ризику в нотаріальній діяльності.

Ключові слова: професійний ризик, нотаріальна діяльність, професійна нотаріальна діяльність, винна відповідальність нотаріуса, безвинна відповідальність нотаріуса, страхування цивільно-правової відповідальності приватного нотаріуса.

В статье анализируются теоретические аспекты профессионального риска в нотариальной деятельности.

Ключевые слова: профессиональный риск, нотариальная деятельность, профессиональная нотариальная деятельность, виновная ответственность нотариуса, безвиновная ответственность нотариуса, страхование гражданской ответственности нотариуса.

Theoretical aspects of occupational hazard in notary action is analyzed in article.

Key words: occupational hazard, notary action, professional notary action, delinquent amenability of notary, innocent amenability of notary, insurance the civil responsibility of private notary.

Актуальність теми дослідження обумовлена важливістю визначення ознак і поняття професійного ризику в нотаріальній діяльності з метою наукового обґрунтування умов притягнення нотаріусів до відповідальності.

Перш за все необхідно зазначити, що поширеність поняття "ризик" має місце застосування багатьма галузями науки. Цю проблему у своїх роботах розглядали В. Абчук, А. Альгін, П. Бернштейн, М. Бондарчук, П. Ваганов, Д. Варламов, М. Гринберг, Д. Гродзинський, В. Крошко, Р. Майданик, В. Маршал, П. Мельник, С. Мягков, В. Ойгензіхт, А. Омельченко, В. Петровський, Р. Познер, В. Танаев, І. Тімуш, В. Столбовий, М. Чухваєв, О. Ястремський та ін.

Разом із цим, ризик у професійній діяльності нотаріуса продовжує залишатися поза увагою науковців, не отримуючи належного висвітлення в теорії професійний ризик нотаріуса не знаходить свого врахування в судовій та нотаріальній практиці.

Визначення ознак і поняття професійного ризику нотаріусів необхідно розпочати з тлумачення самого терміна "ризик". Тлумачним словником української мови, ризик визначається як усвідомлення можливості небезпеки; сміливий вчинок зі сподіванням успіху; можливість невдачі або збитків у якійсь справі [1, 687]. Етимологія "ризик" вже аналізувалася в науковій літературі [2, 25–26], і за висновком науковців "ризик визначається переважно за допомогою термінів, які мають негативний відтінок" [3, 26]. Відтак, зважаючи на тему нашого дослідження пропонується дослідити саме поняття "професійного ризику".

Традиційно "професійний ризик" прийнято пов'язувати із імовірністю порушення здоров'я в результаті несприятливого впливу професійних факторів з урахуванням важкості наслідків, що виникають. Сутність професійного ризику полягає в тому, що втрата працездатності до повноцінного існування пов'язана з тимчасовою або постійною непрацездатністю через професійне захворювання або виробничу травму [4]. Сфера дії управлінських впливів у контексті професійного ризику охоплює вибір пріоритетів, рішень і дій по попередженню й усуненню причин виробничого травматизму й порушення здоров'я, профіла-

ктиці нещасних випадків, професійної й виробничо-обумовленій захворюваності.

Одночасно існує і інше бачення професійного ризику зокрема, в широкому та вузькому його розумінні. Широке розуміння професійного ризику, вважається притаманним будь-яким видам професійної економічної діяльності спрямований на подолання невизначеності у ситуації неминучого вибору, що може призвести до шкідливих господарських наслідків. У вузькому розумінні професійний ризик представляється як імовірнісного характеру небезпека настання негативних наслідків для оточуючих, яка об'єктивно притаманна певним видам господарської (професійної) діяльності (медицина, педагогіка тощо) [5, 128].

З метою окреслення основних ознак професійного ризику нотаріуса необхідно визначитися, що саме слід визнавати професійною діяльністю нотаріуса.

Чинне законодавство про нотаріат не дає нормативного визначення ані поняттю "нотаріальна діяльність", ані "професійна нотаріальна діяльність".

Відповідно до статті 1 Закону "Про нотаріат" [6] нотаріатом в Україні визнається система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Радзівська Л.К., Пасічник С.Г. пропонують визначати за цим поняттям суб'єктивну та об'єктивну сторони діяльності нотаріату, при цьому, суб'єктивна сторона вказує на систему органів та посадових осіб яким делеговані повноваження по вчиненню нотаріальних дій та дій, що до них прирівняні, а об'єктивна сторона вказує на повноваження нотаріальних органів та посадових осіб стосовно кола тих дій, на вчинення яких вони уповноважені законом [7, 7–8]. На думку, Мельник І.С. нотаріальну діяльність за її сутністю слід вважати юридичною процедурою [8, 67]. Позиція Баранкової В.В та Комарова В.В. полягає у визначенні нотаріальної діяльності лише як виду державної діяльності, здійснюваної у визначеному процесуальному порядку [9, 87].

Зазначена позиція є виправданою, виходячи зі змісту наведеного поняття нотаріату в Україні. Разом із

чим, вважаємо, що зміст нотаріальної діяльності не обмежується лише вчиненням нотаріальних дій. Отримуючи право на здійснення нотаріальної діяльності в порядку встановленому законом, нотаріус отримує право на облаштування робочого місця нотаріуса; відкриття рахунків, у тому числі депозитного в якості способу виконання зобов'язань боржників; гарантії здійснення нотаріальної діяльності; вчинення нотаріальних дій, складання проектів договорів і заяв, виготовлення копії документів та виписок із них, а також надання роз'яснень з питань вчинення нотаріальних дій і консультації правового характеру; витребування від підприємств, установ і організацій відомості та документів, необхідні для вчинення нотаріальних дій; одержання плати за надання консультації правового характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями та за вчинення приватними нотаріусами нотаріальних дій, за надання додаткових інформаційно-технічних послуг; керівництво стажуванням тощо. Зазначені права нотаріуса кореспондуються із його обов'язками зокрема, нотаріус позбавлений права на здійснення своєї діяльності без проведення, в порядку встановленому законом, сертифікації обладнаного ним, робочого місця, а право на вчинення нотаріальних дій із здійсненням своїх професійних обов'язків відповідно до Закону України "Про нотаріат" і принесеної присяги [10] тощо. При цьому, здійснення нотаріальної діяльності виключає для нотаріуса можливість мати додаткові джерела доходів окрім, наукової та викладацької у вільний від основної роботи час [11], що дає нам право говорити про здійснення нотаріальної діяльності виключно на *професійній основі*. Професійна діяльність нотаріуса як і будь-яка інша, визначається характером і метою здійснюваних ним професійних функцій. Їх досягнення залежить від рівня професіоналізму нотаріуса, організації власної професійної діяльності, професійного досвіду, якості виконання ним своїх професійних функцій, а також *ступеня мінімізації професійного ризику*.

Відповідно до статті 27 Закону України "Про нотаріат" [12] шкода, заподіяна особі внаслідок незаконних дій або недбалості приватного нотаріуса, відшкодовується в повному розмірі. Зважаючи на те, що зазначений закон не надає нам визначення тому, що саме слід розуміти під незаконною дією та недбалістю приватного нотаріуса вважаємо дослідження цього питання є достатньо актуальним та важливим для правильного умовиводу *щодо визнання професійного ризику нотаріуса як умови його відповідальності*.

Аналіз українського законодавства свідчить про те, що відповідальність внаслідок недбалості притаманна лише кримінальному законодавству і має вираз у невиконанні або неналежному виконанні службовою особою своїх службових обов'язків через *несумлінне ставлення до них*, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб [13]. Якщо застосовувати аналогію то можна дійти наступних висновків.

З об'єктивної сторони недбалість нотаріуса має характеризуватися наявністю трьох ознак у їх сукупності: 1) дія або бездіяльність нотаріуса; 2) настання наслідків у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам окремих юридичних осіб; 3) причинний зв'язок між вказаним діями (бездіяльністю) та шкідливими наслідками. Крім того, недбалість може проявлятися у формі або злочинною самовпевненістю, тобто, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків сво-

го діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення, або злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити [14]. При цьому, відповідальність має настати лише у випадку, якщо дії, невиконання чи неналежне виконання яких спричинило передбачені статтею 367 Кримінального кодексу України наслідки, входили до кола службових обов'язків особи, іншими словами, якщо обов'язок діяти відповідним чином закріплений відповідним юридичним актом (законом, указом, постановою, наказом, інструкцією тощо), а відтак входив до кола її службових повноважень. Для наявності складу службової недбалості слід встановити, що особа мала реальну можливість виконати належним чином свої обов'язки.

При службовій недбалості за наявності об'єктивної можливості діяти так, як того вимагають інтереси служби, особа безвідповідально, неякісно ставиться до виконання своїх обов'язків, у зв'язку з чим виконує їх *неналежним чином (поверхово, неуважно, несумлінно) або взагалі не виконує*.

Шкода, заподіяна через недосвідченість, недостатню кваліфікацію службової особи або з інших обставин, що не залежали від неї і не давали можливості справитись належним чином з роботою, не дають підстав говорити про наявність злочинної службової недбалості. Слід зазначити, що службова недбалість – це єдиний злочин у сфері службової діяльності, який вчинюється тільки з необережності.

Незаконною дією нотаріуса, виходячи з загальновідомих суджень, слід вважати дію спрямовану на порушення вимог чинного законодавства. Така дія здійснюється незаконним способом (наприклад, шляхом підкупу або навпаки отримання незаконного доходу тощо) або спрямована на досягнення незаконної мети (наприклад, має за мету отримання сертифікації робочого місця нотаріуса, внесення даних до Єдиного державного реєстру спадкових справ щодо неіснуючого заповіту тощо).

Зважаючи на викладене вважаємо, що передбачене статтею 27 Закону України "Про нотаріат" відшкодування шкоди можливе лише за умови доведення винних дій нотаріуса, що виявлені у формі умислу чи необережності, а відтак, висновком є те, що зазначена норма закону *визначає в якості підстав для відшкодування лише винну відповідальність*.

Важливим для цього дослідження є також і те, що законодавець окремо від визначених статтею 27 Закону "Про нотаріат" підстав відшкодування шкоди встановлює статтею 28 цього ж закону, положення щодо страхування цивільно-правової відповідальності приватного нотаріуса задля забезпечення відшкодування заподіяної *внаслідок вже вчиненої нотаріальної дії шкоди* [15]. Одночасно зазначається, що держава не несе відповідальності за шкоду, заподіяну *неправомірними діями* приватного нотаріуса при здійсненні ним нотаріальної діяльності.

На відміну від кримінального права теорія цивільного права визначає тричленний поділ вини на види: умисел, необережність – проста і груба. Умисел на відміну від необережності, включає елемент наміру порушення власних зобов'язань. Необережність в свою чергу розглядається як результат недотримання певних вимог зокрема, обачливості, уважності тощо внаслідок чого і допущено неналежне виконання зобов'язань. Обсяг цих вимог визначається в залежності від характеру професійної діяльності, результатом якої і стало заподіяння збитків, а також конкретної ситуації та індивідуальних особливостей самої особи, яка завдала цих збитків.

Доктрина цивільно-правової відповідальності визнає дві самостійні передумови її виникнення під час вчинення правопорушення: діяльність, пов'язана відносинами з використанням техніки чи здійснення певних видів діяльності, з встановленою додатковою відповідальністю та неналежна поведінка суб'єкта правопорушення (на засадах вини) [16, 137].

Професійна діяльність нотаріуса передбачає посвідчення прав, а також фактів, що мають юридичне значення, а також вчинення інших нотаріальних дій, з метою надання їм юридичної вірогідності. В свою чергу, посвідчення прав та фактів, що мають юридичне значення, а також вчинення інших, визначених законом, нотаріальних дій вимагає високого рівня професіоналізму [17]. Разом із цим, навіть самий високий рівень професійності та освіченості нотаріуса не забезпечує його від можливих шахрайських дій інших зацікавлених осіб. Крім того, відповідно до статті 44 Закону України "Про нотаріат" при вчиненні певних видів нотаріальних дій зокрема, посвідченні правочинів, нотаріус зобов'язаний з'ясувати обсяг цивільної дієздатності осіб, які до нього звернулися. При цьому, на необхідності мати визначений законом обсяг цивільної дієздатності як необхідної для чинності правочину, умови наголошує і стаття 203 Цивільного кодексу України. Відтак, нотаріус зобов'язаний з'ясувати обсяг цивільної дієздатності особи, яка до нього звернулася за вчиненням нотаріальної дії, не маючи при цьому, реальних механізмів проведення таких з'ясувань. Зазвичай, такі з'ясування провадяться шляхом витребування паспорту для встановлення віку особи та особистості з нею бесіди, що як ми розуміємо не гарантує учасників цього правочину від ризику визнання його нечинним зокрема, з цих підстав.

Тобто, ми можемо говорити про те, що професійний ризик нотаріуса визначається для нього саме обов'язком вчинення нотаріальних дій у випадках встановлених законом. Відтак мова може йти саме про правомірну поведінку нотаріуса в стані професійного ризику, а

відшкодування шкоди в цьому випадку тягне майнову відповідальність всієї *нотаріальної спільноти за рахунок, утвореного нею фонду відшкодування*.

1. Тлумачний словник української мови: понад 12 500 статей / За ред. д-ра філософських наук, проф. В.С. Калашника. — Х.: Прапор, 2003. — 992 с. 2. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник // Відп. ред. Р.А. Майданик. — К.: Юстініан, 2007. — 912 с. (Серія "Аномалії цивільного права"). 3. Там само. 4. Інструкції щодо визначення допустимих термінів роботи працюючих у шкідливих умовах, наказ МОЗ України, Санітарно-епідеміологічна служба НАК від 12.12.2006 N 820 [Електронний ресурс]: Законодавство України // Верховна Рада України (офіційний веб-сайт). — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>. 5. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник // Відп. ред. Р.А. Майданик. — К.: Юстініан, 2007. — 912 с. (Серія "Аномалії цивільного права"). 6. Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 р. // Срух А.М. Круковес Н.В. Козьяков Ю.М. Довідник нотаріуса. Вип.3. Нормативні документи — К.: Видавництво Істина. — 2001. — 448 с.; Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат". Закон України від 01.10.2008 №614-VI // <http://zakon1.rada.gov.ua>. 7. Л.К. Радзієвська, С.Г. Пасічник Нотаріат в Україні: Навчальний посібник. — К.: Юрінком Інтер. — 2001. 8. Мельник І.С. Правове регулювання нотаріального провадження щодо опротестування векселя: дис. кандидата юр. наук: 12.00.03 / Мельник Ірина Степанівна. — К., 2008. — 236 с. 9. Нотаріат в Україні: Підручник / За ред. В.В. Комарова. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 320 с. 10. Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 р. // Срух А.М. Круковес Н.В. Козьяков Ю.М. Довідник нотаріуса. Вип.3. Нормативні документи — К.: Видавництво Істина. — 2001. — 448 с.; Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат". Закон України від 01.10.2008 №614-VI // <http://zakon1.rada.gov.ua>. 11. Там само. 12. Там само. 13. Кримінальний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2001. — №21. — Ст. 290. 14. Там само. 15. Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 р. // Срух А.М. Круковес Н.В. Козьяков Ю.М. Довідник нотаріуса. Вип.3. Нормативні документи — К.: Видавництво Істина. — 2001. — 448 с.; Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат". Закон України від 01.10.2008 №614-VI // <http://zakon1.rada.gov.ua>. 16. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник // Відп. ред. Р.А. Майданик. — К.: Юстініан, 2007. — 912 с. (Серія "Аномалії цивільного права"). 17. Круковес Н.В. Професійність нотаріусів як гарантія захисту прав власності при наданні правової допомоги // Збірник наукових праць НА СБУ. — 2008. — №21. — С.90 — 94. 18. Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 р. // Срух А.М. Круковес Н.В. Козьяков Ю.М. Довідник нотаріуса. Вип.3. Нормативні документи — К.: Видавництво Істина. — 2001. — 448 с.; Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат". Закон України від 01.10.2008 №614-VI // <http://zakon1.rada.gov.ua>.

Надійшла до редколегії 20.10.10

Л. Паламарчук, канд. юрид. наук, доц.

ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ПОРУШЕНЬ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ЩОДО НЕЗАКОННОГО ВІДТВОРЕННЯ ТА РОЗПОВСЮДЖЕННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ

Використання спеціальних знань при розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм має ряд особливостей, це пов'язано з предметом посягання. У статті висвітлено основні форми використання спеціальних знань при розслідуванні цих порушень.

Ключові слова: розслідування порушень авторського права, незаконне відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм.

Использование специальных знаний при расследовании нарушений авторского права касательно незаконного отображения и распространения компьютерных программ имеет ряд особенностей, это связано с предметом посягательства. В статье освещаются основные формы использования специальных знаний во время расследования этих нарушений.

Ключевые слова: расследование нарушений авторского права, незаконное отображение и распространение компьютерных программ.

The usage of special knowledge during the investigation of violation of author's right such as illegal reflection and spreading of computer programs has a number of peculiarities. It deals with the subject of infringement. The main forms of usage of special knowledge during the investigation of there violations are singled out in this article.

Key words: investigation of violation of author's right, illegal reflection and spreading of computer programs.

Необхідність використання спеціальних знань у справах про порушення авторських прав щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм обумовлена перш за все, специфікою предмета злочинного посягання і способом скоєння злочинів у справах означеної категорії. У зв'язку з цим слідчий об'єктивно вимушений запрошувати відповідних спеціалістів для надання допомоги при розслідуванні таких злочинів. Така необхідність викликана також тим, що

під час розслідування виникає ціла низка спеціальних завдань, у вирішенні яких слідчому може надати допомогу особа, яка володіє певними знаннями, навичками і досвідом діяльності у сфері комп'ютерних технологій. Наприклад, виявивши в процесі проведення слідчих дій об'єкт, який дуже схожий на магнітний носій інформації у вигляді дискети. Не кожен слідчий або співробітник органу дізнання може самостійно визначити, що це машинний носій інформації, не кажучи про визначення

стану поверхні магнітного стану, чи використання його в процесі обробки інформації або типу інформації, яка зберігається на ньому.

Перш ніж перейти до розгляду форм використання спеціальних знань при розслідуванні незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм, необхідно визначити специфічні об'єкти, за якими проводяться дослідження, де використовуються спеціальні знання. До таких об'єктів відносяться: 1) комп'ютери, системи, комп'ютерні мережі і мережі електрозв'язку, а також окремі їх елементи; 2) периферійні та комплектуючі пристрої комп'ютерів, систем, комп'ютерних мережі та мереж електрозв'язку, а також пристрої, які забезпечують комунікаційні властивості комп'ютерної техніки; 3) машинні носії інформації – жорсткі (вінчестер), магнітні та оптичні диски; 4) комп'ютерна інформація і програмне забезпечення інформаційних процесів в автоматизованих системах; 5) документація, де визначений порядок відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм; 6) документація, що підтверджує належність авторських прав на конкретну комп'ютерну програму.

У процесі розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм часто виникають питання, які вимагають спеціальних неюридичних знань. Процесуальними формами використання спеціальних знань є: 1) безпосереднє використання їх слідчим, прокурором (у тому числі криміналістом) і складом суду при виконанні своїх процесуальних функцій збирання, дослідження та оцінки доказів; 2) участь спеціалістів при проведенні слідчих дій (ст. 128¹ КПК України); 3) призначення і провадження судових експертиз (ст. ст. 75, 76, 196, 206 КПК України) [1, с.50-51].

Найбільш розповсюдженою формою застосування спеціальних знань у кримінальному процесі є судова експертиза (ст. 75 КПК України). Проблема проведення криміналістичних експертиз у досліджуваній предметній області пов'язана насамперед з відсутністю науково відпрацьованих і апробованих методик їх проведення.

При вирішенні питання про призначення експертизи, слідчий повинен керуватися не тільки кримінально-процесуальним законодавством, але й рекомендаціями криміналістичної науки: а) вирішуючи питання про необхідність і доцільність призначення експертизи, слідчий повинен з'ясувати, чи не буде більш раціональним встановити даний факт за допомогою інших джерел доказів; б) прийнявши рішення про призначення експертизи, слідчий повинен правильно встановити її вид, сформулювати питання, які потрібно вирішити і забезпечити надання експерту відповідних матеріалів справи; в) речові докази з моменту їх вилучення і до представлення на експертизу повинні зберігатися з дотриманням правил, що виключають їх заміну, пошкодження або втрату, г) у розпорядженні експерта повинні бути представлені у необхідній кількості якісні порівняльні зразки, що відповідають досліджуванім об'єктам по якомога більшій кількості ознак, включаючи час, умови походження тощо; д) при формулюванні питань, які виносяться на вирішення експерта, слід чітко визначити конкретне завдання і безпосередній об'єкт дослідження, не допускаючи включення у постанову про призначення судової експертизи завдань та обставин, які не мають відношення до справи; е) при направленні речових доказів та інших матеріалів справи на експертизу повинні бути дотримані усі правила упаковки і пересилки, що забезпечують їх зберігання, цілісність і доставка у відповідний підрозділ у незмінному вигляді.

При розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм призначаються такі види експертиз:

п'ютерних програм призначаються такі види експертиз: дактилоскопічна, почеркознавча, товарознавча, експертиза металів та сплавів, експертиза комп'ютерної техніки та програмних продуктів, бухгалтерська та експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності [2, с.52]. Стосовно почеркознавчої, дактилоскопічної та бухгалтерської експертизи необхідно зазначити, що вони є розповсюдженими і серйозних проблем при їх призначенні у матеріалах справ не виникає. Відносно інших перелічених експертиз виникають проблеми як теоретичного, так і практичного характеру. По-перше, у деяких слідчих при призначенні експертиз спостерігається відсутність знань відносно завдань, що вирішуються експертизою комп'ютерної техніки та програмних продуктів та експертизою, яка пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності. По-друге, більшість слідчих не використовують усі можливості судових експертиз для отримання доказів. Це стосується технічної експертизи документів, товарознавчої, експертизи металів і сплавів. По-третє, слідчі неправильно визначають порядок проведення експертиз при необхідності проведення кількох експертних досліджень.

Причинами таких проблем є специфічність об'єкта експертного дослідження у справах цієї категорії; відсутність чітких розробок і детально відпрацьованих методик експертних досліджень, пов'язаних з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності [3, с.125].

Зазначимо, що у судовій експертології в період становлення експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів, постає проблема визначення обсягу спеціальних знань якими повинен володіти фахівець, що залучається як спеціаліст або експерт при розслідуванні цього виду злочину. Комплекс експертиз, які призначаються під час розслідування порушень авторського права щодо відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм буде змінюватися залежно від способу та механізму скоєння злочину.

У більшості досліджуваних справ, порушених за ознаками складу злочину, передбаченого ст. 176 КК України, об'єктом експертизи є машинні носії комп'ютерних програм, а також спеціальне обладнання, призначене для тиражування, упаковки та виготовлення поліграфічної продукції, яка використовується для оформлення машинного носія комп'ютерної продукції.

При призначенні експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів стосовно машинних носіїв інформації можуть вирішуватися питання діагностичного та ідентифікаційного характеру. До завдань діагностичного характеру належать: визначення найбільш важливих властивостей та ознак об'єкта для того, щоб встановити, чи є він машинним носієм інформації; встановлення технічного стану машинного носія інформації; з'ясування питання про функціонування такого носія та його призначення. До завдань ідентифікаційного характеру належать: виявлення комп'ютерної інформації та визначення її статусу; з'ясування механізмів запису на машинний носій для можливості ідентифікації при розслідуванні незаконного тиражування та розповсюдження комп'ютерних програм.

Важливою судовою експертизою при розслідуванні незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм є експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності. До неї відносяться дослідження об'єктів авторського права (якою і є комп'ютерна програма) та економічні дослідження, пов'язані з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності. Основними завданнями при призначенні експертизи є: а) встановлення ознак,

характерних для контрафактної продукції; б) встановлення обладнання на якому була виготовлена ця продукція; в) визначення ціни легітимного примірника, аналогічного за змістом досліджуваному.

Не менш важливою для розслідування незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм є товарознавча експертиза, яка може бути призначена у випадках незаконного тиражування комп'ютерних програм. Завданнями товарознавчої експертизи у межах доведення порушення авторського права є встановлення: відповідності товарних характеристик досліджуваних примірників комп'ютерних програм базовим даним; відповідності (невідповідності) об'єктів маркувальним даним; відповідності (невідповідності) якісних характеристик контрафактних примірників стандартним вимогам тощо [4, с.30-31]. Об'єктами дослідження при провадженні експертизи є контрафактні примірники комп'ютерних програм, зразки авторської продукції для порівняльного дослідження та інша інформація.

На сучасному етапі розвитку засобів комп'ютерних та інформаційних технологій актуальною є проблема пошуку та залучення спеціалістів для надання допомоги слідчому. Зрозуміло, що при такому інтенсивному розвитку вказаних технологій слідчий не має можливості стежити за всіма технологічними змінами в цій сфері. Інформаційні технології досить різноманітні, і тому вибір спеціалістів для розв'язання певних завдань складний. Зокрема, до вилучення технічних засобів може залучатися спеціаліст, який знає елементи та пристрої обчислювальної техніки і систем управління, обізнаний із принципами функціонування автоматизованих систем управління. Необхідність участі спеціалістів в області комп'ютерних технологій при розслідуванні незаконних відтворень та розповсюдженнь комп'ютерних програм пояснюється технологічною складністю більшості комп'ютерних систем і ризиком випадкової втрати комп'ютерної інформації в результаті некваліфікованих дій учасників слідчих дій.

Велику допомогу може надати спеціаліст при підготовці, організації та проведенні слідчих дій. Спеціальні знання спеціаліста використовуються: для наукового консультування слідчого з питань визначення "комп'ютерної" специфіки слідчої дії, цілей, способів і прийомів їх досягнення; для надання допомоги слідчому в підборі поняттях, що мають відповідну підготовку в галузі комп'ютерних технологій для адекватного сприйняття ними проведених слідчих і спеціалістом дій [5, с.78].

Стосовно безпосередньої практичної діяльності спеціаліста при проведенні слідчих дій можна зазначити, що така діяльність набуває особливого значення, адже розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм пов'язане з відносно складною технологією виробництва контрафактних примірників комп'ютерних програм, експлуатацією комп'ютерної техніки. Найчастіше на місці події, спеціаліст під керівництвом слідчого при безпосередньому огляді машинних носіїв комп'ютерної інформації, копіювального обладнання та інших технічних пристроїв може точно описати таке обладнання, а також визначити статус об'єкта як машинного носія інформації, його стан, призначення та особливості; дослідити комп'ютерну інформацію, а саме комп'ютерну програму – повну назву, версію; виявити ознаки та сліди відтворення комп'ютерних програм; вжити допоміжних заходів щодо виявлення, фіксації та вилучення речових доказів; коректно завершити роботу програм; надати допомогу слідчому в підготовці засобів комп'ютерної техніки до транспортування [6, с.80].

При допиті спеціаліст допоможе слідчому зрозуміти професійну "комп'ютерну" технологію, правильно сформулювати запитання до осіб, що допитуються. Спеціаліст, з дозволу слідчого, може сам ставити запитання, чим допоможе більш кваліфіковано провести допит і зрозуміти суть обставин скоєння незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм.

Особливо актуальним при порушенні кримінальної справи за матеріалами попередньої перевірки є питання дослідження спеціалістом контрафактних примірників комп'ютерних програм. При вирішенні питання щодо вилучення технічних засобів може залучатися спеціаліст, який знає елементи та пристрої обчислювальної техніки і систем управління, знайомий з питаннями функціонування автоматизованих систем управління. Для встановлення фактів проникнення в автоматизовані системи він повинен володіти необхідними знаннями в області математичного забезпечення обчислювальних систем та організації обчислювальних процесів. При дослідженні автоматизованих систем та їх мереж, спеціаліст повинен орієнтуватися в питаннях що стосуються математичного і програмного забезпечення обчислювальних комплексів, систем та мереж, мати знання про локальні, регіональні та глобальні мережі, вузли зв'язку та розподіл інформації.

Необхідно зазначити, що пошук таких спеціалістів потрібно проводити завчасно на підприємствах та організаціях, які здійснюють обслуговування та експлуатацію комп'ютерної техніки в навчальних та науково-дослідних закладах. В окремих випадках до співпраці можуть бути залучені співробітники тієї організації, в комп'ютери котрих було проникнення. Зарубіжний досвід свідчить, що замах на інформацію найчастіше здійснюють співробітники організації, де виконуються інформаційні процеси. У жодному випадку, навіть як виняток, не слід привертати до співпраці співробітників тієї організації де відбувається незаконне відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм. Це пояснюється тим, що, виходячи з електромагнітної природи носіїв інформації, які використовуються в комп'ютерній техніці, інформація, що знаходиться на них, може бути повністю втрачена. Носії інформації баз даних, що містяться на них, втрачають своє доказове значення.

Консультативна допомога слідчому виражається в усних роз'ясненнях, надання довідок з спеціальних питань, що можуть виникнути або виникають при підготовці, проведенні слідчих дій, роботі з доказами та процесуальному оформленні їх результатів. Консультації, які надаються спеціалістом під час його участі в проведенні слідчих дій, відрізняються від консультацій, наданих поза їх виконанням. Надання консультацій в ході проведення слідчої дії є невід'ємною частиною практичної діяльності спеціаліста і повністю охоплюється такою формою використання спеціальних знань як участь спеціаліста у проведенні слідчих дій. У протоколі слідчої дії повинні вказуватися всі істотні для справи обставини, встановлені під час її проведення.

Якщо спеціалісти безпосередньо не брали участі в проведенні слідчих дій в процесі яких були виявлені машинні носії інформації або сама інформація, тоді виникає необхідність терміново звернутися до цих осіб після закінчення проведення слідчої дії та одержати консультації щодо подальших напрямків дослідження вилучених об'єктів. Спеціалісти можуть не тільки діагностувати одержані об'єкти, але й надати консультації як правильно їх зберігати та використовувати.

В процесі розслідування порушень авторського права щодо відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм слідчий може самостійно застосовувати в сво-

їй діяльності будь-які спеціальні знання та науково-технічні засоби, якщо він вважає, що достатньо ними володіє для вирішення конкретних питань. В інших випадках він повинен залучати спеціаліста та експерта або коли їх участь на досудовому слідстві є обов'язковою за законом.

Саме таким шляхом іде практика застосування слідчими спеціальних знань, що повністю відповідає процесуальному становищу слідчого та оправдано з точки зору його відповідальності за кінцеві результати досудового слідства.

Слід зазначити, що на сьогоднішній день в Україні не існує спеціальних експертних підрозділів, які б проводили експертизи носіїв машинної інформації, програмного забезпечення, баз даних та апаратного забезпечення комп'ютерів. У зв'язку з цим вони можуть призна-

чатися спеціалістам, які працюють в інформаційних центрах, навчальних та науково-дослідних закладах, в організаціях, які займаються розробкою програмного та апаратного забезпечення для комп'ютерів.

1. Лисиченко В.К., Циркаль В.В. Использование специальных знаний в следственной и судебной практике: Учебное пособие. – К.: КГУ, 1987. – С. 50-51.
2. Погуляев В.В. Роль эксперта и специалиста в расследовании нарушений исключительных прав // Право и экономика. – 2004. – № 7. – С. 51.
3. Глушенко В.С. Застосування судової експертизи при розслідуванні злочинних порушень авторського та суміжних прав // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С.125.
4. Галанов В.О., Грищенко Л.Л. Взаимодействие органов следствия и дознания в процессе расследования нарушений авторских прав в области контрафактной продукции // Следователь. – 2003. – № 2. – С. 30-31.
5. Россинская Е.П., Усов А.И. Судебная компьютерно-техническая экспертиза. – М.: Право и закон, 2001. – С. 78.
6. Там саме. – С. 80.

Надійшла до редколегії 20.10.10

К. Яцино, асп.

МІСЦЕ СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА В СИСТЕМІ ІНШИХ ГУМАНІТАРНИХ ДИСЦИПЛІН

Стаття присвячена науці соціології права, її предмету та визначенню місця серед інших гуманітарних наук. Автор намагається простежити і дати комплексну ґрунтовну відповідь на зв'язок соціології права з юридичною та соціологічною науками. Аналіз різних вчених підходів та предмету соціології права дасть змогу віднайти достойне місце цієї галузі знань у вітчизняній науковій доктрині.

Ключові слова: соціологія права, предмет соціології права.

Статья посвящена науке социологии права, ее предмету и месту среди других гуманитарных наук. Автор пытается проследить и дать комплексный обстоятельный ответ на связь социологии права с юридической и социологической науками. Анализ различных ученых подходов и предмета социологии права даст возможность найти достойное место этой области знаний в отечественной научной доктрине.

Ключевые слова: социология права, предмет социологии права.

The article tells about the science of sociology of law, its object and determine where among other humanities. The author tries to trace the complex and give us a substantial response to the sociology of law with a legal and social science. Analysis of various scientific approaches and subject matter of sociology of law will help to find a dignified place this branch of knowledge in domestic scientific doctrine.

Key words: sociology of law, object to the sociology of law.

З появою такої науки як соціологія права, нагальним постало питання про визначення її місця та статусу в системі інших гуманітарних наук, зокрема її співвідношення з загальною теорією права та загальною соціологією. Дискусії про природу, предмет, об'єкт і місце соціології права серед інших соціальних і юридичних дисциплін відбувається і в нашій країні, і в країнах ближнього і далекого зарубіжжя. Актуальність теми наукової статті пов'язана з тим, що до недавнього часу в юридичній та соціологічній науках сформувалися такі погляди на проблему статусу соціології права та місця її серед інших гуманітарних наук: 1) Соціологія права є допоміжною дисципліною в межах правознавства (К. Левеллін, А. Нусбаум та ін.); 2) Соціологія права є різновидом загальної теорії права або входить до його невід'ємної частини (Е. Дюркгейм, В. Лунштодт, Н. Луман, А. Хегерстрем та ін.); 3) Соціологія права розглядається як галузь загальної соціології або ж як самостійна соціологічна дисципліна (Є. Ерліх, Р. Кенінг, М. Вебер, Ж. Гурвич та ін.); 4) Соціологія права – міждисциплінарна наука, що сформувалася на перетині правознавства і соціології (цю позицію обстоюють сучасні вчені: Е. Тадевосян, В. Н., Кудрявцев, В. П. Казимирчук, І. С. Самощенко, Е. В. Кузнєцов).

Тому метою дослідження автора є обґрунтування чи заперечення даних підходів до визначення статусу соціології права серед інших гуманітарних наук, аналіз новітніх тенденцій в розумінні самостійного статусу даної науки та надання йому оцінки.

Завданнями, що будуть вирішуватися в ході наукового дослідження є висвітлення основних концептуальних підходів до розуміння предмету соціології права; визначення місця соціології права в системі інших гуманітарних наук, обґрунтування її самостійного юридичного статусу.

Методологічною основою наукової статті стали деякі загальнонаукові методи дослідження: системний і структурно-функціональний методи, закони і методи логічного аналізу та синтезу, індукції та дедукції, порівняння та протиставлення, аналогії тощо. А також основні методи філософського вчення: єдність історичного і логічного, конкретного та абстрактного, одиничного і загального, теоретичного та емпіричного, формального і змістовного. А також використані Серед юридичних методів при написанні наукової статті доречно було б виділити порівняльно-правовий та формально-догматичний методи.

Використання вказаних методів дослідження значною мірою допомагало в систематизації наявного фактичного і теоретичного матеріалу, що дозволило отримати позитивні результати, необхідні для досягнення поставленої в роботі мети.

Проаналізуємо спочатку вказані вище підходи до визначення місця соціології права в системі гуманітарних наук. Перші два з них говорять про соціологію права, в основному, як про сукупність емпіричних конкретно-соціологічних досліджень права. Розробки ж її теоретичних проблем проводились у рамках загальної теорії держави та права та галузевих наук. Загальна соціологія допомагає загальній теорії права враховувати й помічати явища й процеси загально соціального характеру, які не охоплюються рамками однієї галузі наукових знань, що значно розширює сьогодні проблематику загальної теорії права. Зокрема, до таких проблем можна віднести конкретні прояви життя суспільства у правовій сфері. Саме тому, на думку Керімова, соціологія права є одним із напрямків загальної теорії права, який, ґрунтуючись на емпіричному рівні пізнання, піднімається до раціонального осмислення правової дійсності [1, 12]. С. Алексєєв теж обстоює погляд, що загальна тео-

рія права включає філософію права, соціологію права і спеціально-юридичну теорію права як сфери, напрямки й суму юридичних знань [2, 51].

Г. А. Злобін, С. А. Шликов, М. В. Сирих, В. Н. Зенков, В. В. Глазирін теж не виділяють соціологію права в окрему науку. На їх погляд таке відокремлення соціології права означало б позбавлення загальної теорії права і галузевих юридичних наук їх соціологічної основи. І ті проблеми, які віднесені до соціології права, з таким же успіхом могли бути віднесені і до теорії права чи галузевих юридичних наук, бо проблеми соціальної обумовленості права, його оптимальності, функцій права, ефективності норм права, правосвідомості, взаємодії права і інших соціальних норм – все це безпосередньо входить до загальної теорії права, в чому можна переконатися, відкривши будь-який повний підручник теорії держави і права. Дані науковці наголошують на тому, що соціологія права уявляє собою лише окремий напрям наукових досліджень, що пов'язані з пізнанням об'єкта загальної теорії права і розробкою соціологічного інструментарію таких досліджень [3, 18-26].

Таке часткове укриття соціології права під "дахом" інших правових наук, вважає В. І. Зайцева, призвело до її ототожнення чи злиття з ним. А оскільки вважається, що теорія держави і права та галузеві юридичні науки і так є соціологічними за своєю суттю, то існування на фоні системи правознавства юридичної соціології було б зайвим та позбавляє соціологічного змісту інші правові дисципліни [4, 11].

Вчення про самостійність соціології права розвивалося разом із вченням про неї як галузі загальної соціології. Саме соціологи найперше виявили індивідуальні характеристики предмету нової дисципліни під назвою соціологія права у зв'язку з тим, що її метою є дослідження феномена права з позиції соціології. Об'єктивно підставою для виокремлення такої особливої галузі знань як соціологія права послужило те, що право – це важливий не тільки політичний і юридичний, але й соціальний інститут, якому належить найважливіша роль у соціальному контролі та соціальному регулюванні. Правові явища і процеси не можуть бути глибоко і всебічно вивчені поза їх зв'язком із суспільством як соціальною системою, тобто поза соціальними зв'язками. В цьому ракурсі є цікавою концепція "правової реальності" сучасного українського вченого С. Максимова. Цей дослідник зазначає, що соціологія права займається юридичним і емпіричним вивченням права у його соціальному виразі, проявами і виразами його в контексті соціальних зв'язків, в його співвідношенні з іншими соціальними явищами і процесами. Тому саме співвідношення права з людським буттям стало однією з основних проблем соціології права [5, 53].

Але розвиток про вчення правових чинників з соціологічної точки зору не стояв на одному місці і пішов далі, аж до визнання соціології права міждисциплінарною галуззю наукового знання з самостійним статусом, яка поєднує в собі пізнавальні ресурси юриспруденції як системи наук про право та державу і загальної соціології, як науки про загальні принципи відтворення, функціонування і зміни форм соціальних взаємодій, в тому числі суспільства як цілісної системи соціальних взаємодій. Ця точка зору знаходить своє вираження в ряді праць російських і українських науковців. Так Е. Тадевосян вважає, що соціологія права виникла і розвивається на перетині соціології і правознавства, адже саме соціологічне знання про право, його дію і розвиток складає фундамент вивчення як політичної сутності права, так і власне юридичних аспектів права у правознавстві. Визнаючи соціологію права наукою про загальні та специфічні соціальні закономірності і механізми

взаємодії права і суспільства як соціальної системи, Е. Тадевосян доводить, що правознавство досліджує право ніби із середини, тоді як соціологія права вивчає його ззовні. Якщо правознавство виявляє насамперед якості і закономірності розвитку самого права, то соціологія права має своїм об'єктом не соціум і права взяті окремо, а взаємозв'язок і взаємодію соціального і правового, точніше соціально-неправового та соціально-правового. Тобто соціологія права вивчає соціальне в праві, правове як специфічний прояв соціального, правове у поєднанні із соціально-неправовим [6, 101].

Щодо самостійності соціології права висловлюють свої думки авторитетні російські правознавці – В. Н., Кудрявцев, В. П. Казимирчук, І. С. Самощенко, Е. В. Кузнецов. Вони пишуть про те, що соціологія права є самостійною науковою дисципліною, що сформувалася на перетині соціології та правознавства, адже вивчає соціальні чинники, що взаємодіють з правовими явищами, а також механізм і закономірності такої взаємодії [7, 15].

Дійсно, в сучасних умовах відбувається бурхливий розвиток процесів інтеграції, диференціації та взаємопроникнення наук, зумовлених не лише внутрішньою логікою і тенденціями розвитку науки, а й потребами практики, яка ставить перед правознавством такі комплекси завдання, які не може вирішити самостійно будь-яка окрема галузь знань. І зважати лише на зміст повних підручників з теорії держави і права не варто, адже, як пише В. Бабкін, "для сучасної науки характерне посилення взаємозв'язків між різноманітними галузями, інтегративних тенденцій у їх розвитку". Центральною проблемою інтеграції наук і синтезу знань, наголошує вчений, є проблема їх співвідношення, встановлення та посилення взаємозв'язків між ними [8, 15]. Все це виявляється дуже корисним на практиці, адже фахівці з юриспруденції повинні бути обізнані не лише зі структурою права та його змістом, але й з його соціальною ефективністю, соціальною обумовленістю, зв'язками з іншими нормативними системами, діючими в суспільстві, тому включення до курсів підручників певних знань з соціології права просто необхідне за умов відсутності нормального викладання цієї дисципліни у вищих навчальних закладах.

Звичайно ж визнання двоїстої природи соціології права певною мірою відповідає сучасним тенденціям розвитку науки в цілому і правознавства і соціології, сприяє подоланню взаємної відчуженості, а часом навіть певної зневаги до досліджень один одного, з боку правознавців та соціологів, формування у них упевненості у тому, що лише їх спільними зусиллями можна створити найбільш повну, адекватну характеристику такого надзвичайно складного феномену як право. Але чи доцільно говорити саме про міждисциплінарний статус даної науки, адже відомо, що є багато наук, які мають зв'язки одна з одною, особливо це виявляється в галузі гуманітарного знання. Зв'язки ці можуть бути як двосторонніми, так і багатосторонніми. Але необхідно в будь-якому випадку розібратися, до якої галузі знань тяжіє та чи інша наука. Чи є вона передовсім соціологічною в своєму спрямуванні чи юридичною за своєю природою і характером допомагає вченню про її об'єкт і предмет дослідження.

Питання про об'єкт соціології права здебільшого в юридичній літературі не викликає сумнівних і двозначних висновків. Напевно тому, що часто відбувається ситуація, коли об'єктом дослідження тієї чи іншої гуманітарної науки стає спільне коло пізнання: певне явище чи сукупність явищ або речей. В юридичних науках – це визначене коло суспільних відносин, що регулюються

правовими нормами. Суто теоретичні правові науки, такі як теорія держави і права, історія держави і права, соціологія права, філософія права досліджують право як цілісне суспільне явище, але характеризуючи його з різних сторін. Так, на відміну від юридичної теорії об'єктом дослідження соціології права є право, але не як набір певних норм, їх природа і характер, а як потужна нормативна система, що покликана взаємодіяти з іншими суспільними явищами і процесами, та соціальна зумовленість права.

Питання про предмет науки найважливіше в її статусі і місці серед інших наук, адже після того, коли сформується таке однорідне коло відносин, яке досліджує та чи інша галузь знань, дослідники можуть вести далі мову і про методологію та методи даної науки, про функції, які вона виконує. Отже, питання про предмет науки – це питання про те, що і як вивчати, чому і як вчити в даній галузі знання та де межі компетентності спеціаліста. У дослідницькій практиці ми зустрічаємось з необхідністю перетину межі предметної зони. Здійснювати такий перехід можна двома шляхами: легальним і нелегальним, дотримуючись певних правил або ігноруючи їх. У першому випадку ігнорується сам факт переходу межі і відповідно – потребу звернутися до понятійно-методичного апарату сусідньої галузі знання або необхідність залучення спеціалістів цієї галузі. Нелегальний шлях загрожує дилетантизмом, некомпетентністю. Така логіка сучасного поділу праці в науці, де поглиблення професіоналізму супроводжується інтеграцією в міждисциплінарних зв'язках і комплексних дослідженнях спільного об'єкта.

Щодо предмету соціології права, то для його характеристики в науковій літературі використовують такі ознаки: вивчення загальних і специфічних соціальних закономірностей функціонування та зміни права в суспільстві; пізнання механізмів взаємодії суспільства та його соціальної підсистеми – права; дослідження форм виявлення, шляхів і механізмів їх реалізації в поведінці та діяльності особистості, соціальних груп, організації і сучасного суспільства в цілому; вивчення соціальних дій індивідів в юридично значимих ситуаціях; пізнання соціальних властивостей права як засобу соціальної регуляції, закономірностей, шляхів і механізмів його взаємодії з суспільством як соціальною системою.

До уваги пропонується ґенеза визначень предмету соціології права в сучасній юридичній думці.

В юридичній науці в найбільш розповсюдженим залишається визначення, дане С. В. Боботовим: соціологія права – "наука про соціальні умови існування, розвитку і дії права в суспільстві" [9, 15]. Інший дослідник Е. В. Тадевосян, визначає соціологію права як науку про закономірності взаємодії права і суспільства як соціальної системи [2, 50].

За В. А. Глазиріном, соціологія права є галуззю, що вивчає соціальні закономірності функціонування, змін та механізми взаємодії суспільства і його соціальної підсистеми – права [10, 10].

Цікаве визначення соціології права, дане І. Я. Писаренком: це "наука, що вивчає право як соціальний інститут, як систему регулювання суспільних відносин і вимог підтримки суспільного порядку, як процес формування правосвідомості і правотворчості, трансформації юридичних норм в соціальну поведінку на всіх рівнях – суспільства, класів, соціальних регіонів, різноманітних сфер суспільного життя, соціальних груп і особистостей" [11, 431]. Дане визначення включає в себе найрізноманітніші аспекти, рівні проявів і, відповідно, вивчення правових процесів в цілому. Тут соціологія права визначена як наука, що вивчає різні аспекти правових

процесів, де саме право подається як процес, що відбувається насправді, що є рухливим і не стоїть на одному місці. Це найширше визначення предмету соціології права в юридичній літературі.

Сучасний дослідник О. М. Джу́жа визначає соціологію права як галузь знань загальної соціології, яка вивчає соціальні закономірності функціонування та зміни права, механізм взаємодії суспільства та його соціальної підсистеми – права, форми виявлення, шляхи та механізми їх реалізації в поведінці та діяльності особистості, соціальних груп, організації і сучасного суспільства в цілому, як необхідну умову підтримання соціального порядку [12, 18]. Він вважає, що перевага цього підходу до розуміння соціології права полягає насамперед у тому, що соціально-правова реальність розглядається в ній у визначеному контексті – в контексті і сучасності, і постсучасного розвитку, що дозволяє виключити філософські спекуляції на тему про "суспільство взагалі" із трактуванням предмета соціології в цілому, соціології права зокрема.

Лаконічне визначення предмета соціології права дає В. В. Лапаєва: "Предметом соціології права як юридичної дисципліни є право як форма вираження, захисту і реалізації правостворюючих інтересів, тобто соціальних інтересів, що узгоджені з принципом формальної рівності" [13, 29]. Але, на думку автора статті, дане визначення не відображає тієї суті права і його різнобічності, тих сторін даного соціального явища, що саме вивчаються соціологією права. Предмет соціології права зводиться лише до дії права у зв'язку з соціальними інтересами, що є звичайно правильним, але неповним, адже право – це не тільки потужний чинник для виконання й досягнення інтересів, а й гарантія прав, законності, захисту свобод.

Найбільш коротким визначенням предмету соціології права є те, що дане американським дослідником Н. Аберкомбі: це "наука, що вивчає вплив соціальних умов на законотворення і застосування законодавства" [14, 312]. Це визначення, не дивлячись на його лаконічність, показує головний аспект соціології права, що торкається впливу соціальної сфери на юридичні процеси, на законотворення і застосування. Такого роду визначення можна назвати соціоцентричним розумінням соціології права – соціальне виступає як основа юридичного.

Цікаве визначення дослідження соціології права дає К. Кульчар: "Соціологія права підходить до правових явищ, з їх окресленістю, структурою, функціями, динамікою і т. ін., в основному, оперуючи системою соціологічних понять, а їх теоретична сторона передовсім примикає до теорії права" [15, 118]. В цьому визначенні смисловий центр знаходиться в сфері самої науки, і його можна назвати наукоцентристським розумінням соціології права.

Ще один американський дослідник, соціолог за фахом, Л. Мейх'ю пише, що соціологія права виходить з передумови про те, що право здійснюється в соціальному контексті і його можна зрозуміти тільки в цьому контексті. Слово "здійснюється", за його словами, має важливе значення, тому що з соціологічної точки зору право повинно розглядатися не просто як всього лише статичний набір норм, а передовсім як процес. Воно здійснюється в ході виконання, тлумачення, застосування і творення соціальних норм з юридично обов'язковою силою дії, тобто соціальних норм, забезпечених правовою санкцією політично організованого суспільства [16, 220]. Дійсно, на відміну від визначень предмету соціології права, даних сучасними дослідниками вище, саме в цьому прослідковується не лише вплив соціальних на факторів на формування системи правових норм, але й діяльність правових норм і суспільстві і наслідків, які внесуть вони в суспільні відносини, в даному

разі мається на увазі здійснення права в судах, адміністративних установах, судово-виконавчих органах, при виконанні договорів.

Отже, з'ясувавши об'єктну та предметну сторони дослідження науки, можливо говорити не тільки про її самостійний дисциплінарний статус, але й приналежність до того чи іншого суспільного знання, в даному випадку юридичного чи соціологічного.

Те, що дана наука є передовсім юридичною влучно обгрунтовує правознавець В. В. Лапаєва. Вона пише, що без використання теоретичного потенціалу юридичної науки соціологія права не може отримати статус повноцінної наукової дисципліни і буде уявляти собою комплекс емпіричних досліджень, що не виходять на фундаментальні проблеми правового життя суспільства. Тому найбільш плідно соціологія права може розвиватися в рамках правознавства як галузь правового знання. Вона вважає, що в соціології права потрібно перенести дослідницький інтерес з питань дії вже прийнятого законодавства на виявлення соціальних норм, що потребують законодавчого закріплення. У зв'язку з цим необхідна юридична компетенція, розуміння природи права, його соціального змісту, що і потрібно в першу чергу покласти на соціологію права [17, 20-25].

Позицію про те, що соціологія права насамперед є юридичною наукою також підтримує відомий правознавець В. А. Туманов, використовуючи протиставлення вивчення "права зовні" (що характерно для соціології) вивченню "права зсередини" (що характерно для юриспруденції), робить висновок, що для того, щоб вивчати право зовні, потрібно знати його зсередини. Цього, на його думку, якраз не вистачає авторам, що приходять в право із соціології, і тоді юридична соціологія виходить зведеною, в основному, до використання правового матеріалу для ілюстрації соціологічних установок і вирішень [18, 10]. Дійсно, соціологам, що працюють в напрямку юридичної соціології, потрібні знання в області юриспруденції. Приклад того творчість М. М. Ковалевського, Л. І. Петражицького, П. А. Сорокіна, що показали плідну взаємодію соціології і юриспруденції на рубежі XIX і XX століть.

Можна привести ще безліч дефініцій соціології права та її предмету. Але головний висновок з них, це те, що кожна має свою власне теоретично-логічну основу, опираючись на яку вона виведена. Ці визначення рівноцінні, адже можуть бути використані в різноманітних дослідницьких цілях чи в контексті різних практичних завдань, особливо при вирішенні специфічних науково-практичних задач. Автор статті, намагаючись виділити спільні критерії визначення предмету соціології права, мабуть, зробить акцент на тому, що до її предмету дослідження належать взаємодія юридичних і неюридичних чинників, взаємозв'язок правових і неправових явищ. Отже, правові явища (правові чинники) становлять інтерес для соціології права (на відміну від традиційної юриспруденції) не самі по собі, а в їх зв'язку з неюридичними чинниками, а неюридичні чинники є значущими для соціології права (на відміну від загальної соціології) лише у зв'язках, впливах, взаємодії з правовими явищами. Соціальні чинники, які взаємодіють з правовими явищами, а також механізм і закономірності такої взаємодії є найважливішим елементом дослідження соціології права. Але в даному контексті не потрібно асоціювати соціологію права з міждисциплінарною наукою, адже на сучасному етапі розвитку правової думки формується новий погляд на соціологію права як юридичну дисципліну, в якому робиться акцент саме на її правовій складовій, що вивчає в єдності її соціально-філософського і спеціально-соціологічного рівнях вивчає:

а) соціальну обумовленість права, його інститутів та норм, закономірності дії на право всієї системи матеріальних і духовних чинників;

б) механізм дії права в суспільстві, закономірності впливу права і правозастосовчої діяльності на різноманітні сторони соціального життя;

в) ефективність дії права, його інститутів і норм в регулюванні суспільних відносин.

Тому хотілося б наголосити саме на самостійному статусі даної науки та юридичному спрямуванні її предмету, що становить вивчення впливу соціальних чинників на формування та розвиток права і ефективність дії правових норм в регулюванні суспільних відносин. Тобто ми маємо дві складові, але органічно пов'язані між собою частини предмету дослідження даної науки, що взаємодіють між собою та спричиняють одна одну і перебувають між собою в нерозривному діалектичному зв'язку.

Хоча потрібно зауважити, що ряд науковців, не відкидаючи самостійного значення юридичної соціології, вважають, що вона такою буде вважатися лише в майбутньому, а зараз знаходиться на стадії становлення, формування, а система соціологічних знань про право, що досліджується нею, утворює лише один з наукових напрямків правознавства.

Є навіть думки науковців про те, що соціологія права може існувати і як соціологічна і як юридична дисципліна одночасно, але це дві різні за предметом та методом галузі наукового знання, які відрізняються одна від одної так само, як соціологія від юриспруденції. Проте сама по собі принципова можливість існування соціології права в двох різних іпостасях зовсім не означає, що обидві ці наукові дисципліни (соціологічного та юридичного профілів) фактично сформувались і функціонують. Фактична сторона справи така, що соціологія права як окрема галузь правознавства вже сформувалась. Цього не можна сказати про соціологію права як самостійну соціологічну дисципліну [19, 47].

Неприпустимі категоричність В. В. Варчука, який, повторюючи положення Ж. Карбоньє про вузьке та широке розуміння соціології права, водночас виступає за твердження погляду на соціологію права як на галузь соціології. Відносячи соціологію права до соціологічних дисциплін, В. В. Варчуку все ж таки не вдається уникнути двозначних положень і дефініцій. Так він пише, що "створюючи, викладаючи або вивчаючи соціологію права, можна взяти за вихідне положення або право, або соціологію", що "становлення соціології права може відбуватися як на основі загальної соціології, так і на базі теорії права", що "соціологія права знаходиться між соціологією та правом" [20, 108]. Отже дослідник сам собі суперечить у своїх поглядах, несвідомо виводячи соціологію права за межі загальної соціології.

Непослідовний і суперечливий у своїх поглядах також В. М. Ксенофонов, який в одній і тій же праці спочатку розглядає соціологію права як частину загальної соціології, яка вивчає функціонування прав як частину загальної соціології, яка спирається на весь її технічний інструментарій і визначає її як галузь соціології, яка вивчає функціонування права в системі соціальних інститутів, генезис, динаміку та структуру правових норм, їх роль у суспільстві. А далі у резюме зазначає: "Отже, соціологія права є частиною правознавства, яка вивчає соціальні умови генезису, розвитку та дії права в суспільстві" [21, 16]. Звісно, таке подвійне трактування є неприпустимим.

Цікавою є також позиція чернівецького вченого в галузі соціології права Савчука С. В., що розподіляє соціологію права як окрему галузь соціології, та юридичну соціологію як специфічно визначену складову правознавства. Своїми аргументами щодо такого поділу дослідник вважає наступні. Предмет соціології права є особливим аспектом предмета усієї соціології, а саме соціальні закономірності функціонування та зміни пра-

ва, механізм взаємодії суспільства та права, соціологія права вивчає право насамперед як соціальний інститут, який виконує ряд необхідних для суспільства функцій, забезпечує у взаємодії з іншими соціальними інститутами громадську стабільність. Юридична ж соціологія історично і методологічно виникла із загальної теорії права, її об'єктом є право не як окремий елемент, а як ціле, самодостатній нормативний феномен, в взаємодії з іншими об'єктами (матеріальними, духовними в їх соціально-правовому вимірі), на які воно впливає і які чинять вплив на нього. Вирішальне значення для юридичної соціології має не концепція розуміння суспільства в цілому, а концепція соціолого-юридичного праворозуміння, основною метою юридичної соціології є не підтримання соціального порядку взагалі, а оптимізація правового регулювання [22, 188-189].

Але такі погляди науковця нашоухується на гостру критику, адже, по-перше, соціологи здебільшого взагалі не займаються розробкою проблем соціології права, чим займаються знову ж таки скоріше юристи, по-друге, проводячи таку суттєву різницю, стирається взагалі вся суть соціології права як окремої науки, і вона знову ж таки включається до загальної теорії права або ж різниця між ними робиться майже несуттєвою, обмежуючи тим самим предмет соціології права. Тому робити таке чітке розмежування, звертаючи увагу лише на етимологію слів, є зайвим і часто заплутує на практиці. На особисту думку дисертанта доцільно буде вживання як назви "соціологія права", так і назви "юридична соціологія", адже від цього якось конкретна суть і напрямки науки не зміняться, до того чому б не включати до цієї галузі знань поряд з правовими методами і загально-соціологічними, включаючи і здобутки соціології, адже, як ми переконалися вище, соціологія права використовує здобутки цих двох соціальних наук. Важливо пам'ятати лише, що соціологія права (юридична соціологія) прагне пізнати право в його дії – виявити галузь, в якій швидкі або повільні правові зміни є ефективними; вона намагається визначити, якого роду правовий інструментарій приводить до відповідних змін у політичній свідомості, сфері господарських відносин або в стосунках між людьми, намагається виявити посередні або побічні негативні наслідки, які право може створити.

Також нерідко поняттю "юридична соціологія" надають більш широкого значення, ніж поняттю "соціологія права". Вважають, що остання обмежується тільки власне правом – нормами й інститутами, у той час як юридична соціологія охоплює всі явища, більш-менш пов'язані з правом, все, стосовно чого право може бути причиною, наслідком або приводом, включаючи насильство, бездіяльність, девіантні поведінку. Але в науковому плані все ж таки кориснішим видається більш широкий підхід до предмета дослідження, оскільки немає таких наслідків права (нехай навіть дуже віддалених і часом деформуючих його), звернення до яких не сприяло б його пізнанню [23, 321].

Інші науковці, навпаки, юридичну соціологію розуміють як підгалузь соціології права, обґрунтовуючи це тим, що до предметно-об'єктної області юридичної соціології відносяться соціологічні дослідження, пов'язані виключно з "юридичними" процесами. А найбільш загальну структурну основу "юридичної соціології" складають соціологічні проблеми юриспруденції як основа юридичної соціології в цілому [24, 119]. Такий підхід заплутує зовсім, і стає взагалі незрозуміло, на яких підставах розмежовуються предмети дослідження даних галузей знань.

Використання терміну "юридична соціологія" часто на практиці плутається і з іншим розповсюдженим поняттям "соціологічна юриспруденція". Але з приводу

цього влучно пише французький дослідник Ж. Карбоньє. Він пояснює, що терміном "соціологічна юриспруденція" позначається дослідження соціологічного на правлення в юридичній науці, а термінами "юридична соціологія" і "соціологія права" – соціально-правові дослідження в рамках окремої галузі. Тому не потрібно плутати соціологічну юриспруденцію з юридичною соціологією, а юридичну соціологію і соціологію права потрібно розуміти як тотожні поняття [25, 31]. Підтримуючи позицію цього французького дослідника про те, що юридична соціологія і соціологія права є тотожними поняттями, водночас пропонується звернути увагу на те, що соціологічна юриспруденція, під якою, до речі, розуміють класичну соціологію права, створену Є. Ерліхом, М. Вебером, М. Х. Тимашевим та ін., є ніщо інше як теоретичний компонент соціології права [26, 13], адже інакше б соціологія права складалася лише з набору певних досліджень емпіричного характеру, відкидаючи теоретичні.

Деякі вчені, серед них доктор соціологічних наук Мельник М. І., вважають, що зараз потрібно застосовувати таке поняття як правова соціологія, вважаючи її "новим якісним рівнем соціології права" [27, 3-5]. Свою думку ці вчені обґрунтовують тим, що зараз з'явилися нові соціологічні дослідження, що не мали місце раніше, в суспільстві змінився рівень правової культури, правосвідомості, правозасвоєння. Але всі ці аргументи, на думку автора статті, не є достатніми, щоб замінити поняття "соціологія права" на "правову соціологію". Скоріше ці назви можна використовувати, як синоніми, не говорячи про зовсім іншу структуру соціології права, яка змінилася з часом, бо такі висновки передчасні. І до того ж, чи суть науки змінюється внаслідок її еволюції? Наукові парадигми не стоять на одному місці, вони змінюють одна одну, але суть науки залишається та ж, і на думку автора назва науки від цього не повинна ставати іншою.

Підводячи підсумок висловленим вище думкам, хотілося б наголосити саме на визначенні самостійного юридичного статусу соціології права серед інших гуманітарних наук. Підтвердження цього ми знаходимо в самому визначенні предмету даної науки як синтезу взаємодії юридичних і неюридичних чинників, зв'язку правових і неправових явищ. Дійсно, соціологію права ми не можемо віднести ні до теорії права, ні до загальної соціології, так само як і не можемо наголосити на міждисциплінарному статусі цієї науки, адже саме право є невід'ємним її об'єктом вивчення, а саме його соціальна обумовленість всією системою матеріальних і духовних чинників, механізм його дії в суспільстві, його вплив на інші соціальні інститути та ефективність дії в регулюванні суспільних відносин. Тому соціологія права посідає своє почесне місце серед інших юридичних дисциплін.

1. Керимов Д. А. Социология и правоведение. / Государство и право, 1999, №8, с.9-13.
2. Тадевосян Э. В. Социология права и ее место в системе наук о праве. / Государство и право, 1998, №1, С.50-54.
3. Социология права. Учебник / В. М. Сырых, В. Н. Зенков, В. В. Глазырин и др.; Под. ред. проф. В. М. Сырых: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – 3-е изд., стер. – М.: Юридический Дом "Юстицинформ", 2004. – 464 с.
4. Зайцева В. І. Місце юридичної соціології в системі правових наук // Науковий вісник Чернівецького університету. 2001. Випуск 125. Правознавство, с. 10-16.
5. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – Харьков: "Право", 2002. – 328 с.
6. Тадевосян Э. В. Словарь – справочник по социологии и политологии. – М., 1996. – 272 с.
7. Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. Учебник для вузов. – М. Юрист 1995 г., 300 с.
8. Бабкін В. Д. Взаємозв'язки філософії права та загальної теорії держави і права. / Проблеми філософії права. Том І., 2003, с. 12-16.
9. Боботов С. В. Буржуазная социология права. – М., 1978, 220 с.
10. Перевалов В. Д. Юридическая социология. – М., 2000. 11. Писаренко И. Я. Социология права // Социологический словарь. – 2-е изд., перераб. и доп. – Мн.: Университетское, 1991.
12. Социология права. Навчальний посібник за загальною редакцією О. М. Джужи. – Київ Юрінком Інтер 2004 р. 286 с.

13. Лапаева В. В. Социология права / Под ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В. С. Нерсесянца. — М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА — ИНФРА.М), 2000. — 304 с. — (Краткие учебные курсы юридических наук). 14. Аберкомби Н., Хилл С., Тернер Б. Социологический словарь: Пер. с англ. под ред. С. А. Ерофеева. — Казань: Изд-во Казан. Ун-та, 1997. — 326 с. 15. Кульчар К. Основы социологии права. — М.: прогресс, 1981. — 256 с. 16. Мейхью Л. Социология права // Американская социология. Перспективы. Проблемы. Методы. — М.: Прогресс, 1972. 257 с. 17. Лапаева В. В. Социология права: в поисках новой парадигмы // Государство и право. 1992. №7, с.12-17. 18. Туманов В. А. Вступ. ст. // Карбонье Ж. Юридическая социология. — М., 1986, С.3-12. 19. Лапаева В. В. Социология права как юридическая дисциплина? // Социологические исследования. — 1999. — №7, с.46-50. 20. Варчук В. В. Социология права — отрасль социологии // Социологические исследования. — 1996. — №11. 21. Ксенофонов В. Н. Социология права: учебное

пособие / Изд-е 2-е. — М.: Р-Центр, 1998. — 159 с. 22. Савчук С. В. Юридична соціологія: предмет і місце в системі юридичних наук. — Чернівці "Рута", 2003, 190 с. 23. Погрібний О. О. До питання про предметно-об'єктну визначеність юридичної соціології // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ, 2006 р., вип. 32, С.320-326. 24. Оспанов С. И. Социология права: Учебное пособие для вузов. — Алматы: Раритет, 2002. — 336 с. 25. Карбонье Ж. Юридическая социология: пер. с фр. / Пер. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1986. — 352 с. 26. Гревцов Ю. И. Социология права. Курс лекций. — СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2001. — 312с. 27. М. І. Мельник Правова соціологія — новий якісний рівень соціології права // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 16. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — 524 с.

Надійшла до редколегії 20.10.10

В. Божко, канд. юрид. наук, доц.

ДОСЛІДЖЕННЯ ТЕРМІНОЛОГІЧНИХ ВІДМІННОСТЕЙ ОПЛАТИ ПРАЦІ ВІД ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ В НАУКОВИХ ПРАЦЯХ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ ХХ СТОЛІТТЯ

Стаття присвячена порівняльному аналізу термінологічних відмінностей між оплатою праці та заробітною платою на прикладі вітчизняних монографічних досліджень, здійснених впродовж другої половини ХХ століття.

Ключові слова: оплата праці; заробітна плата; винагорода за працю; плата; правове регулювання оплати праці; працівник; роботодавець.

Статья посвящена сравнительному анализу терминологических отличий между понятиями оплата труда и заработная плата на примере отечественных монографических исследований, осуществленных во второй половине XX века.

Ключевые слова: оплата труда; заработная плата; вознаграждение за труд; плата; правовое регулирование оплаты труда; работник; работодатель.

The article deals with the comparative analysis of terminological differences between labor payment and wages based on the national monographic research that was made during the second part of XX century.

Keywords: labor payment; wages; remuneration for work; legal regulation of labor payment; employee; employer.

Постановка проблеми. Серед усієї сукупності прийомів і засобів, які використовуються для формальної визначеності права, юридична термінологія відіграє вирішальну роль, бо терміни є тим будівельним матеріалом, за допомогою якого будуються правові норми. Саме тому в жодній іншій сфері життєдіяльності людини зовнішня форма вираження думки не має такого важливого, навіть доленосного значення, як в юриспруденції. Адаже помилкові використання юридичних термінів, неточності в формулюванні норм права приводять до багатозначного розуміння змісту самого правила поведінки та, як наслідок, до зниження ефективності правового регулювання суспільних відносин, що є неприпустимим у правничій мові. До того ж, лексико-семантичні особливості української мови іноді перешкоджають однозначному розумінню і застосуванню термінів не лише в законотворчості, але й у сфері правозастосування, що й зумовлює актуальність нашого дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичною основою дослідження стали праці А.Д. Зайкіна [1, 2], Р.З. Лівшиця [3, 4], С.С. Каринського [5, 6], О.І. Процевського [7, 8], Л.Я. Гінцбурга [9] та інших дослідників.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття. Віддаючи належне науковому доробку названих учених, потрібно відмітити, що вони здебільшого спеціально не зосереджували свою увагу на співвідношенні змісту досліджуваних термінів.

Формулювання цілей статті. Нашою метою є виявлення правових позицій, сформульованих науковцями в своїх наукових дослідженнях щодо розмежування змісту термінів "заробітна плата" та "оплата праці".

Виклад основного матеріалу дослідження. Аналіз відносин оплати праці впродовж досліджуваного періоду було здійснено авторським колективом у складі А.Д.Зайкіна та С.М.Шкурко в монографії "Правовые вопросы организации оплаты труда рабочих". В першу чергу доречно було б звернути увагу на те, що в назві самої монографії використано словосполучення "оплати пра-

ці", а не винагороди за працю, не заробітної плати. Натомість §1 монографії має назву "Поняття заробітної плати"; §2 "Відмінність заробітної плати від гарантійних і компенсаційних виплат" тощо. Тобто аналіз структури роботи свідчить, що авторський колектив не лише ототожнює поняття "заробітна плата" й "оплата праці", але й не вважає за необхідне сформулювати хоча б визначення оплати праці, організації оплати праці, хоча, на нашу думку, їх до цього зобов'язує назва монографії.

Відлунням ототожнення понять "заробітна плата" й "оплата праці" стало використання дослідниками таких термінів, як "організація заробітної плати" [1, с.3, 7] й "організація оплати праці" [1, с.4, 6]; "розмір заробітної плати" [1, с.8] й "розмір оплати праці" [1, с.3, 47]; "системи заробітної плати" [1, с.3, 17] й "системи оплати праці" [1, с.5, 20]; "правовідносини по заробітній платі" [1, с.12, 21] й "правовідносини по оплаті праці" [1, с.9] тощо.

Але в роботі дослідники напевно підсвідомо висловили й таку, на наш погляд, глибоку думку, в якій відображено справжній взаємозв'язок між досліджуваними категоріями. Так, розмірковуючи над диференціальною оплати праці залежно від вартості життя та природно-кліматичних умов праці, учені приходять до висновку, що "потрібно так побудувати оплату праці, щоб забезпечити не лише рівну грошову, але й реальну заробітну плату" [1, с.32]. І трохи далі: "Оплата лише тоді буде побудована вірно, коли робітники, що досягли більших результатів у роботі, отримають вищий заробіток" [1, с.32-33]. Тобто заробітна плата є результатом оплати праці, а не тотожними явищами. Щоправда, свідченням того, що процитовані щойно думки були здебільшого підсвідомими, стало подальше ототожнення термінів "заробітна плата" й "оплата праці".

Чергова непослідовність, на нашу думку, виявляється і щодо визначення того юридичного факту, із яким у працівника виникає суб'єктивне право на заробітну плату "як найважливіший елемент трудових відносин". Так, одного разу дослідники пов'язують його виникнення із "фактично виконаною роботою" [1, с.12], другого — "при фактичному виконанні роботи" [1, с.16]. Тобто якщо в

першому випадку має бути вже виконано певну роботу, яка й винагороджується, то в другому – наявність самого факту роботи (тобто процесу роботи) зумовлює виникнення права на заробітну плату. Однак згодом, говорячи про єдність оплати праці дослідники стверджують, що її можна досягнути лише тоді, коли "праця кожного робітника певної кваліфікації буде оплачуватись однаково" [1, с.18]. Тобто заробітна плата виплачується вже за працю, а не за роботу як раніше говорили учені? І далі: "Держава забезпечує єдність якісної оцінки праці" [1, с.18], а не роботи. Тобто що ж насправді є об'єктом оплати: праця чи робота, процес чи результат? Якщо робота, то чому ж тоді в назві монографії фігурує "організація оплати праці", а не роботи?

На жаль, жодного разу в своїй монографії дослідники не зупинились на дослідженні співвідношення змісту термінів "заробітна плата" й "оплата праці", "робота" й "праця". А тому ми лише за контекстним їх використанням можемо здогадуватись про справжні міркування учених.

Досліджуючи ознаки заробітної плати, автори говорять про те, що "плата здійснюється за фактично виконану роботу; праця оплачується відповідно до її кількості та якості на основі завчасно визначених норм оплати; основна частина заробітної плати виплачується із фонду заробітної плати; а додаткова – із фонду матеріального заохочення, а тому залежить від результатів діяльності самого підприємства; заробітна плата виплачується переважно в грошовій формі. Узагальнюючи всі щойно названі ознаки, дослідники сформулювали наступне визначення заробітної плати: "це винагорода в грошовій формі, яку підприємство або установа (організація) повинна виплатити робітникам та службовцям за їх працю відповідно до її кількості та якості згідно завчасно визначених норм" [1, с.8-10].

Тобто, перераховуючи ознаки заробітної плати, автори говорили про "плату ... за виконану роботу", натомість об'єднавши їх в одне визначення, розкрили зміст досліджуваного поняття як "винагорода ... за працю".

Згодом, здійснивши самостійне дослідження заробітної плати як елемента трудових правовідносин, в підручнику "Российское трудовое право", А.Д.Зайкін виокремлював наступні її ознаки: це винагорода за працю, тобто за виконану роботу (так за процес праці чи за результат – за виконану роботу, адже ця властивість притаманна винагороді за цивільними договорами); вона виплачується за кінцевими результатами праці (автор лише згодом уточнив, але це уточнення суперечить засадам винагороди за працю в трудовому праві – винагорода за процес праці, а не за результат); вона виплачується у грошовій формі; ґрунтується на завчасно встановлених тарифних нормах; в організаціях виробничої сфери вона виплачується за рахунок коштів, зароблених даним трудовим колективом; її розмір не обмежено максимальними межами, однак не може бути меншим за мінімальний розмір, встановлений державою [2, с.232].

Наступним дослідником, який зосередив свою увагу на відносинах оплати праці, став Р.З.Лівшиця. У монографії "Зароботная плата в СССР. Правовое исследование" автор теж розкриває зміст терміну "заробітна плата" як винагорода за працю. Дослідивши ознаки, які вирізняють заробітну плату з-поміж інших винагород за працю, автор формулює наступне визначення заробітної плати: "це винагорода, яку підприємство, установа повинно виплатити робітникам та службовцям за їх працю впродовж встановленого робочого часу відповідно до кількості та якості праці на підставі заздалегідь визначених норм та розцінок" [3, с.27].

Однією із ознак, які вирізняють заробітну плату з-поміж "інших винагород за працю", на думку автора є:

"заробітна плата – винагорода за кількість та якість праці". Цю тезу автор обґрунтовував посилаючись на ст. 118 Конституції СРСР 1936 року, в якій проголошувалось "право громадян на роботу з оплатою їх праці відповідно до її кількості та якості". Однак, по-перше, слід звернути увагу на те, кому адресована ця норма – "громадянам". Тобто, незалежно від того, в якій сфері життєдіяльності вони докладатимуть свої зусилля та незалежно від того, нормами якої галузі права буде регулюватись їх праця, вони мають право розраховувати не лише на одержання роботи, але й на її оплату відповідно до кількості та якості. А оскільки громадяни, реалізуючи право на працю, проголошене в ст.118 Конституції СРСР, могли займатись не лише трудовою діяльністю, але й працювати в колгоспах, радгоспах, органах державної влади, проходити службу в правоохоронних органах, Збройних Силах тощо, то очевидно вони могли сподіватись на поширення цієї норми-гарантії і на них, вимагаючи, щоб оплата їх праці враховувала не лише кількість, але й її якість. Однак, на практиці цього не спостерігалось.

По-друге, в диспозиції ст.118 Конституції СРСР не використовується термін "заробітна плата", натомість стверджується, що "оплата праці здійснюється відповідно до її кількості та якості". Чи є підстави поширювати дії цієї норми-гарантії на заробітну плату? На наше переконання таких підстав немає, адже ця конституційна норма спрямована на "оплату праці". Більше того, не в праці працівника виникає право вимагати виплатити йому заробітну плату лише через те, що винагорода за його працю розрахована не з урахуванням кількості та якості його праці?

Наступною ознакою, на переконання Р.З.Лівшиця є те, що "заробітна плата – це винагорода за працю робітників та службовців". На нашу думку, в цій ознаці заробітної плати невдало поєднано суб'єктів трудових правовідносин із терміном "праця". Нагадаємо, що відповідно до тлумачного словника української мови "праця" – це цілеспрямована діяльність людини, яка реалізує свої фізичні та розумові здібності (робочу силу) для створення певних матеріальних і духовних благ, які задовольняють її особисті та суспільні потреби. Категорія "праця" характерна для всього багатоманіття відносин, пов'язаних із працею, які регулюються нормами не лише трудового, але й інших галузей права (цивільного, адміністративного тощо). Визнаючи той факт, що лише в трудових правовідносинах робітники та службовців реалізують свій правовий статус, мусимо вказати на те, що навіть перебуваючи на робочому місці, або на території підприємства, та працюючи (в розумінні діючи, реалізуючи свої здібності задля задоволення певних потреб) працівники не завжди виконують свої трудові обов'язки. При цьому, таке невиконання трудових обов'язків може бути правомірним (в такому разі за ними зберігається середня заробітна плата), або ж неправим (наприклад, в разі використання інструментів, обладнання, сировини наймача для того, щоб задовольнити певні свої потреби). Але як в першому, так і в другому випадку працівники працюють і тому, на думку Р.З. Лівшиця, мають отримати заробітну плату – винагороду за свою працю. Ми вважаємо, що коректніше було б вказати на те, що "заробітна плата – це винагорода за виконання трудових обов'язків".

Третя ознака заробітної плати – "це винагорода за працю впродовж встановленого робочого часу". Ця ознака винагороди за працю, на нашу думку, теж сформульована не бездоганно. Адже працівник в окремих випадках зобов'язаний виконувати трудові обов'язки і понад свій робочий час, наприклад, так звану надуроч-

ну роботу. Але тоді винагорода за таку роботу не може бути заробітною платою.

"Заробітна плата – це винагорода на підставі завчасно встановлених норм і розцінок", – стверджував Р.З. Лівшиць. З цього автор зробив висновок про гарантованість заробітної плати, адже "підприємство повинно оплатити працю, коли працівник виконає всі необхідні для цього умови". Відповідно до засад цивільного права істотною умовою всіх оплатних договорів є їх ціна, яка має бути визначеною в тексті самого договору, інакше він не буде вважатись укладеним та не породить у його сторін жодних прав та обов'язків. Але з цього цивілісти чомусь не роблять висновку про "гарантованість оплати". Більше того, тоді можна було б говорити про те, що предмет будь-якого обов'язку є гарантованим, що, на наше переконання, не є коректним.

Учений зосередив свою увагу на дослідженні поняття заробітної плати, залишивши поза увагою поняття оплати праці. Контекстний аналіз використання цього терміну засвідчив, що автор характеризує ним не лише певну дію: "право на оплату праці" [3, с.14], "праця підлягає оплаті", "оплата працівника за результатами праці є оплатою живої праці" [3, с.15], "оплата робочого часу" [3, с.23] тощо, але й предмет, використовуючи його в значенні іменника: "при визначенні розміру оплати праці" [3, с.25, 86, 244], "зв'язок розміру оплати праці працівників з дохідністю підприємства" [3, с.24], "заробітна плата включає оплату при відхиленні від нормальних умов праці" [3, с.31]. Так, наприклад, розділ 5 монографії має назву "Підвищення розмірів заробітної плати", а підрозділ 5.1. – "Шляхи підвищення розміру оплати праці" [3, с.223]. Яскравим прикладом взаємозв'язку названих термінів може стати наступна цитата: "заробітна плата – складна за складом категорія, в процесі зростання розмірів оплати праці кожна із складових заробітної плати відіграє свою роль" [3, с.224].

Таким чином, Р.З.Лівшиць використовував терміни "заробітна плата" і "оплата праці" як синоніми.

У наступній своїй монографії "Трудовое законодательство: настоящее и будущее" Р.З.Лівшиць теж ототожнював досліджувані терміни, говорячи про "підвищення розмірів оплати праці" [4, с.127, 137, 177] та про те, що "оплата праці – важливий, але не єдиний засіб заохочення добросовісної праці" [4, с.149] тощо.

С.С.Каринський у монографії "Оплата труда в промышленности", не дивлячись на те, що використав словосполучення "оплата праці" в назві свого дослідження, теж залишив поза своєю увагою зміст названого терміну. Натомість постійно по тексту роботи говорив про заробітну плату. Хоча іноді дослідник використовував і термін "оплата праці", але теж як синонім до заробітної плати: "головну частину заробітної плати робітників та службовців становить оплата їх праці за державним тарифом" [5, с.38].

Згодом, в енциклопедичному словнику "Трудовое право" вчений теж ототожнював зміст досліджуваних термінів. Свідченням цього є його твердження про те, що "державне регулювання заробітної плати – це діяльність держави щодо управління системою організації оплати праці" [6, с.95], заклик до "посилення ролі оплати праці в зміцненні трудової дисципліни" [6, с.127]. Як наслідок – ним використовуються такі словосполучення, як "організація оплати праці" [6, с.95] та "організація заробітної плати" [с.126-128]; "регулювання оплати праці" [с.128] та "регулювання заробітної плати" [6, с.127-129] тощо. Показовим також є той факт, що в цьому енциклопедичному словнику в статті під назвою "Оплата праці" відсутня будь-яка інформа-

ція, окрім наступної вказівки: "Див. Заробітна плата, винагорода за працю" [6, с.274].

Вперше розмежувати зміст термінів "заробітна плата" і "оплата праці" зробив спробу О.І.Процевський, який звернув увагу на те, що при ототожненні названих понять недооцінюється значення та роль процесу праці, а перевага надається його кінцевій меті. У своїй монографії "Заработная плата и эффективность общественного производства" вчений стверджував, що поняття заробітна плата є більш вузьким, а тому "охоплює застосування всієї сукупності відносин оплати праці до конкретного працівника" [7, с.91]. Оплата праці у вигляді заробітної плати є дією підприємства у відповідь на працю працівника. Різниця між заробітною платою та оплатою праці, – на його думку, – полягає в тому, що "заробітна плата – це винагорода, яка виплачується працівнику за вже досягнуті результати трудової діяльності. Натомість "оплата праці – це показник можливого, це те, чого працівник може досягнути, якщо успішно та добросовісно виконає свої обов'язки" [7, с.91]. "В системах оплати праці встановлюється залежність між рівнем виконання норм праці та міри її оплати, а в заробітній платі визначається конкретна величина винагороди, що відповідає кількості та якості витраченої праці" [7, с.92].

Досліджуючи причини виокремлення із поняття "умови праці" заробітної плати, О.І.Процевський у наступній своїй монографії "Предмет советского трудового права" також прийшов до висновку, що трудове законодавство розрізняє поняття оплати праці та заробітної плати. "Коли мова йде про умови праці, то законодавець має на увазі оплату праці як необхідну умову нормального функціонування процесу праці, точніше, робочої сили. Заробітна плата як міра винагороди, що належить до виплати робітникам та службовцям за кінцеві результати їх праці, не може бути елементом "умов праці", адже це вже результат діяльності, яка вже була предметом регулювання умов праці" [8, с.96]. Однак далі розмірковуючи над приписом ст.15 КЗпП, відповідно до якого підприємство, установа, організація повинні виплачувати працівнику заробітну плату та забезпечувати умови праці, передбачені законодавством про працю, колективним договором та угодою сторін, автор стверджує, що "законодавець вважав за можливе заробітну плату віднести до поняття "умови праці", включивши до нього і "оплату праці" [8, с.96].

Тобто, якщо спочатку автор прагнув не лише співвіднести між собою терміни "умови праці" та "заробітна плата", але й термін "оплата праці", то згодом він об'єднав останні терміни в понятті "умови праці".

Природа винагороди за працю стала об'єктом наукового дослідження і Л.Я.Гінцбурга в монографії "Социалистические трудовые правоотношения". Так, аналізуючи оплатність ("возмездность") як одну з істотних ознак трудових правовідносин, учений писав: "в *оплатности* полягає підґрунтя кореляційного зв'язку між обов'язком виконання певної роботи ... та її *оплатою*" [9, с.72].

А.А.Фатуєв запропонував загальну ознаку, яка на його думку, спроможна розмежувати винагороду за працю від всіх інших виплат на користь працівника: вона має бути пов'язана з оцінкою праці, а величина винагороди має залежати від витраченої праці. На думку А.А.Фатуєва заробітна плата – "це винагорода, яку підприємство, установа або господарство повинно виплатити робітникам та службовцям за їх працю відповідно до її кількості та якості на підставі завчасно визначених норм" [10, с.50].

Праця, як і будь-яке явище реального світу охоплює необмежену кількість властивостей та відносин. Саме тому об'єктивні вимірювачі (тобто методи та ін-

струменти, результати застосування яких не залежать від нашого суб'єктивного ставлення до предмету вимірювання) можуть застосовуватись до багатьох параметрів, однак, не всі з них мають правове значення. Таким параметром є не що інше, як міра праці, де знаходить прояв інтенсивна та екстенсивна величина праці (тобто кількість та якість праці), однак не лише кількість та якість, але й інші характеристики міри праці можуть враховуватись при визначенні величини заробітної плати [10, с.54].

О.К.Пестова стверджувала, що заробітну плату не можна відокремлено розглядати як економічну та юридичну категорію, вона має мати єдине визначення, яке вона розкривала через поняття винагорода за працю. Натомість досліджуючи принципи заробітної плати говорить про "оплату праці за кількістю та якістю" [11, с.5].

В.А.Вайпан формулює наступне поняття заробітної плати: "це частина (доля) фонду оплати праці, яку підприємство (установа, організація, організація орендарів, кооператив) повинні видати робітнику або службовцю за його працю по затвердженні загальними зборами трудового колективу (організації орендарів, кооперативу) юридичним нормам кількості та критеріям якості праці, але не нижчим за встановлений законом мінімальний розмір" [12, с.9].

Висновки. Узагальнюючи все вищевикладене можемо зробити кілька узагальнень. По-перше, наше дослідження засвідчило, що науковці в тій чи іншій мірі не лише використовують терміни "оплата праці" та "заробітна плата", але й прагнуть проаналізувати їх зміст. По-друге, аналіз наукових праць другої половини ХХ століття виявив, що існує три точки зору на співвід-

ношення змісту окреслених термінів: 1) вони є синонімами – тобто тотожними за змістом; 2) вони співвідносяться як частина та ціле (зміст одного є ширшим за зміст іншого); 3) вони взаємопов'язані причинно-наслідковим зв'язком: оплата праці характеризує певний процес (як систему відносин), наслідком якого є заробітна плата як предмет (винагорода). Яка із цих позицій є більш виваженою – відповідь на це питання і стане предметом нашого подальшого аналізу.

1. Зайкин А.Д. Правовые вопросы организации оплаты труда рабочих / А.Д.Зайкин, С.И.Шкурко. – М.: Юрид. лит., 1967. – 208 с. 2. Российское трудовое право / Отв. ред. А.Д.Зайкин. – М.: Издат. группа ИНФРА-М–НОРМА, 1997. – 410 с. 3. Лившиц Р.З. Заработная плата в СССР. Правовое исследование / Р.З.Лившиц. – М.: Наука, 1972. – 271 с. 4. Лившиц Р.З. Трудовое законодательство: настоящее и будущее / Отв. ред. В.И.Никитинский. – М.: Наука. – 1989. – 192 с. 5. Каринский С.С. Оплата труда в промышленности: правовые вопросы / С.С.Каринский. – М.: Юрид. лит., 1971. – 200 с. 6. Трудовое право. Энциклопедический словарь / Гл. ред. Иванов С.А. – М.: Советская Энциклопедия, 1979. – 528 с. 7. Процевский А.И. Заработная плата и эффективность общественного производства / А.И.Процевский. – Х., Высшая школа, 1975. – 168 с. 8. Процевский А.И. Предмет советского трудового права / А.И.Процевский. – М.: Юрид. лит., 1979. – 224 с. 9. Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение / Л.Я.Гинцбург. – М.: Наука, 1977. – 310 с. 10. Фатуев А.А. Вознаграждение за труд по советскому трудовому праву / А.А.Фатуев. – М.: Юрид. лит., 1977. – 87 с. 11. Пестова О.К. Правовое регулирование заработной платы служащих промышленных предприятий: Тарифная сетка: автореф. дисс. на соискание учёной степени канд. юрид. наук: спец. 12.713 "Трудовое право" / Ольга Константиновна Пестова. – М., 1972. – 24 с. 12. Вайпан В.А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании заработной платы рабочих и служащих: автореф. дисс. на соискание учёной степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 "Трудовое право; право социального обеспечения" / Виктор Алексеевич Вайпан. – М., 1989. – 24 с.

Надійшла до редколегії 20.10.10

О. Коваленко, здобувач

ПОВТОРНОСТЬ ЗЛОЧИНІВ: ОСОБЛИВОСТІ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ ТА ОКРЕМИХ ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ

Дослідження присвячене проблемі регламентації інституту множинності, зокрема повторності злочинів, як у вичиняному, так і зарубіжному кримінальному законодавстві. В статті проаналізовано структуру ст.32 Кримінального кодексу України та проведено її порівняння з відповідними положеннями кримінального законодавства більшості пострадянських держав та ряду держав континентальної системи права.

Ключові слова: множинність злочинів, повторність, сукупність, рецидив.

Исследование посвящено проблеме регламентации института множественности, в частности повторности преступлений, как в отечественном, так и зарубежном криминальном законодательстве. В статье проанализирована структура ст.32 Криминального кодекса Украины и проведено ее сравнение с соответствующими положениями криминального законодательства большинства постсоветских государств и ряда государств континентальной системы права.

Ключевые слова: множественность преступлений, повторность, совокупность, рецидив.

Research is devoted to the problem of regulation of institute of multiplicity, in particular to repeated of crimes, both in domestic and foreign criminal legislation. In the article the structure of st.32 of the Criminal code of Ukraine is analysed and its comparing is conducted to the proper positions of criminal legislation of most postsovietyanskikh states and row of the states of the continental system of right.

Key words: multiplicity of crimes, repeated, aggregate, relapse.

Вперше у розділі VII Загальної частини Кримінального кодексу України 2001 р. (в подальшому – КК України) законодавець передбачив такі різновиди (форми) множинності злочинів, як повторність, сукупність та рецидив. У радянський період – в Кримінальному кодексі УСРР 1922 р., Кримінальному кодексі УСРР (УРСР) 1927 р., Кримінальному кодексі Української РСР (України) 1960 р. не передбачалося окремого розділу щодо множинності злочинів, а її прояви фіксувалися за допомогою таких понять та формулювань, як повторність, неодноразовість, систематичність, вчинення

злочину у виді промислу, вчинення кількох злочинів, вчинення злочину особою, раніше судимою, вчинення

злочину особливо небезпечним рецидивістом тощо. Таке різноманіття законодавчої термінології для позначення окремих випадків вчинення декількох злочинів не могло не викликати активних дискусій в науці кримінального права щодо виділення різновидів (форм) множинності [4, 96]. Такі дискусії тривають й дотепер, і вони не втратили своєї актуальності.

Одним із різновидів (однією з форм) множинності злочинів є їх повторність. Ст.32 КК України, яка має саме таку назву, встановлює:

1. *Повторністю злочинів визнається вчинення двох або більше злочинів, передбачених тією самою*

статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу.

2. Повторність, передбачена частиною першою цієї статті, відсутня при вчиненні продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром.

3. Вчинення двох або більше злочинів, передбачених різними статтями цього Кодексу, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу.

4. Повторність відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом, або якщо судимість за цей злочин була погашена або знята [1].

Формулювання цілей статті

Мета дослідження – провести порівняльно-правовий аналіз вітчизняного та зарубіжного кримінального законодавства в частині регламентації повторності злочинів та виявити основні тенденції щодо такої регламентації в кримінальному праві пострадянських держав, та окремих держав, що відносяться до так званої континентальної системи права.

Результати дослідження

Якщо проаналізувати структуру ст.32 КК України, то вона є наступною:

ч.1 та ч.3 – встановлюють певні особливості злочинів, що можуть утворювати повторність;

ч.2 – відмежовує повторність злочинів від одиничного продовжуваного злочину;

ч.4 – вказує на особливі кримінально-правові ситуації, за яких повторність відсутня [2, 70].

Слід звернути увагу на те, що ч.1 ст.32 КК України закріплює такий вид повторності, як повторність тотожних злочинів. За змістом ч.1 ст.32 КК України тотожні злочини – це злочини одного виду, вони передбачені однією і тією самою статтею Особливої частини КК, в назві якої вид злочину, як правило, і знаходить своє відображення.

В свою чергу ч.3 ст.32 КК України формулює інший вид повторності – повторність однорідних злочинів. Вона має місце, якщо особа вчиняє декілька злочинів, передбачених різними статтями КК України, але лише у випадках прямо передбачених Особливою частиною цього Кодексу. Однорідність злочинів – поняття, яке кримінальний закон не встановлює і яке певний час було дискусійним. Найбільшу розповсюдженість отримала точка зору, згідно з якою однорідними злочинами визнаються такі злочини, які посягають на однакові або подібні безпосередні об'єкти і вчинені з однією формою вини (обидва умисно або необережно). Це положення було викладене в п.2 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 3 грудня 1962 р. "Про практику призначення судами покарання у випадку вчинення нового однорідного чи не менш тяжкого злочину". І хоча це роз'яснення формально вже давно не має чинності, практика все одно орієнтується на нього при вирішенні даного питання [4, 100].

Вперше на законодавчому рівні ч.2 ст.32 КК України відмежовує повторність злочинів від одиничного продовжуваного злочину. Крім відмежування повторності злочинів від продовжуваного злочину, про що прямо зазначено в ч.2 ст.32 КК України, цю форму множинності злочинів необхідно відрізнити також від так званого складеного злочину та злочину, склад якого передбачає кілька альтернативних діянь [2, 72].

Ч.4 ст.32 КК України фіксує окремі кримінально-правові ситуації, за яких вчинений особою злочин не може бути елементом повторності:

– за вчинений злочин особа була звільнена від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом;

– судимість особи за вчинений нею злочин знята або погашена.

Порівняльно-правовий аналіз вітчизняного кримінального законодавства та кримінального законодавства окремих зарубіжних держав свідчить про те, що виділення повторності злочинів як різновиду (форми) їх множинності є характерним для кримінального законодавства більшості колишніх республік Радянського Союзу та деяких країн, які перебували у так званому соціалістичному таборі. У кримінальному праві держав далекого зарубіжжя повторність злочинів на рівні його Загальної частини практично не виокремлюється.

Майже у всіх кримінальних кодексах пострадянських держав у статтях їх Загальної частини дається визначення понять "повторність" або "неодноразовість злочинів", "сукупність злочинів" та "рецидив злочинів". При цьому у кримінальних кодексах чотирьох пострадянських держав (Республіки Узбекистан, Азербайджанської Республіки, Грузії та Республіки Білорусь) виокремлено розділи під назвою "Множинність злочинів", але у статтях, що містяться у цих розділах, визначення поняття "множинність злочинів" не дається. Водночас у них визначаються поняття "повторність злочинів", "сукупність злочинів" та "рецидив злочинів". У Кримінальних кодексах інших пострадянських держав (Російської Федерації, Республіки Казахстан, Республіки Вірменія, Республіки Молдова, Азербайджанської Республіки, Латвійської Республіки, Литовської Республіки, Республіки Таджикистан, Киргизької Республіки, Республіки Вірменія) визначення понять окремих форм множинності злочинів дається у статтях, які містяться у розділах, що стосуються злочину.

При порівнянні структури статей щодо повторності злочинів та окремих їх формулювань нашу увагу привернуло декілька моментів. Наприклад, повністю відповідає ст.32 КК України за формулюванням та структурою ст.21 Кримінального кодексу Республіки Вірменія від 29 квітня 2003 року.

В плані повноти регламентації повторності злочинів заслуговує на увагу ст.19 Кримінального кодексу Республіки Таджикистан від 21 травня 1998 року (надалі – КК Республіки Таджикистан). Цікавою ця стаття є перш за все завдяки своїй структурі – вона складається з 6 частин і, на нашу думку, найбільш повно регламентує цю форму множинності злочинів порівняно з відповідними статтями кримінальних кодексів інших пострадянських держав. Структура ст.19 КК Республіки Таджикистан наступна:

ч.1 – встановлює особливості вчинення злочинів, які утворюють повторність тотожних злочинів;

ч.2 – встановлює особливості вчинення злочинів, які утворюють повторність однорідних злочинів;

ч.3 – вказує на особливі кримінально-правові ситуації, за яких повторність відсутня;

ч.4 – вказує на особливості кваліфікації повторності злочинів;

ч.5 – відмежовує повторність злочинів від одиничного продовжуваного злочину;

ч.6 – відмежовує повторність злочинів від одиничного триваючого злочину.

Цікавим є підхід, застосований у Кримінальному кодексі Республіки Молдови від 18 квітня 2002 року (надалі – КК Республіки Молдови). По-перше, глава II Загальної частини "Злочин" сформована таким чином, що окремою нормою закріплює такі поняття, як "одиничний злочин" (ст.28), "триваючий злочин" (ст.29), "продовжуваний злочин" (ст.30) та "повторний злочин" (ст.31).

Повторним злочином визнається вчинення двох або більше ідентичних чи схожих діянь, передбачених однією і тією самою кримінальною нормою, за умови, що особа не була засуджена за жоден із них та не сплинув строк їх давності. Вчинення двох або більше діянь, передбачених різними статтями КК, визнається повторним злочином у випадках, передбачених Особливою частиною цього КК.

По-друге, лише КК Республіки Молдови у ст.32 дає визначення "множинності злочинів". Під нею розуміється вчинення декількох злочинів однією особою за умови, що принаймні за два із них не має процесуальних перепон для порушення нової кримінальної справи і що особа не була засуджена за жодний із них (ч.1). Згідно з ч.2 цієї статті множинність злочинів проявляється, залежно від обставин справи, у сукупності злочинів чи їх рецидиві. Отже, законодавець у КК Республіки Молдови відмовляється від загальноприйнятої на пострадянському просторі моделі різновидів (форм) множинності, формуючи її лише з сукупності та рецидиву, та відмовляється від вживання терміну "повторність злочинів", використовуючи натомість поняття "повторний злочин".

До речі, такий підхід, де замість поняття "повторність злочинів" використовується поняття "повторний злочин", вперше на пострадянському просторі було запроваджено у Кримінальному кодексі Грузії від 22 липня 1999 року.

Слід додати, що серед пострадянських держав не виділяється повторність злочинів як окремих різновидів (форма) множинності у кримінальному праві Литовської Республіки (КК передбачає лише такий прояв множинності, як рецидив), Естонської Республіки (Пенітенціарний кодекс цієї республіки взагалі не передбачає множинність злочинів та її різновидів (форм)). Особлива ситуація щодо повторності злочинів склалася в кримінальному праві Російської Федерації.

Що стосується останньої, то Кримінальний кодекс Російської Федерації, прийнятий 13 червня 1996 року (надалі – КК РФ), спочатку передбачав три форми множинності злочинів: неодноразовість (ст.16), сукупність (ст.17) та рецидив (ст.18). Федеральним законом РФ від 8 грудня 2003 р. № 161-ФЗ були внесені суттєві зміни до КК РФ, в тому числі і щодо відповідальності за множинність злочинів. З КК РФ була виключена ст.16, яка визначала поняття неодноразовості злочинів та її правових наслідків. Одночасно були внесені зміни до ч.1 ст.17 "Сукупність злочинів", а ст.18 "Рецидив злочинів" була викладена в новій редакції [6, 19]. Таким чином, Російська Федерація також відмовилася від такого різновиду (форми) множинності, як повторність злочинів.

У деяких країнах колишнього так званого соціалістичного табору по-різному вирішується питання нормативного визначення поняття як повторності злочинів, так і їх множинності взагалі.

Наприклад, у Кримінальному кодексі Республіки Польща від 1 січня 1997 року взагалі не вживаються словосполучення: повторність, сукупність, рецидив, множинність злочинів.

Інший приклад – глава друга Загальної частини Кримінального кодексу Республіки Болгарії від 15 березня 1968 року (надалі – КК Республіки Болгарії) містить розділ IV "Множинність злочинів", який складається з восьми статей, однак не містить нормативного визначення таких понять, як "повторність", "сукупність" та "рецидив злочинів", хоча при цьому виокремлює "небезпечний рецидив" У статтях цього розділу визначається порядок призначення покарання при вчиненні особою декількох злочинів.

Зокрема в ст.28 КК Республіки Болгарії зазначається: "Передбачене в Особливій частині КК покарання за злочин, вчинений повторно, призначається, якщо особа вчинила злочин після того, як вона була засуджена вироком, який набрав законної сили, за другий такий самий злочин. Це положення застосовується й тоді, коли воно стосується однакових видів злочинів проти громадської і особистої власності".

Ще один приклад: у главі IV Загальної частини Кримінального кодексу Китайської Народної Республіки від 14 березня 1997 року є §4 під назвою "Множинні злочини та покарання", однак в ньому також відсутнє нормативне визначення як самої множинності, так і її різновидів (окрім рецидиву, якому присвячено §2 цієї ж глави). Даний параграф регламентує порядок призначення покарання за декілька вчинених злочинів.

Як зазначалось вище, в кримінальному праві більшості держав далекого зарубіжжя, які належать до континентальної системи права, повторність злочинів окремо не виділяється. Як правило, у їх кримінальних кодексах встановлено порядок призначення покарання або лише за сукупністю злочинів, або за наявності сукупності та рецидиву. При цьому зазвичай не міститься нормативного визначення "сукупності" та "рецидиву злочинів". До першої групи можуть бути віднесені, зокрема, Кримінальний кодекс Голландії 1881 року і Кримінальний кодекс Іспанії 1995 року, до другої – Кримінальний кодекс Республіки Аргентини 1921 року, Кримінальний кодекс Швеції 1962 року, Кримінальний кодекс Бельгії 1867 року або Швейцарський Кримінальний Кодекс 1937 року.

Привертає увагу підхід Кримінального кодексу Японії від 24 квітня 1907 року (надалі – КК Японії) та Кримінального кодексу Республіки Корея від 18 вересня 1953 року, які не вживають терміну "повторність злочинів", однак дають визначення "повторного злочину". Так, ч.1 ст.56 КК Японії фіксує, що "Повторним скоєнням злочину вважається, якщо особа, засуджена до позбавлення волі з примусовою працею, протягом п'яти років з дня закінчення виконання покарання або дня звільнення від його виконання знову вчинила злочин, за який повинно бути призначене строкове позбавлення волі з примусовою працею".

Ще одним цікавим, з нашої точки зору, є підхід Кримінального кодексу Туреччини від 1 березня 1926 року, в ст.80 якого передбачено: "Неодноразове порушення одного і того ж положення закону з метою виконання рішення про вчинення правопорушення вважається одним правопорушенням, навіть якщо ці порушення вчинені в різний час".

Таким чином, проведене дослідження, а саме вибіркового порівняльно-правового аналізу відповідних норм кримінального права України та кримінального права окремих зарубіжних держав континентальної системи права показав, що питання повторності злочинів, як і їх множинності в цілому, вирішуються в сучасному кримінальному праві по-різному.

Висновки.

1. Незважаючи на те, що найбільш повно повторність злочинів регламентована в кримінальному праві пострадянських держав, тенденції щодо такої регламентації досить неоднозначні. Так, у більшості кримінальних кодексів колишніх союзних республік СРСР нормативне закріплення повторності злочинів є однотипним і в основних своїх рисах подібне до того, що має місце в КК України. Водночас повторність злочинів як окремих різновидів їх множинності взагалі не передбачена у КК Литовської Республіки та КК Естонської республіки. Російська Федерація відмовилася від виділення у

КК неодноразовості злочинів у 2003 році. КК Грузії та КК Республіки Молдова замість поняття "повторність злочинів" використовують поняття "повторний злочин".

2. Кримінальне законодавство тих зарубіжних країн, які певний час належали до так званого соціалістичного табору, також по-різному вирішує питання регламентації повторності злочинів. Деякі кримінальні кодекси взагалі не містять положення щодо множинності та її різновидів (форм), а деякі акцентують свою увагу лише на рецидиві.

3. Кримінальним законодавством деяких інших зарубіжних держав, що належать до континентальної системи права, зазвичай передбачено особливості кримінальної відповідальності за сукупність злочинів, а у ряді країн і за рецидив злочинів. При цьому, як правило, увага акцентується на призначенні покарання за наявності сукупності або рецидиву злочинів.

У подальших дослідженнях передбачається провести порівняльно-правовий аналіз регламентації повторності злочинів у кримінальному праві зарубіжних держав так званої англо-саксонської правової системи.

Потребують також спеціального вивчення зазначені вище підходи у кримінальному праві тих держав континентальної правової системи, які відмовилися від виділення повторності злочинів як окремого різновиду їх множинності – з аналізом аргументів такої відмови, сформульованих у відповідних теоретичних джерелах.

1. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. на 10 лютого 2010 року: (Відповідає офіц. текстів) – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ. – 152 с. 2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2006. – 848 с. – (Нормат. док. та комент.). 3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 5-те вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с. 4. О.І. Зінченко, В.І. Тютюгін. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: Монографія / За заг. ред. проф. Тютюгіна В.І. – Харків: "Фінн", 2008 – 336 с. 5. Кривошеїн П.К. Повторность в советском уголовном праве (теоретические и практические проблемы). – К.: Выща шк. 1990. – 159 с. 6. Стрижевська А.А. Сукупність злочинів за кримінальним правом України. Дисертація на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. – К., 2007. – 201 с. 7. Плотникова М.В. Неоднократность преступлений в уголовном праве России. – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / М.В. Плотникова. – М., 2003. – 16 с. 8. <http://lav.edu.ru>

Надійшла до редколегії 20.10.10

О. Дічкова, асп.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СКЛАДАННЯ ПРОЕКТУ ДЕРЖАВНОГО БЮДЖЕТУ УКРАЇНИ (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ)

Дане дослідження містить порівняльний аналіз норм Бюджетних кодексів України 2001 року та 2010 року, що регламентують процедуру складання проекту державного бюджету, зосереджується увага на запровадженні нових для українського бюджетного процесу та уточненні старих понять, термінів, процедур та документів.

Ключові слова: бюджетний кодекс, бюджетний процес, складання проекту державного бюджету.

Данное исследование посвящено сравнительному анализу норм Бюджетных кодексов Украины 2001 и 2010 годов, которые регламентируют процедуру составления государственного бюджета, акцентируется внимание на внедрении новых для украинского бюджетного процесса и уточнении старых понятий, терминов, процедур и документов.

Ключевые слова: бюджетный кодекс, бюджетный процесс, государственный бюджет.

This research contains the comparative analysis of the Budget Code of Ukraine 2001 and 2010, that regulate the procedure of drafting the state budget, and it is focused on the introduction of new for the Ukrainian budget process and the refinement of old concepts, terms, procedures and documents.

Key words: the Budget Code, the budget process, drafting the state budget.

На сьогоднішньому етапі розвитку, коли в суспільно-економічному житті України відбуваються значні зміни, потребує реформування і усталена процедура складання проекту державного бюджету.

Як відомо, ще в липні цього року Верховна Рада України прийняла новий Бюджетний кодекс України, за яким формується фінансовий план нашої держави. Причому слід зазначити, що Верховна рада України не прийняла нову редакцію Бюджетного кодексу України, шляхом прийняття Закону України "Про внесення змін до Бюджетного кодексу України", а саме схвалила новий Бюджетний кодекс України. Саме за цим законодавчим актом складається проект державного бюджету України, приймається, виконується і контролюється. Саме цей документ в сукупності з податковим законодавством (податковим кодексом) визначає економічне і соціальне життя держави.

Вперше норми про бюджетні відносини в Україні були кодифіковані ще в 2001 році, а з 1 січня 2002 року вони були уведені в дію [1]. Це була перша редакція Бюджетного кодексу України, в якому містились, як загальні норми, що регламентували процедуру складання проекту державного бюджету, його затвердження та виконання, так і спеціальні норми, які стосувалися окремих ланок бюджетної системи України. Упродовж дев'яти останніх років до Кодексу вносилися численні зміни і корективи, він доповнювався нормами окремих Законів України. Однак, в липні 2010 року Верховна Рада України, після опрацювання всіх попередньо внесених змін та доповнень, обумовлених економічними та

соціальними змінами в суспільстві, прийняла новий Бюджетний кодекс України, який вступає в дію 01.01.2011 року [2].

Загалом даний бюджетний кодекс не вносить особливо революційних змін у процедуру складання проекту державного бюджету, хоча деякі положення стали безперечною новелою бюджетного процесу України, та максимально наблизили бюджетний процес України до практики, яка існує в розвинутих країнах з більш менш стабільною економікою. З точки зору деяких критиків, можна було б обмежитись простим внесенням змін до існуючого Бюджетного кодексу, з огляду на те, що в більшій мірі, навіть збережена нумерація статей, які регулюють однакові норми та більшість нововведень перекочували зі статей законів про державний бюджет останніх восьми років [3].

В зв'язку з прийняттям нового Бюджетного кодексу України виникає потреба в проведенні порівняльного аналізу його положень з положеннями Бюджетного кодексу 2001 року, зокрема норм, які регламентують процедуру складання проекту державного бюджету України.

В новому Бюджетному кодексі України уточнюються існуючі терміни, зокрема такі, як – "видатки бюджету", "витрати бюджету", "доходи бюджету", "дефіцит бюджету", "кредитування бюджету" тощо. Також, Бюджетний кодекс України доповнено новими термінами та поняттями, які фактично використовувались в категоріальному апараті українського бюджетного процесу, але досі не були кодифіковані. До таких термінів відносяться, зокрема, "кошторис", "одержувач бюджетних коштів",

"паспорт бюджетної програми", "програмно-цільовий метод" тощо. Слід зазначити, що вищенаведені поняття визначаються і в Бюджетних кодексах інших країн, наприклад стаття 6 Бюджетного кодексу Російської Федерації також закріплює аналогічні терміни [4]. Недоліком нового Бюджетного кодексу України є те, що не всі важливі поняття, які він ввів закріплюються та визначаються в статті 2 "Визначення основних термінів", наприклад поняття "індикативні прогнозні показники Державного бюджету України". Також, слід закріпити на рівні кодексу поняття "Бюджетної декларації", яка має суттєве значення для складання проекту державного бюджету і з якої фактично розпочинається процедура складання проекту державного бюджету на наступний бюджетний рік, але про яку навіть не згадується в Бюджетному кодексі України.

Зазнали змін деякі питання організаційних засад складання проекту Державного бюджету України. Так, новий Бюджетний кодекс покладає обов'язок по складанню проекту державного бюджету України не на Міністра фінансів особисто, а на Міністерство фінансів, чим ускладнює процедуру притягнення до відповідальності, в разі невиконання цієї норми закону.

З огляду на те, що основною думкою всіх останніх бюджетних нововведень, в умовах сучасної світової кризи, є перехід до складання державного бюджету орієнтованого на досягнення результату, перехід від управління бюджетними витратами до управління бюджетними результатами, чи іншими словами до програмно-цільового методу складання державного бюджету та середньострокового планування. Першим суттєвим кроком до запровадження програмно-цільового методу складання проекту державного бюджету в бюджетний процес України, було прийняття Кабінетом Міністрів України в 2002 році "Концепції застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі" [5]. До цього моменту, складання проекту бюджету ґрунтувалося на обрахунку потреби у видатках. У спадок від радянських часів та адміністративно-планової економіки, Україні залишилась процедура складання проекту державного бюджету нормативно-балансовим методом, яка мала суттєві недоліки та не відповідала сучасним потребам бюджетного процесу. На сьогодні, більша частина розвинутих країн відмовились від цього методу і використовують сучасніші та ефективніші технології складання проекту державного бюджету, серед них країни Європи, США, Російська Федерація, Японія тощо. Наступними кроками для запровадження програмно-цільового методу складання проекту державного бюджету стали прийняття низки відповідних нормативно-правових актів: Закону України "Про державні цільові програми" від 18.03.2004 року, Постанови Кабінету Міністрів України "Про порядок розроблення та виконання державних цільових програм" від 31.01.2007 року, тощо. Тобто положення, що регулювали процедуру складання проекту державного бюджету України за програмно-цільовим методом були розсіяні по різних нормативно-правових актах, та не були закріплені на рівні Бюджетного кодексу. В цьому плані, новий Бюджетний кодекс України здійснив значний внесок в бюджетний процес України, вперше закріпивши складові програмно-цільового методу у бюджетному процесі: дав визначення бюджетної програми, її результативних показників та відповідального виконавця, паспорту бюджетної програми, та розкрив їх суть, унормував застосування програмно-цільового методу бюджетування із проведенням оцінки ефективності бюджетних програм.

Відповідно до концепції застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі України, одним

із основних елементів та необхідною передумовою застосування програмно-цільового методу є середньострокове бюджетне планування. Перехід до середньострокового бюджетного планування дасть учасникам бюджетного процесу можливість узгодити свої стратегічні плани діяльності з наявними бюджетними коштами, як у рамках підготовки проекту бюджету на відповідний рік, так і на наступні періоди, що сприятиме переходу до формування довгострокової бюджетної політики. В зв'язку з цим, Бюджетним кодексом України запроваджено механізм середньострокового бюджетного планування, зокрема, передбачено складання прогнозу бюджету на наступні за плановим два бюджетні періоди, визначено склад прогнозу Державного бюджету України на наступні за плановим два бюджетні періоди. В Бюджетному кодексі України з'явилась нова стаття 21 "Складання прогнозу бюджету на наступні за плановим два бюджетні періоди", якою на Міністерство фінансів України за участю Міністерства економіки України, Національного банку України та головних розпорядників бюджетних коштів, покладені повноваження щодо складання прогнозу Державного бюджету України на наступні за плановим два бюджетні періоди, причому визначено, що цей прогноз повинен ґрунтуватись на Програмі діяльності Кабінету Міністрів України, прогнозних та програмних документах економічного та соціального розвитку, державних цільових програмах. Цією ж статтею, при визначенні складу прогнозу Державного бюджету України на наступні за плановим два бюджетні періоди, вводиться нове для бюджетного процесу України поняття "індикативні прогнозні показники". Індикативне планування є суто економічним терміном, відноситься до непрямих методів планування прогнозних показників (рекомендації), та означає пасивну форму управління життєдіяльністю регіонів та територіальним розвитком держави в цілому. Основними принципами індикативного планування є: поєднання аналітичних і прогнозних методів для вивчення соціально-економічних процесів, визначення конкретних об'єктів державного впливу; широке інформування суб'єктів фінансових відносин про певні перспективи і прогнози соціально-економічного розвитку для забезпечення їх необхідною орієнтацією при виборі особистих господарських рішень, застосування переважно непрямих (побічних) регуляторів та нормативів, не обов'язкових для суб'єктів фінансових відносин, реалізація прямого впливу на соціально-економічні процеси переважно через засоби державного бюджету.

З огляду на дані нововведення постає два важливі питання: тривалості середньострокового планування та доцільності затвердження перспективного бюджетного плану у вигляді закону. Позиція законодавця з цих питань втілена в ст. 21 Бюджетного кодексу України: прогноз Державного бюджету України на наступні за плановим два бюджетні періоди подається до Верховної Ради України разом з проектом закону про Державний бюджет України, уточнюється на підставі прийнятого закону про Державний бюджет України та схвалюється Кабінетом Міністрів України у місячний строк з дня опублікування закону про Державний бюджет України.

У більшості країн (Велика Британія, Канада, Нідерланди, Швеція, Франція, Нова Зеландія) середньостроковий бюджет розробляється, вноситься і коригується одночасно зі щорічним бюджетом. Винятком є Німеччина, Австрія, США, Австралія.

Так, наприклад, у Німеччині річний бюджет складається на основі середньострокового фінансового плану, який щороку подається до парламенту по укрупнених позиціях в аналітичних цілях. У США, середньострокові

проектування видатків розробляються і вносяться у складі бюджетної пропозиції Президента.

Таким чином, прийняття державного бюджету на три роки у вигляді закону є гарантією виконання обраних напрямів бюджетної політики та соціально-економічних програм, а також підвищення відповідальності органів державної влади за виконання покладених на них функцій. З іншого боку, прийняття державного бюджету на такий період посилює вимоги до якості організації бюджетного процесу та стабільності бюджетної політики, що в сьогоденних умовах фінансової та політичної нестабільності України, вбачається неможливим.

На наш погляд, в Україні доцільно здійснювати середньострокове бюджетне планування на два наступні за поточним бюджетні роки, як це передбачається новим Бюджетним кодексом України. Для України немає сенсу приймати середньостроковий бюджет у вигляді закону, а необхідно законом затверджувати Державний бюджет на наступний бюджетний рік в контексті розробленого середньострокового плану на дворічний бюджетний період.

В зв'язку з запровадженням програмно-цільового методу та середньострокового бюджетного планування, значних змін зазнали статті Бюджетного кодексу України, які регламентують діяльність головних розпорядників бюджетних коштів. Таким нововведенням є – встановлення вимоги щодо складання головними розпорядниками бюджетних коштів плану діяльності на наступні за плановим два бюджетні періоди та розширення основних функцій головних розпорядників бюджетних коштів в частині розробки плану діяльності на наступні за плановим два бюджетні періоди, складання паспортів бюджетних програм та звітів про їх виконання, здійснення оцінки ефективності бюджетних програм, розробки порядків використання бюджетних коштів, публічного представлення та публікації інформації про бюджет за бюджетними програмами із представленням відомостей про їх результати. У процесі підготовки та складання бюджетних запитів головними розпорядниками бюджетних коштів концептуальних змін не відбулося. Аналіз бюджетних запитів і розробка проекту Державного бюджету України відбувається за механізмом відображенням у старому Бюджетному кодексі України.

Змінилися строки та терміни розробки, подання та схвалення учасниками бюджетного процесу основних правових документів необхідних для складання проекту державного бюджету України. Передбачено, що робота по складанню проекту державного бюджету розпочинається значно раніше ніж це було встановлено в Бюджетному кодексі 2001 року, що в свою чергу дасть можливість більш ґрунтовно та в відповідний строк підготувати проект державного бюджету України. Також, уточнено склад Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період та переглянуто терміни їх розробки, зокрема встановлено схвалення Кабінетом Міністрів України Основних напрямів бюджетної політики на наступний бюджетний період до 1 квітня року, що передусь плановому (раніше було – не пізніше ніж за 4 дні до 1 червня), змінена процедура розроблення та схвалення Основних напрямків бюджетної політики. Так, Міністерство фінансів України спільно з іншими центральними органами державної виконавчої влади розробляє та подає проект Основних напрямків бюджетної політики на наступний бюджетний період та до 20 березня року, що передусь плановому на розгляд Кабінету Міністрів України, в свою чергу останній не пізніше 1 квітня року, що передусь плановому розглядає, схвалює даний проект та у триденний строк подає його до Верховної Ради України. Якщо раніше, Національ-

ний банк України повинен був до 1 квітня року, що передусь плановому подати до Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України проект основних засад грошово-кредитної політики на наступний бюджетний період та проект кошторису доходів та видатків Національного банку України на наступний бюджетний період, то за новим Бюджетним кодексом України, на Національний Банк України покладається обов'язок подати прогностичні монетарні показники на наступний рік та проект кошторису на наступний рік, вже до 15 березня року, що передусь плановому.

Крім того, уточнено складові змісту основних напрямків бюджетної політики. На нашу думку, положення, які містить Проект Основних напрямків бюджетної політики відповідно до нового Бюджетного кодексу України в значній мірі дублюють положення, визначені Бюджетною декларацією Кабінету Міністрів України, та носять більш декларативний характер. Отже, можна зробити висновок, що складові Проекту Основних напрямків бюджетної політики, що закріплювались в Бюджетному кодексі України 2001 року були більш конкретизованими та обґрунтованими.

Новелами Бюджетного кодексу України є закріплення за Кабінетом Міністрів України обов'язку подання до Комітету Верховної Ради України з питань бюджету експертного висновку до законопроекту, підготовленого Міністерством фінансів України за участю інших заінтересованих центральних органів виконавчої влади та закріплення за Кабінетом Міністрів України повноважень по встановленню критеріїв щодо визначення одержувача бюджетних коштів (із врахуванням напрямів, досвіду і результатів діяльності, фінансово-економічного обґрунтування виконання заходів та на договірних умовах). Також, нормами нового Бюджетного кодексу України, вперше визначено положення щодо реалізації повноважень Радою Національної безпеки і оборони в частині розгляду нею проекту закону про Державний бюджет України по статтях, пов'язаних із забезпеченням національної безпеки та оборони України.

Бюджетним кодексом України також, передбачено ряд нових для бюджетного процесу України положень, зокрема:

положення що забезпечуватимуть виконання повноважень Президента України у бюджетному процесі, зокрема подання Кабінетом Міністрів України Президенту України проекту закону про Державний бюджет України, в терміни визначені для подання до Верховної Ради України, а також обґрунтувань і розрахунків щодо бюджетних показників такого закону, змінених в ході його розгляду у Верховній Раді України. Крім того, унормовано подання Президенту України звітності про виконання бюджету;

встановлено подання разом з проектом закону про Державний бюджет України додаткової інформації: інформації про мету, завдання та очікувані результати виконання бюджетних програм головними розпорядниками бюджетних коштів; розрахунку вартісної величини прожиткового мінімуму на відповідний бюджетний період; переліку та обсягів коштів за державними цільовими програмами, які включено головними розпорядниками коштів державного бюджету до бюджетних програм, передбачених у проекті закону про Державний бюджет України; плану державних запозичень на наступний бюджетний період, а також перелік інвестиційних програм (проектів), під які можуть надаватися державні гарантії у наступному бюджетному періоді; розрахунків обсягів компенсації втрат суб'єктів господарювання внаслідок прийняття Кабінетом Міністрів, іншими центральними органами виконавчої влади рішень щодо

регулювання цін і тарифів на окремі види продукції, товарів і послуг; інформації щодо врахування пропозицій Ради національної безпеки і оборони України до проекту закону про Державний бюджет України по статтях, пов'язаних із забезпеченням національної безпеки і оборони України; інформації про залучення довгострокових (більше одного року) кредитів (позик), надання гарантій, набуття прав поручителя за такими зобов'язаннями державними підприємствами, у тому числі господарськими товариствами, у статутному фонді яких державі належить 50 та більше відсотків акцій (часток, паїв);

передбачено подання до законопроекту, який впливає на показники бюджету фінансово-економічного обґрунтування (включаючи відповідні розрахунки) та пропозицій змін до законодавчих актів щодо скорочення витрат бюджету та/або джерел додаткових надходжень бюджету для досягнення збалансованості бюджету; передбачено визначення у додатках до закону про Державний бюджет України видатків споживання, з них видатків на оплату праці, комунальних послуг і енергоносіїв, та видатків розвитку в бюджетних установах (у додатках до закону, що визначають бюджетні призначення), переліку та обсягів кредитів (позик), що залучаються державою від іноземних держав, банків і МФО для реалізації інвестиційних програм (проектів) в розрізі бюджетних програм (окремим додатком до закону).

З метою уникнення тих, антиконституційних випадків, коли в зв'язку з негативною політичною ситуацією в країні, Україна фактично існувала без головного фінансового закону – закону України про державний бюджет

на відповідний рік, Бюджетним кодексом України удосконалено процедуру прийняття цього закону. Так, у разі застосування Президентом України права вето до закону про Державний бюджет України встановлено вимогу щодо прийняття Верховною Радою невідкладно рішення про його повторний розгляд та подання у тиждень Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України змін до показників, зазначених у текстових статтях такого закону, та оновлених додатків до нього відповідно до пропозицій Президента України. Тобто, відхилення проекту закону про державний бюджет не передбачається взагалі – парламент приречений його прийняти. В цілому Бюджетним кодексом України 2010 року складає досить позитивне враження. Ефективність дії норм нового Бюджетного кодексу України можна буде оцінювати за наслідками дії Закону України "Про Державний бюджет на 2011 рік".

1. Бюджетний кодекс України від 01.06.2001 р., № 2542 – III // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2542-14>. 2. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р., № 2456 – VI // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2456-17>. 3. Ганущак Ю. Новий Бюджетний кодекс: на фінансові революції не очікуйте. // Дзеркало тижня., № 26 (806) 10, 16.07.2010 р. // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.dt.ua/2000/2040/70023/>. 4. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 года, № 145-ФЗ // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.roskodeks.ru/codecs/197.html>. 5. Розпорядженням Кабінету Міністрів України "Про схвалення Концепції застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі" від 14.09.2002 року, №538-р // [електронний ресурс] – режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=538-2002-%F0>.

Надійшла до редколегії 20.10.10

Н. Златіна, асп.

ОСОБЛИВОСТІ БАНКІВСЬКИХ СИСТЕМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН (НА ПРИКЛАДІ ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ, ІТАЛІЇ ТА ШВЕЙЦАРІЇ)

У статті розглядаються банківські системи чотирьох країн, а саме: Франції, Німеччини, Італії та Швейцарії. Аналізуються перший і другий рівні банківської системи та органи, що здійснюють функцію нагляду за банківською діяльністю у кожній з країн.

Ключові слова: банківська система, центральний банк, універсальні банки, спеціалізовані банки, банківський надгляд.

В статті рассматриваются банковские системы четырех стран, а именно: Франции, Германии, Италии и Швейцарии. Анализируются первый и второй уровни банковской системы и органы, осуществляющие функцию надзора за банковской деятельностью в каждой из стран.

Ключевые слова: банковская система, центральный банк, банки универсального типа, специализированные банки, банковский надзор.

The article deals with banking systems of four countries – France, Germany, Italy and Switzerland. The first and the second levels of banking system as well as the organs that carry out supervisory function of banking activity in each of the countries have been analysed.

Key words: banking system, central bank, universal banks, specialized banks, banking supervision.

Одним з головних чинників економічного зростання будь-якої країни є стабільність банківської системи. Управління нею є цільовим напрямом у діяльності держави і забезпечується шляхом регулювання відповідного законодавства. Держава визначає спеціальні органи, що виступають в ролі суб'єктів управління банківською системою, до яких належить насамперед центральний банк.

Питання банківської системи досліджується багатьма вченими-економістами, але з правової точки зору цю тему розробляють у своїх працях вчені-юристи, зокрема Л.К.Воронова, Д.О.Гетманцев, І.Б.Заверуха, О.А. Костюченко, В.Л. Кротюк, А.Т. Ковальчук, О.П.Орлюк, В.В. Пасічник, А.О.Селіванов та інші.

Банківські системи зарубіжних країн в загальному вигляді мають багато спільного, але водночас у кожній з них є свої особливості.

Так, до структури банківської системи Франції входить: Банк Франції, як центральний банк країни; депозитні банки, що спеціалізуються в галузі короткострокових кредитних операцій; інвестиційні або ділові банки,

що фінансують промислове виробництво шляхом емісійно-установчих операцій та банки середнього та довгострокового кредиту [1, с.152].

Банк Франції посідає центральне місце в організації фінансової системи, створює сприятливі умови для її функціонування, забезпечуючи стабільність цін, грошей і надійність банківського сектору [2, с.151].

До структури Банку Франції входять дві ради: Генеральна Рада та Рада з питань грошової політики.

Генеральна Рада займається кадровими питаннями, визначенням прибутку Банку Франції тощо. Організаційно до структури Генеральної Ради входить Рада з питань грошової політики, представники Ради міністрів, казначейства та інших структур.

До компетенції Ради з питань грошової політики входить розробка грошової стратегії і тактики держави, визначення основних грошових агрегатів та інших показників, що забезпечують досягнення кінцевих цілей грошової політики. Очолює Раду керуючий Банком

Франції, крім того, до її складу входять вісім членів, що призначаються Радою міністрів [3, с.158].

Депозитні банки утворюють об'єднання, найбільшими серед яких є ті, що очолюються великими банками – "Credit Agricole", "BNP Paribas", "Societe Generale".

Процес концентрації банківського капіталу не припинявся з часу закінчення Другої світової війни, особливо він прискорився в період націоналізації з 1982 до 1986 рр. Націоналізація мала на меті порятунк проблемних банків, перебудову та укріплення банківського сектору. Наприкінці 1980-х років майже всі банки були продані приватним інвесторам.

Ділові банки здавна спеціалізувались лише на довгострокових операціях, вони розміщували вклади своїх клієнтів у цінні папери. Але в 1966 році цим банкам дозволили здійснювати короткострокові операції. Таким чином, вони стали схожі на універсальні банки і їх клієнтами стали великі промислові та торговельні фірми.

Банки середнього та довгострокового кредиту здебільшого належать великим банкам, які надають їм ресурси для видачі кредитів і забезпечують обслуговування платіжного обороту [4, с.69-70].

Особливе місце у Франції займає система банківського контролю, головну роль в якій відіграють Міністерство економіки і фінансів та Банк Франції. Міністерство здійснює передусім політичне керівництво, а центральний банк – контроль за діяльністю кредитних установ. Крім того, створені ще 4 органи контролю за банками, а саме: Національна кредитна рада, Комітет банківської регламентації, Комітет кредитних установ та Банківська комісія. Організаційно вони перебувають під безпосереднім контролем Банку Франції та Міністерства економіки і фінансів.

Національна кредитна рада здійснює реєстрацію розпоряджень монетарної влади, виконує консультаційні функції, здійснює велику дослідну роботу, готує рекомендації з монетарної політики.

Комітет банківської регламентації визначає правила функціонування кредитних установ, підписує фінансові умови їх діяльності, визначає порядок відкриття відділень і умови участі в капіталах інших установ.

Комітет кредитних установ приймає рішення, що безпосередньо стосуються кредитних установ, здійснює перевірку відповідності їх діяльності до вимог їх статусу, технічних і фінансових засобів, репутації акціонерів тощо.

Банківська комісія здійснює нагляд за дотриманням законодавства на основі бухгалтерських рахунків і звітності, перевіряє законність операцій усіх кредитних установ країни, в тому числі і зарубіжних філій. За розпорядженням Банку Франції Банківська комісія проводить ревізії на місцях. Вона наділена повноваженнями з перевірки будь-якої банківської документації, використовує інформацію Центрального бюро ризиків, що здійснює свою діяльність в Банку Франції для визначення рейтингу клієнтів. За результатами юридичного нагляду можуть застосовуватись санкції, зокрема: штрафи, застереження, а також усунення від посади керівництва та анулювання ліцензії банку [5, с.167-168].

Банківська система Німеччини складається з Федерального банку (Бундесбанк), універсальних банків, до яких входять приватні, кооперативні та публічно-правові банки та спеціалізованих банків, якими є приватні та публічно-правові банки.

Бундесбанк здійснює регулювання за допомогою валютно-грошових повноважень, що надані йому законом, грошового обігу і кредитного забезпечення економіки з метою збереження стабільності валюти, а також піклується про банківське виконання системи розрахунків у країні та за кордоном. У його розпорядженні є цілий ряд

валютно-політичних інструментів, що використовуються ним самостійно, без втручання інших відомств.

Органами управління Бундесбанку є Рада центрального банку, Рада директорів та Правління центральних земельних банків [6].

Рада центрального банку визначає грошово-кредитну і валютну політику. До її складу входять президент Бундесбанку, віце-президент і президенти земельних банків. Рішення ухвалюються простою більшістю голосів. Склад ради призначається президентом Німеччини за поданням федерального уряду, а президенти земельних банків – за пропозицією федерального ради.

Рада директорів є центральним виконавчим органом Бундесбанку. До його складу входять президент та віце-президент і вісім інших членів. Їх призначає президент за поданням федерального уряду на строк вісім років, хоча можливі коротші і довші строки. Директорат відповідає за операції з державою та її грошовими фондами, а також за валютні операції, операції на валютному ринку [7, с.60].

Центральний банк земель очолює правління, до складу якого входить президент та віце-президент. В той же час, до складу найбільших центральних банків земель входять додатково ще по одному члену правління. Члени правління, як і члени Ради директорів, повинні мати високу професійну кваліфікацію. Призначення президентів, які є одночасно членами Ради центрального банку відбувається так само, як і призначення членів Ради директорів. Проте пропозиції належать не Федеральному уряду, а Бундесрату (палаті парламенту).

Бундесрат зобов'язаний згідно із законодавством кожної землі дотримуватись пропозицій компетентного органу, як правило, уряду землі.

Завдання центральних земельних банків полягає у здійсненні операцій і адміністративному управлінні у своєму регіоні. До їх компетенції входить також право робити висновки під свою відповідальність щодо операцій із адміністраціями землі і кредитними інститутами свого регіону, якщо вони перебувають поза компетенцією Ради директорів.

У кожному центральному земельному банку діє дорадчий орган – Рада, яка обговорює з президентом центрального банку землі питання, що стосуються валютної і кредитної політики, а з Правлінням банку – щодо шляхів вирішення завдань, що входять до компетенції банку [8, с.181].

Універсальні банки поділяються на три категорії: приватні банки, до яких належать 5 великих банків, близько 200 регіональних, 60 філій іноземних банків та 70 приватних банків; кооперативні банки, до яких належать близько 2500 кредитних товариств Фольксбанку та Райффайзенбанку, що функціонують у невеликих містах; публічно-правові банки, до яких належать близько 600 ощадних кас та 12 жироцетралей, що діють за регіональним принципом і в сукупності мають майже 19 000 філій.

Спеціалізованих банків у Німеччині налічується близько 200, за правовими ознаками вони також поділяються на приватні та публічно-правові. Найпоширенішими типами спеціалізованих банків є: іпотечні банки, будівельні-ощадні каси, банки споживчого кредиту, інвестиційні банки, гарантійні банки.

Нагляд за діяльністю комерційних банків у Німеччині здійснює Федеральне відомство контролю, яке підпорядковується вказівкам та службовому наглядові федерального міністра фінансів. Контрольна функція не входить до компетенції Бундесбанку з метою недопущення адміністративного тиску на банки. Відомство є самостійним федеральним верховним органом, який

керує системою кредитних інститутів, видає ліцензії на банківську діяльність, встановлює обов'язкові вимоги для банківських установ, здійснює нагляд за додержанням банківського законодавства та має право вимагати від банків будь-яку інформацію, проводити ревізії, втручатися в оперативну діяльність і видавати розпорядження щодо негайного припинення операцій [9, с.137].

До банківської системи Італії входить: Банк Італії та Міжвідомчий комітет з кредитів і заощаджень, як перший рівень. До другого рівня належать комерційні банки та спеціалізовані фінансово-кредитні установи.

Банк Італії є виконавчим інструментом у грошово-кредитній сфері і є впливовою економічною установою у сфері державного регулювання економіки.

За організаційною структурою він є акціонерним банком і належить ощадним банкам, іншим великим комерційним банкам, страховим компаніям та установам соціального забезпечення. Контроль з боку держави за центральним банком здійснюється опосередковано – через володіння контрольним пакетом акцій вищезазначених структур – акціонерів Банку Італії.

Керівник Банку Італії призначається Президентом країни за поданням прем'єр-міністра. Важливі рішення ухвалюються після обговорення в директораті Банку Італії, до складу якого входить керівник, генеральний директор та два його заступники. Наради директорату проводяться 2 рази на місяць.

Очолює Банк Італії Вища Рада, до якої входить керуючий, що обирається Радою і 12 директорів. Головним її завданням є реалізація рішень Міжвідомчого комітету з кредитів і заощаджень.

Міжвідомчий комітет з кредитів і заощаджень є державним інститутом, головою якого є міністр казначейства, а членами – міністр громадських робіт, міністр промисловості, міністр сільського господарства, міністр зовнішньої торгівлі, міністр бюджету і економічного програмування та міністр фінансів. Крім, зазначених посадових осіб, у роботі комітету бере участь керівник Банку Італії [10].

Комерційні банки Італії поділяються на: депозитні банки, банки рухомого майна та інвестиційні банки.

До депозитних банків належать, насамперед, три банки національних інтересів зі своїми філіалами, які є власністю Інституту реконструкції промисловості. Вони поділяються на 5 категорій: 5 найбільших банків, 5 великих банків, 11 середніх банків, 20 дрібних та 194 найдрібніших банків.

До банків рухомого майна належать 5 банків, які створюють конкуренцію своїм державним аналогам, оскільки у своїй основі вони є приватними.

Інвестиційні банки Італії представлені державними та напівдержавними банками, які здійснюють середньострокове і довгострокове кредитування промисловості, дрібних і середніх фірм, а також інфраструктури країни [11, с.257].

Залежно від правової форми спеціалізовані фінансово-кредитні установи Італії поділяються на такі категорії: юридичні особи публічного права, в тому числі спеціальні кредитні підрозділи банків – юридичних осіб публічного права, які наділені власною правосуб'єктністю; корпорації, що засновані банками; спеціальні кредитні підрозділи банків – юридичних осіб публічного права і ощадних банків, що не наділені власною правосуб'єктністю, але мають окремий капітал.

Більшість спеціальних кредитно-фінансових установ прямо або опосередковано належать до державного сектору. Це залежить від правової форми або від того, кому належить контрольний пакет акцій – державі чи її органам [12, с.330].

Функції банківського і фінансового нагляду в Італії виконують 3 органи: Міжвідомчий комітет з кредитів і заощаджень, Банк Італії та Національна комісія з контролю за фінансовими компаніями та фондовою біржею.

Міжвідомчий комітет відповідає за загальний нагляд у сфері кредитної політики і захисту ощадних внесків. Банк Італії готує проекти рішень і пропозицій з питань нагляду за резолюціями Міжвідомчого комітету, встановлює правила нагляду і сам безпосередньо його здійснює у документарній чи дистанційній формах. Національна комісія з контролю над фінансовими компаніями і фондовою біржею контролює діяльність кредитно-фінансових установ на ринку цінних паперів [13, с.268].

Банківська система Швейцарії представлена Національним банком Швейцарії, універсальними та спеціалізованими банками.

Національний банк Швейцарії – це акціонерна компанія з капіталом 25 млн. швейцарських франків. 55% його капіталу належить кантонам, кантональним банкам та іншим структурам публічного права, а 45% – фізичним та юридичним особам. Водночас Федеральний уряд Швейцарії не володіє акціями Національного банку Швейцарії.

Керівними органами Національного банку Швейцарії є Банківська рада та Рада керуючих.

До складу Банківської ради входять 11 осіб, з яких 6, у тому числі президент і віце-президент, призначаються Федеральною радою, а 5 – зборами акціонерів. Функцією Банківської ради є контроль за діяльністю банків.

Рада керуючих складається з 3 членів та їх заступників, що призначаються Федеральною радою за поданням Банківської ради терміном на 6 років. Рада керуючих є виконавчим органом Національного банку Швейцарії, яка відповідає за грошову політику.

Групу універсальних банків Швейцарії складають великі банки, кантональні, регіональні та ощадні банки.

До найбільших Швейцарських банків належать: "Credit Suisse", "Credit Suisse First Boston", "United bank of Switzerland" та "Union Bank of Switzerland". На сьогодні частка цих банківських установ в активах банківської системи країни становить майже 63 відсотки.

Державними є 24 кантональні банки. Держава відповідає за їх зобов'язання, а управління ними проводиться за участі органів місцевої влади. Спочатку вони займалися лише залученням вкладів та іпотечним кредитуванням, а нині перетворились на повноцінні універсальні банки.

Частина регіональних банків та ощадних кас Швейцарії є державними. Деякі з них функціонують у формі акціонерних товариств, однак, незалежно від форм власності їх діяльність має локальний характер.

До спеціалізованих банківських установ належать: інвестиційні банки, іноземні банки та приватні банкіри.

Інвестиційні банки спеціалізуються на операціях з цінними паперами. Іноземні банки не займаються залученням депозитів, а спеціалізуються на кредитуванні великих підприємств, управлінні майном клієнтів та фінансових операціях. Приватні банкіри спеціалізуються на депозитах, довірчих та фондових операціях. Вони являють собою установи, засновники яких несуть особисту відповідальність за всі борги. Вони не є акціонерними товариствами і від них не вимагається формування резервів [14, с.72-74].

Федеральна комісія банківської діяльності несе відповідальність за здійснення нагляду за банківською діяльністю у Швейцарії.

Нагляд за діяльністю найбільших банківських груп має на меті: зниження системних ризиків, отримання більш актуальної та точної інформації про ефективний

розвиток найбільших банківських груп, підвищення надійності швейцарських систем нагляду та взаємодію з компетентними органами інших країн, індивідуальний нагляд за діяльністю банківських груп, що діють в інших країнах тощо [15, с.572].

Підводячи підсумок, можна дійти висновку, що банківські системи країн, що розглядалися у даній статті мають дворівневий характер. На першому рівні діють центральні банки, але у банківській системі Італії на цьому рівні діють Банк Італії та Міжвідомчий комітет з кредитів і заощаджень. Другий рівень зазначених країн представлений універсальними та спеціалізованими банками, що мають ряд особливостей.

Особливої уваги заслуговує питання банківського нагляду. Так, у Франції та Італії нагляд за банківською діяльністю здійснюється не лише центральними банками, але й спеціальними уповноваженими органами. Функція нагляду в Німеччині та Швейцарії не входить до функцій центральних банків цих країн, а здійснюється спеціально створеними органами.

1. Мельник П.В. Банківські системи зарубіжних країн: підручник / Мельник П.В., Тарангул Л.Л., Гордей О.Д. – К.: Алерта, Центр учбової літератури, 2010. – С.152.
2. Там само – С.151.
3. Рудый К.В. Финансовые, денежные и кредитные системы зарубежных стран: Учеб.пособие. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Новое знание, 2004. – С.158.
4. Рисін В.В. Грошово-кредитні системи зарубіжних країн: Навч. посіб. – К.: УБС НБУ, 2007. – С.69-70.
5. Рудый К.В. Финансовые, денежные и кредитные системы зарубежных стран: Учеб.пособие. – 2-е изд., испр. и доп. – М., 2004. – С.167-168.
6. Офіційна Інтернет сторінка Федерального банку Німеччини: <http://www.bundesbank.de>.
7. Рисін В.В. Грошово-кредитні системи зарубіжних країн: Навч. посіб. – К., 2007. – С.60.
8. Мельник П.В. Банківські системи зарубіжних країн: підручник/Мельник П.В., Тарангул Л.Л., Гордей О.Д. – К., 2010. – С.181.
9. Старинский М.В. Порівняльне банківське право: Навч. посіб. – Суми, 2006. – С.137.
10. Офіційна Інтернет сторінка Банку Італії: <http://www.bancaditalia.it>.
11. Мельник П.В. Банківські системи зарубіжних країн: підручник/Мельник П.В., Тарангул Л.Л., Гордей О.Д. – К., 2010. – С.268.
12. Рисін В.В. Грошово-кредитні системи зарубіжних країн: Навч. посіб. – К.:УБС НБУ, 2007. – С.72-74.
13. Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты / П.Нобель; [пер. с англ.] – М.:Волтерс Клувер, 2007. – 1152 с. – С.572.

Надійшла до редколегії 20.10.10

УДК 346.9

О. Заярний, асп.

ВИНА В СИСТЕМІ УМОВ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У запропонованій статті досліджується вина як одна з умов господарсько-правової відповідальності, визначаються ознаки цього поняття. Особлива увага приділяється значенню суб'єктивної умови відповідальності при встановленні меж впливу на економічні інтереси порушника.

Ключові слова: вина, господарсько-правова відповідальність, господарські санкції, суб'єктивна умова відповідальності, господарське правопорушення.

В предложенной статье исследуется вина как одно из условий хозяйственно-правовой ответственности, определяются признаки этого понятия. Отдельное внимание уделено значению субъективной условия ответственности при определении пределов воздействия на экономические интересы правонарушителя.

Ключевые слова: вина, хозяйственно-правовая ответственность, хозяйственные санкции, субъективное условие ответственности, хозяйственное правонарушение.

In the proposed article the author touches upon the problem of guilt, as one of the causes of economy-legal responsibility, determines the main features of this definition. Separate attention is paid to the subjective cause of responsibility while setting the frameworks of influence on the economic interests of the infringer.

Key words: guilt, economy-legal responsibility, economic sanctions, subjective cause of responsibility, economic offence.

Серед факторів, наявність котрих дозволяє суб'єкту господарювання чи уповноваженому державному органу привести в дію механізм господарсько-правової відповідальності, є встановлена вина правопорушника, що виступає змістом суб'єктивної умови відповідальності.

В юридичній літературі поняття вини розглядалося переважно у відношенні до кримінальної [2, с.8;1, с.170] та цивільно-правової відповідальності [4, с.283].

Метою цієї статті є дослідження вини як умови господарсько-правової відповідальності, виявлення загальних та специфічних властивостей цього засобу, що проявляються у механізмі правового регулювання господарських відносин.

В юридичній літературі проблеми вини суб'єкта господарювання стали предметом досліджень багатьох науковців і практиків: М.С. Малєїна, В.К. Мамутова, Б.І. Пугінського, Ф. Л. Рабіновича, В.С. Щербини та інших. Незважаючи на значну увагу приділену порушеній проблематиці, на практиці і в науці господарського права виникають все нові питання, які вимагають доктринально обґрунтованої відповіді.

Предметом дослідження у цій статті поняття вини, зміст якого концентрує в собі індивідуальні критерії оцінки діяльності суб'єкта господарювання.

В рамках інституту господарсько-правової відповідальності поняття вини розглядається під різним кутом зору. На думку М.С. Малєїна, вина суб'єкта господарювання являє собою сукупність неправомірних дій, окре-

мих підрозділів підприємства чи конкретних посадових осіб, які утворюють юридичну особу. При цьому в основі відповідного поняття перебуває удавана воля суб'єкта господарювання, а не механічно складене волевиявлення працівників, з яких формується трудовий колектив. Подібно до того, як колективна воля не зводиться до автоматичного узагальнення індивідуальних волей, а постає у новій якості, так і вина суб'єкта господарювання є самостійним поняттям. Його змістом є удавана воля, і свідомість окремих учасників колективу, а не конкретних індивідів, що перебувають поза зв'язками з господарською організацією [7, с.66].

В свою чергу Б. І. Пугінський розглядає вину суб'єкта господарювання як невикористання ним наданих прав та можливостей, необхідних для належного виконання зобов'язання, а також не докладання нормальних, допустимих законом зусиль, що дозволяють запобігти правопорушенню [10, с.24].

Вперше, поняття вини суб'єкта господарювання було виокремлено на законодавчому рівні із загального поняття вини в нормах Господарського кодексу України (далі ГК), ч.2 ст. 218 якого передбачені особливості суб'єктивної умови господарсько-правової відповідальності. Згідно з цією нормою ГК, учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи правил здійснення господарської діяльності якщо не доведе, що ним вжито всіх залежних від нього заходів для недопу-

щення господарського правопорушення. У разі, якщо інше не передбачено законом або договором суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто, надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. При цьому, не вважаються такими обставини, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку необхідних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника коштів необхідних для виконання зобов'язання [3].

В юридичній літературі доктринальні погляди щодо вини суб'єкта господарювання як умови відповідальності можна об'єднати у дві групи. Представники одного напрямку зводять вину до об'єктивних підстав відповідальності – фактів порушення зобов'язань, ігноруючи при цьому суб'єктивні підстави. Близькою до вказаної концепції є точка зору, згідно з якою, господарсько-правова відповідальність базується на принципі спричинення. При такому підході зміст поняття вини настільки розширюється, а нормативно встановлені випадки обмеження чи виключення цієї умови відповідальності настільки звужують сферу її встановлення, що суб'єктивні підстави відповідальності розчиняються в об'єктивних. В цьому аспекті підміна понять певною мірою зумовлена включенням до змісту вини випадку, як умови відповідальності. Розробники цієї концепції при обґрунтуванні своїх поглядів виходять з переважно необережного завдання збитків внаслідок порушення господарського зобов'язання. Прихильники іншої концепції розглядають вину як обов'язкову умову відповідальності, і тільки як виняток допускають застосування санкцій за відсутності вини [12, с.33, 51]. Винятки із загального правила щодо необхідності встановлення повного складу правопорушення, перш за все, обумовлені практичними цілями і встановлюються законом відносно окремих форм відповідальності в інтересах потерпілого. Окрім цього сторони господарського зобов'язання, якщо інше не встановлено законодавством, посилаються на ч. 2 ст. 218 і ст. 614 Цивільного кодексу України, (далі – ЦК) мають право передбачити обставини, настання котрих має наслідком звільнення або зменшення відповідальності правопорушника.

Дослідження наведених визначень і концепцій вини за допомогою порівняльно-правового методу вказує на розбіжності між науковцями і практиками, обумовлені структурними елементами цього поняття.

В доктрині, зазвичай, в структуру вини включають дії, мотив та волевиявлення суб'єкта господарювання.

Діяльність суб'єкта господарювання і конкретно взяті дії виступають об'єктивним критерієм вини, тобто є зовнішнім юридичним проявом порушення господарського правопорядку.

Мотив і волевиявлення суб'єкта господарювання виступають внутрішніми чинниками, що впливають на порушення зобов'язань. Поєднані між собою вони обумовлюють форму вини. Мотив – це фактор або група факторів майново-організаційного характеру, які спонукають суб'єкта господарювання до вчинення правопорушення.

Часто суб'єкт господарювання через допущені в роботі недоліки або недостатню правову обізнаність органів управління та посадових осіб допускає порушення нормативних приписів і умов договору. В останньому випадку мотив до вчинення протиправних дій відсутній, натомість засобом мотивації до недопущення правопорушення в майбутньому слугують застосовані господарські санкції. При такому підході порушення зобов'язання

без достатніх мотивів має форму бездіяльності. До того ж немотивована діяльність суб'єкта господарювання може викликати неправомірні наслідки лише з необережності порушника.

Виходячи з нормативно сприйнятої концепції вини, суб'єкт господарювання визнається невинним, якщо ним було вжито всі залежні від нього заходи щодо недопущення правопорушення. При такому підході, зміст поняття вини доповнюється додатковим елементом, необхідними діями з боку іншої сторони зобов'язання. На жаль, чинне в Україні законодавство не містить критеріїв оцінки господарської діяльності суб'єкта господарювання.

Наявність або відсутність суб'єктивної умови господарсько-правової відповідальності визначається шляхом співставлення її діяльності з передбаченим у нормах закону еталоном поведінки [6, с.41]. Зазвичай, за основу приймається критерій середніх вимог, що встановлені законом або договором відносно діяльності суб'єкта господарювання. Постановка проблеми в такому контексті відображає суб'єктивну умову відповідальності без урахування особливих вимог, встановлених щодо конкретних видів господарської діяльності. Ми маємо на увазі ліцензійні вимоги, які так чи інакше позначаються на визначенні вини порушника.

З наведеного слідує, що оцінка діяльності суб'єкта має здійснюватися виходячи із загальних вимог, що ставляться до конкретних видів господарської діяльності. Загалом, конструкція вини, зафіксована у ч. 2 ст. 218 ГК відображає континентальну модель побудови підстав відповідальності.

Іншого погляду з цього питання дотримується А. Л. Ткачук. На його думку, вина є факультативною умовою відповідальності і являє собою допоміжний правовий засіб узгодження та оптимізації інтересів кредитора і боржника, шляхом перерозподілу між ними ризиків [14, с. 191-192]. Водночас, науковець не наводить аргументів на користь обмеження досліджуваного принципу і не виправдовує доцільність обмеження відповідної умови юридичної відповідальності. Що ж до способів обмеження вини суб'єкта господарювання, в теорії господарсько-правової відповідальності були сформульовані наступні способи встановлення безвинної відповідальності:

1. Закріплення у загальній нормі правила про покладення відповідальності на суб'єкта господарювання за відсутності його вини;

2. Встановлення відповідальності підприємця, шляхом нормативного визначення підвищеного критерію дбайливості;

3. Запровадження безвинної господарсько-правової відповідальності за порушення конкретних видів господарських зобов'язань [13, с.70].

Ф.Л.Рабинович, критикуючи концепцію об'єктивної відповідальності ще на етапі її формування, зазначав, що виключення вини з умов застосування господарських санкцій має наслідком покладення додаткових обов'язків на суб'єкта господарювання, який насправді правопорушення не вчиняв [12, с.63]. Така практична колізія у кінцевому підсумку призводить до безпідставного впливу на економічні інтереси умовного порушника, і звільнення від відповідальності дійсного правопорушника. Застосування до невинного суб'єкта господарювання заходів господарсько-правової відповідальності позбавлена будь-яких стимулюючих властивостей.

Адже дія стимулюючої функції відповідальності спрямована на зобов'язану сторону, на яку і має здійснюватися економічний вплив у випадку вчинення нею правопорушення. У функціональному аспекті конструкція вини є засобом перерозподілу напрямків дії гос-

подарсько-правової відповідальності. В частині виконання попереджувальної функції, визнання суб'єкта господарювання винним у вчиненні правопорушення може розглядатися, як недостатня профілактична дія нормативних приписів. В рамках змодельованої ситуації попереджувальна функція має виконуватися вже не в частині недопущення правопорушення, а в його запобіганні в майбутньому.

Що ж до компенсаційної функції господарсько-правової відповідальності, то для окремих її форм, зокрема відшкодування збитків, вина є тим фактором, без якого переміщення матеріальних цінностей від порушника до потерпілого виключається.

Іншими словами доведення невинуватості суб'єкта господарювання є підставою для звільнення його від виконання обов'язку по компенсації втрат управненої сторони. В цьому контексті відсутність вини означає і відсутність відповідальності суб'єкта господарювання [7, с.28]. Проте такий підхід до порушеної проблеми повинен поширюватися тільки на відповідальність у формі відшкодування збитків і в ніякому разі не має тлумачитися розширено.

В судовій практиці трапляються непоодинокі випадки, коли в силу не доведення вини порушника або неможливості її спростування господарські санкції застосовувалися до невинних суб'єктів чи навпаки, від відповідальності звільнялися дійсні порушники. При вирішенні цієї проблеми ми погоджуємося з науковцями, на думку яких вирішення питання про застосування санкцій переміщується з нормативно-закріпленої конструкції вини на доведення чи спростування складових її змісту.

Разом з тим, якщо суб'єкт господарювання, що завдав збитки виражає намір провести добровільне їх відшкодування, додаткове доведення вини непотрібно. Отже, вина є тією умовою, яка призводить до виникнення у порушника додаткових обов'язків, виконання яких часто негативно позначається на його економічних інтересах. В той же час згідно з ч.3 ст. 193 ГК застосування до суб'єкта господарювання господарських санкцій не звільняє його від належного виконання прийнятих зобов'язань [3]. Якщо ж виконання господарського зобов'язання у зв'язку з настанням певних обставин стає неможливим, наявність суб'єктивної умови відповідальності спричиняє видозміну невиконаного обов'язку на новий, що виступає змістом господарсько-правової відповідальності.

Судова практика, як правило, виходить з того, що коли суб'єкт господарювання заздалегідь письмово повідомив контрагента про ймовірність невиконання чи виконання не належним чином зобов'язання і при цьому вжив заходи щодо збереження переданого для виконання зобов'язання майна, виготовленої на реалізацію умов договору продукції тощо, він має звільнитися від господарсько-правової відповідальності.

Водночас, у ч.2 ст. 205 ГК закріплений обов'язок управненої сторони сприяти своїми діями недопущенню господарського правопорушення. Згідно з приписами наведеної статті, у разі неможливості виконання зобов'язання повністю або частково, зобов'язана сторона з метою запобігання невігідним для сторін майновим та іншим наслідкам негайно повинна повідомити про це управнену сторону, яка має вжити необхідні заходи щодо зменшення зазначених наслідків. Звичайно, тут мова не йде про покладання виконання обов'язку на відповідного суб'єкта і звільнення зобов'язаної сторони від прийнятих обов'язків, однак за окремих обставин закон вимагає вжиття юридико технічних заходів, спрямованих на належне виконання зобов'язання. В межах інституту зобов'язального права існує чимало прикладів

нормативного закріплення обов'язку управненої сторони по сприянню у належному виконанні зобов'язання.

Так, якщо підрядник звернувся до замовника з повідомленням про неможливість виконання договору у зв'язку з відсутністю на ринку необхідних матеріалів, обладнання, а останній мав на складі необхідні засоби, але відмовився надати їх підряднику, вважається, що управненою стороною не вжиті заходи, необхідні для недопущення правопорушення. Іншим прикладом може бути договір комісії, коли комісіонер від власного імені, за дорученням і за кошти комітента повинен виконати певні дії, але через відсутність на ринку необхідних пропозицій не виконав в строк чи в межах виділених коштів свої обов'язки. Натомість, комітент будучи повідомленим про наявні труднощі і маючи необхідного контрагента, не повідомив про це комісіонера. Обидва приклади об'єднує вина управненої сторони. Ця обставина не виключає відповідальність зобов'язаного суб'єкта (ч.2 ст.205 ГК), але при цьому вина набуває змішаний характер.

В такій ситуації суб'єктивна умова відповідальності є не лише необхідною умовою відповідальності, але і засобом перерозподілу несприятливих наслідків, викликаних впливом на економічні інтереси порушників та виконання відповідальністю компенсаційної функції. Буквальне тлумачення норм, включених в інститут господарсько-правової відповідальності дозволяє нам виділити кілька видів охоронних правовідносин, де вина постає саме в такому контексті. Перш за все, це застосування солідарної відповідальності до кількох суб'єктів господарювання – боржників у зобов'язанні. Інша ситуація, в якій відбувається перерозподіл реалізації компенсаційної функції та наслідків впливу на економічні інтереси порушника, є змішана вина контрагентів.

Незважаючи на майново-організаційний зміст господарсько-правової відповідальності [15, с.314], вина сторін зобов'язання має значення для перерозподілу тільки результатів застосування санкцій майнового характеру. Така думка обумовлена тим, що організаційні труднощі, зокрема, скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання, примусовий поділ, зупинення дії ліцензії виникають тільки у безпосереднього порушника і не підлягають перенесенню на економічні інтереси інших господарюючих суб'єктів.

Дослідження господарсько-правової відповідальності у нормативному розумінні цього поняття дозволяє нам виділити три способи перерозподілу додаткових обов'язків, які покладаються на сторони зобов'язання. По-перше – звільнення від відповідальності суб'єкта господарювання, який доведе, що ним було вжито всіх, залежних від нього заходів, і що невиконання або неналежне виконання зобов'язання сталося не з його вини; по-друге – застосування до управненої сторони зобов'язання господарських санкцій за протиправні дії або бездіяльність, які унеможливили виконання зобов'язання суб'єктом покладених на нього обов'язків; по-третє – зменшення розміру господарсько-правової відповідальності правопорушника у зв'язку з доведенням вини управненого суб'єкта в порушенні зобов'язання.

Співставлення норм, закріплених у ч.2 ст. 205, ч. 3 ст. 219 і ч. 2 ст. 221 ГК дає підстави нам стверджувати про часткове обмеження правомочностей зобов'язаної сторони відносно зменшення відповідальності у зв'язку з неправомірною діяльністю управненої сторони зобов'язання. Адже, прострочення однієї зі сторін зобов'язання ще не означає виникнення збитків, тобто закріплене у ч. 2 ст. 221 ГК право боржника є скоріше винятком із загального правила, аніж способом обмеження негативних наслідків правопорушення. Більш ефектив-

ною з практичної точки зору уявляється норма ч. 3 ст. 219 ГК, на основі якої суд має право зменшити розмір відповідальності або звільнити відповідача від відповідальності за правопорушення, якому сприяли неправомірні дії (бездіяльність) другої сторони зобов'язання. Оскільки ст. 219 ГК не встановлює обмежень щодо форм і видів відповідальності, розмір котрої може бути зменшено, вважаємо, що така норма поширюється на будь-які санкції за винятком встановлених у імперативних нормах закону, насамперед, адміністративно-господарських санкцій.

Не менш важливе значення має презумпція вини боржника і при застосуванні субсидіарної відповідальності. В ряді випадків господарське законодавство покладає на суб'єкта господарювання або уповноважений державний орган обов'язки по відшкодуванню збитків чи сплаті інших санкцій за інших суб'єктів.

Зокрема, відповідно до ч.6 ст. 126 ГК за вчинення дій або бездіяльність холдингової компанії, що призвели до банкрутства дочірнього підприємства субсидіарну відповідальність несе холдингова компанія. На відміну від положень ст. 399 ЦК РФ, де вина визнана на законодавчому рівні критерієм перерозподілу відповідальності між основним та залежним підприємством, законодавство України лише в загальних рисах визначає підставу субсидіарної відповідальності.

На наш погляд, аналогічно до солідарної відповідальності для субсидіарного застосування санкцій, в першу чергу, слід довести вини безпосереднього виконавця зобов'язання, вивчити його платоспроможність і вже потім вирішувати питання про причетність додаткового порушника. Що правда, не зовсім зрозумілою є логіка законодавця стосовно притягнення до відповідальності холдингової компанії тільки за дії чи бездіяльність, якими дочірнє підприємство доведено до банкрутства. Адже таке формулювання відповідальності захищає кредитора, водночас ігнорує інтереси дочірнього підприємства. Мета субсидіарної відповідальності, на наш погляд, полягає не тільки у відновленні майнового становища управненої сторони, але і у захисті дочірнього підприємства від застосування непосильних санкцій. З огляду на тісний організаційно-майновий зв'язок основних і дочірніх підприємств вина могла б стати необхідним засобом перерозподілу додаткових обов'язків.

Поняття змішаної вини об'єднує випадки умисного порушення зобов'язань за спільною згодою сторін та протиправну діяльність і непередбачувану бездіяльність суб'єктів господарювання. В практиці не виключаються справи, в яких змішану вини утворює винна діяльність кількох суб'єктів господарювання, що виступають управненою чи зобов'язаною стороною. Не залишилися поза увагою і проблеми змішаної вини у нормах ЦК. Зокрема, ст. 616, ст.1193 ЦК та деякі інші спеціальні норми передбачають можливість врахування вини кредитора, як фактора, що за загальним правилом зменшує відповідальність боржника за заподіяну ним шкоду, а в окремих випадках дозволяють повністю звільнити його від відповідальності.

Деякі норми ГК, зокрема ч.2ст.205, ч.3ст.314, допускають наявність змішаної вини сторін господарського зобов'язання. Якщо господарським судом буде встановлений факт умисного сприяння порушенню зобов'язань, наприклад, відмова від прийняття в експлуатацію об'єкта будівництва, відмова виконати умови договору укладеного комерційним агентом, розмір відповідальності зобов'язаної сторони може бути зменшений, або вона взагалі може звільнитися від виконання додаткових обов'язків.

Аналізуючи вини суб'єкта господарювання М.С. Малєїн на основі закону єдності і боротьби протилежностей, вважав, якщо стороною договору було вжито всіх необхідних заходів, спрямованих на належне виконання зобов'язання, такий суб'єкт має визнаватися невинним і звільнятися від відповідальності. У разі не вчинення необхідних і достатніх дій для виконання прийнятих зобов'язань недобросовісний контрагент є винним у вчиненні правопорушення та може бути притягнутий до відповідальності. Отже, питання про суб'єктивну умову відповідальності полягає не у наявності або відсутності вини, а у правильному підході до визначення змісту відповідного поняття [7, с.36].

Вина, як наукове поняття і як суб'єктивна умова господарсько-правової відповідальності являє собою інтегративний засіб перерозподілу функцій і завдань відповідальності, наслідків її застосування. Такі властивості вини зумовлюють виведення цього явища на завершальний етап механізму правового регулювання – стадію індивідуалізації та реалізації господарських санкцій. Іншими словами, вина є одним з інструментів, що забезпечують перехід господарсько-правової відповідальності в об'єктивному розумінні – мір, форм і засобу впливу, до встановлення та покладення на порушника додаткового обов'язку, тобто відповідальності у суб'єктивному розумінні.

Суб'єктивна умова відповідальності та вина співвідносяться, як ціле і частина, де перше поняття включає в зміст вини, мотив та мету, а останнє розкриває ставлення суб'єкта господарювання до вчинених дій чи бездіяльності. З наведених ознак поняття вини суб'єкта господарювання впливає її значення у механізмі господарсько-правової відповідальності, яке виявляється у наступному:

1. вина індивідуалізує суб'єкта господарювання його реальні можливості за конкретних обставин вчинення правопорушення;

2. необхідність використовувати цю категорію для перерозподілу відповідальності між управненою та зобов'язаною сторонами;

3. здатність через вини правопорушника встановити об'єктивні умови відповідальності;

4. дослідження справжніх інтересів сторін договору. Відповідно, вина виступає одним із засобів визначення меж господарсько-правової відповідальності.

Законодавче формулювання поняття вини ґрунтується на основі поєднання імперативних і диспозитивних методів регулювання господарських відносин. Функціональний зв'язок нормативного регулювання підстав застосування господарських санкцій і наслідків їх реалізації знаходить своє відображення в межах відповідальності суб'єкта господарювання. Буквальне тлумачення змісту норм закріплених у ч. 2 ст. 205, ч. 2 ст. 218, ч. 3 ст. 219 та ч. 2 ст. 221 ГК вказує на ключове значення вини при вирішенні питань щодо зменшення, обмеження чи звільнення від відповідальності зобов'язаної сторони. Суб'єктивна умова відповідальності впливає на встановлення остаточного розміру санкцій, які підлягають застосуванню, а також перерозподіл між сторонами зобов'язання наслідків їх застосування. Іншими словами, вина є змістом суб'єктивного критерію меж відповідальності. Завдяки такому діалектичному зв'язку вплив на економічні інтереси порушника набуває індивідуально визначеного характеру, чим забезпечується залежність відповідальності від виду невиконаних чи неналежним чином виконаних обов'язків та наслідків правопорушення. Водночас, оцінка діяльності правопорушника не впливає на об'єктивний критерій меж відповідальності, зміст якого залежить від організаційно-правової форми суб'єкта госпо-

дарювання – порушника і способу закріплення санкцій. В останньому випадку мова йде про імперативні норми, що містять господарські санкції. Приписи таких норм мають загальнообов'язковий характер для всіх, хто допустив вчинення правопорушення, за яке передбачена санкція, тобто її розмір не може бути змінений за рішенням правозастосовчого органу.

Імперативні норми, як правило, встановлюють штрафні чи адміністративно-господарські санкції, розраховані на забезпечення господарського правопорядку в окремих галузях економіки чи народному господарстві в цілому. При цьому вина фактично не береться до уваги при застосуванні до правопорушника згаданих санкцій. Але, навіть, передбачені нормами господарського законодавства випадки настання відповідальності без вини, не зменшують значення презумпції вини боржника, як одного з базових принципів інституту господарсько-правової відповідальності [11, с.26].

Вина, як умова виникнення господарсько-правової відповідальності існує в конкретній формі. Під формою вини ми будемо розуміти виражене в діяльності суб'єкта господарювання ставлення до прийнятих зобов'язань і встановлених правил здійснення господарської діяльності. Залежно від форми відображення в правознавстві вину поділяють на умисел і необережність. В літературі поширеним є погляд, відповідно до якого порушення договірних зобов'язань відбувається з необережності господарюючого суб'єкта.

Системно-функціональне дослідження поняття вини дало змогу дослідникам виділити критерії розмежування умислу і необережності. Прихильники суб'єктивного критерію вважають, що масштаб оцінки прогнозування майбутніх наслідків власних дій є індивідуальним, суб'єктивним критерієм. Якщо буде встановлено, що суб'єкт господарювання з урахуванням організаційних, економічних, технічних можливостей не міг і не повинен був передбачити негативні наслідки, то слід вести мову про відсутність вини у формі необережності, а відповідний суб'єкт має звільнитися від відповідальності, як за випадок. На думку розробників об'єктивного критерію міра кваліфікації дій має абстрактний вимір. Суб'єкт повинен вжити об'єктивні заходи недопущення правопорушення, характер яких залежить не від особливості конкретного суб'єкта, а обумовлений специфікою правовідносин.

На наш погляд, об'єктивний критерій є більш універсальним порівняно із суб'єктивним. Водночас, не слід категорично відкидати видові ознаки суб'єкта господарювання. Адже часто саме вони перебувають у нерозривному зв'язку з господарською діяльністю в тій або іншій сфері економіки. З цього слідує, що вина як умова господарсько-правової відповідальності є інтегрованим поняттям, зміст якого залежить від загальних умов господарювання та індивідуальних особливостей конкретного суб'єкта господарювання. Окрім вище викладених критеріїв розмежування умислу і необережності, О.С. Іоффе виділив елемент намагання, прагнення виникнення протиправних наслідків при реалізації вини у формі умислу і його відсутність при необережності [5, с.132], що означає можливість правозастосовчих органів та юридичних служб суб'єктів господарювання за допомогою встановлення форми вини порушника аналізувати і усувати недоліки, допущені в організації господарської діяльності. При співставленні форм вини і протиправності, на перший погляд, складається враження щодо допустимості поділу дій та бездіяльності за критерієм намагання порушити господарське зобов'язання. Однак, насправді це не так. Вчинення господарського правопорушення може відбутися, як через протиправні дії, так і внаслідок цілеспрямованої бездіяль-

ності, наприклад, в результаті несвоєчасного звільнення сховища вантажоодержувачем частина швидкопсувального товару була пошкоджена в силу впливу значної температури повітря. До того ж, затримка розвантаження товарних вагонів обумовила затримку залізниці у подачі та очищенні контейнерів для інших перевезень. Зазвичай порушення комерційних зобов'язань відбувається з необережності суб'єкта господарювання. Проте, у правозастосовчій діяльності останніх років все частіше трапляються справи, в яких кредитор умисно сприяє або допускає порушення договірних зобов'язань [2, с.214]. Аналогічна тенденція спостерігається і в частині позадоговірних зобов'язань. Разом з тим, посилюючись на відсутність законодавчо встановленого розмежування вини залежно від її форми, суди у процесі визначення розміру господарсько-правової відповідальності продовжують ігнорувати даний критерій.

В останній час окремими дослідниками було сформульовано думку, згідно з якою вирішальне значення при реалізації впливу на економічні інтереси порушника має не форма вини, а встановлений причинно-наслідковий зв'язок між протиправною діяльністю і наслідками правопорушення. Виходячи з такого погляду, у правозастосовчій діяльності вирішальною є не форма, а ступінь вини суб'єкта господарювання. Наведений критерій повинен братися до уваги при встановленні меж відповідальності. Ступінь вини порушника може бути причиною зменшення його відповідальності, але не повинен призводити до виходу за встановлені її межі. Завдяки запровадженню на практиці такої формули господарсько-правової відповідальності зберігає свої компенсаційні властивості. Водночас штрафна функція виконується лише у випадках, прямо передбачених законом чи договором. З огляду на приписи ч.2 ст. 218 ГК, найбільш ефективним на практиці вбачається встановлення не форми, а ступеня вини кожної із сторін зобов'язання.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати специфічні ознаки вини як умови господарсько-правової відповідальності, які водночас виступають критеріями для відмежування цього поняття від суб'єктивної умови інших видів юридичної відповідальності, перш за все цивільно-правової:

1) за загальним правилом, в господарських відносинах визнається і діє презумпція вини зобов'язаної сторони, хоча закон допускає реалізацію окремих форм відповідальності і за відсутністю суб'єктивної умови;

2) сформульована у ч.2 ст.218 ГК поняття вини відображає нормативно закріплену континентальну модель суб'єктивної умови відповідальності комерційних організацій та фізичних осіб підприємців;

3) суб'єкт господарювання визнається винним лише за вчинення господарських правопорушень: невиконання чи неналежне виконання прийнятих зобов'язань, не дотримання правил здійснення господарської діяльності, зловживання наданими правами;

4) вина суб'єкта господарювання проявляється через не використання ним наданих прав або організаційно-економічних можливостей, необхідних для належного виконання зобов'язання а також не докладання нормальних, допустимих законом зусиль спрямованих на запобігання господарським правопорушенням;

5) в господарському праві вина може набувати, як індивідуальний, так і змішаний характер. При цьому, якщо за загальним правилом доведення невинуватості покладається на порушника, то при вирішенні питання про наявність змішаної вини завдання щодо її доведення покладається на зобов'язану сторону;

6) в межах інституту господарсько-правової відповідальності допускаються випадки, визнання винною

управлену сторону зобов'язання, якою не були вжиті заходи, спрямовані на недопущення правопорушення і мінімізацію можливих збитків;

7) вина, виступаючи умовою застосування відповідальності, водночас сприяє перерозподілу впливу на економічні інтереси порушника викликаного застосуванням господарських санкцій;

8) суб'єктивна умова господарсько-правової відповідальності є одним з кількох науково обґрунтованих критеріїв розмежування поняття господарсько-правова відповідальність виходячи з її нормативного та суб'єктивного розуміння;

9) при застосуванні цього виду юридичної відповідальності не має значення форма вини, а за окремих обставин справи може враховуватися тільки її ступінь в діяльності окремого суб'єкта господарювання.

Підводячи підсумки проведеного дослідження, можемо констатувати визначальний вплив цього фактора для покладення додаткових обов'язків на правопорушника. У поєднанні з причинно-наслідковим зв'язком доведення вини суб'єкта господарювання у вчиненні правопорушення дозволяє правозастосовочому органу визначити межі відповідальності кожної зі сторін зобов'язання, дослідити причетність управненого суб'єкта до виникнення протиправних наслідків. Водночас, суб'єктивна умова відповідальності у функціональному аспекті на відміну від протиправності не може виступати єдиною підставою для застосування санкцій. Проте, вказаний логічний зв'язок між умовами відповідальності

та неоднозначна практика застосування ч.2 ст. 218 ГК не зменшують значення вини при реалізації відповідальності у суб'єктивному значенні цього поняття.

1. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность: (очерк теории) / С.Н. Братусь // — М.: Юридическая литература. 1976. — 215 с.
2. Верховець А. А. Форми вини в сучасній цивілістиці. / А.А. Верховець // Вісник господарського судочинства. — 2005. — №3. — С. 214-220.
3. Господарський Кодекс України. Закон України. Від 16.01.2003. №436. Відомості Верховної Ради, 2003 — № 18, №19 — 20; №21 — 22, ст.144.
4. Иоффе О. С. Обязательственное право О.С. Иоффе. — М.: "Юрид. лит.", 1975. — 880 с. 5. Гражданское право. Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: ПРОСПЕКТ, 1998. — 632 с. 6. Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров // — М.: Юрид. лит., 1993. — 229 с. 7. Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях / Н. С. Малеин // М.: Наука, 1968. — 206с. 8. Постановка Кабінету Міністрів України "Про затвердження Загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві" від 1 серпня 2005р. // Урядовий кур'єр. — 2005. — 08.31.2005.163. 9. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві: теорія, законодавство, судова практика / Примак В.Д. — К.: Юринком Інтер. — 2008. — 430 с. 10. Пугинский Б. И. Законность и дисциплина в хозяйственной деятельности. / Б. И. Пугинский, М. П. Шестакова // М.: Знание. — 1987 — 128 с. 11. Пугинский Б. И. Ответственность хозяйственных организаций и их руководителей / Б. И. Пугинский // М.: Знание. — 1981. — 64 с. 12. Рабинович Ф. Л. Вина как основание договорной ответственности предприятия/ Рабинович Ф.Л./ М., — "Юрид. лит.", 1975. 127с. 13. Таткова З.Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності. Дис. на здоб. наук. ступеня кн. / З.Ф. Таткова // Донецьк. 2010. 208 с. 14. Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань. Дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук //А. Л. Ткачук // Одеса. — 2002. — 236 с. 15. Щербина В.С. Господарське право: підручник / В.С. Щербина // — 4-те вид., перероб. і допов. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 640 с.

Надійшла до редколегії 20.10.10

А. Машков, канд. юрид. наук, доц., А. Машков, студ.

ПОГЛЯД НА ЮРИДИЧНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ, ЯК РІЗНОВИД ПРАВОВІДНОСИН, ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ТЕОРІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті обґрунтовується можливість та доцільність тлумачення юридичної відповідальності, як специфічного різновиду правовідносин.

Ключові слова: юридична відповідальність, правовідношення, теорія, підходи до розуміння юридичної відповідальності (ретроспективний, проспективний, двоаспектний), праворозуміння.

В статье обосновывается возможность и целесообразность толкования юридической ответственности, как специфической разновидности правоотношений.

Ключевые слова: юридическая ответственность, правоотношение, теория, подход к пониманию юридической ответственности (ретроспективный, проспективный, двухаспектный), правопонимание.

In the article grounded possibility and expediency of interpretation of legal responsibility, as to the specific variety of legal relationships.

Keywords: legal responsibility, legal relationship, theory, approach for interpretation of legal responsibility (retrospective, prospective, biaspective), interpretation of law.

Поняття "юридична відповідальність" являється однією з центральних системоутворюючих категорій юридичної науки, а теорія юридичної відповідальності — є, відповідно, однією із головних проблем сучасної правової науки.

В юридичній науці сформувалось три принципово різних підходи до трактування поняття "юридична відповідальність", а саме: (1) ретроспективний, (2) проспективний (позитивний) та (3) двоаспектний.

Найбільш поширеним, навіть пануючим, поглядом на юридичну відповідальність є ретроспективний підхід до неї. При цьому в межах цього підходу вважається, що розуміння юридичної відповідальності "може бути тільки ретроспективним" [19, с.317].

Між окремими вченими-юристами прихильниками ретроспективного підходу щодо розуміння юридичної відповідальності є певні розбіжності. Одні автори зводять її до обов'язку особи, яка здійснила правопорушення, зазнати несприятливі наслідки [див. наприклад, 4, с.17; 6, с.829; 21, с.316 та інші], другі — до санкції чи її реалізації [див. наприклад, 11, с.4; 17, с.54; 5, с.85 та

інші], треті — до виконання зобов'язання, яке порушено, під впливом державного примусу [див. наприклад, 14, с.21-22; 3, с.4 та інші] і т.д. Ті, хто розглядає юридичну відповідальність у межах ретроспективного підходу в процедурному ключі, як правило, визначають її як застосування до особи, яка вчинила правопорушення, примусових заходів, передбачених санкцією порушеної норми, у встановленому процесуальному порядку [7, с.592]. Вже із наведеного у цьому абзаці можливо побачити, що ретроспективний підхід обертається навколо двох юридичних феноменів: (1) правопорушення та (2) несприятливих наслідків, які виникають у правопорушника у зв'язку з цим правопорушенням.

Зміст та місце ретроспективного погляду на юридичну відповідальність у системі пострадянського юридичного знання (в тому числі в українській правовій науці), скоріш за все, обумовлені, з одного боку, пануванням вузького розуміння права у сучасній вітчизняній правовідомості, правовій традиції та практиці, а, з іншого, впливом доктрини кримінального права на процес фор-

мування юридичної науки в цілому, її окремих галузей (включаючи загально-юридичну теорію) та інститутів.

Деякі вчені-юристи ставлять під сумнів вірність та доцільність тлумачення юридичної відповідальності лише як певних негативних наслідків, або санкції, або іншим прийнятним для ретроспективного підходу до її тлумачення чином. Це обумовлено тим, що ретроспективний підхід до юридичної відповідальності сприймається цими вченими як такий, що не є адекватним, як тим реаліям, що мають місце у юридичній практиці (в тому числі сучасній), так також і тим потребам, які поставали, постають і будуть поставати у майбутньому перед вітчизняною юридичною наукою.

Критичні закиди щодо ретроспективного розуміння юридичної відповідальності завжди, як правило, починали набувати достатньо великого поширення в ті періоди нашого суспільства, які пов'язанні з його переходом у ті стадії розвитку, на яких відбувались (реально чи квазіреально) процеси демократизації суспільно-політичного ладу, активізації руху за забезпечення більшого юридичного захисту прав, свобод та інтересів окремо взяті особи тощо. Саме в ці історичні моменти, як вже відмічалося вище, окремі вчені-юристи намагались переглянути ретроспективне розуміння юридичної відповідальності, запропонувати альтернативні погляди на такий важливий юридичний феномен, яким є юридична відповідальність. Як правило, ці спроби не приводили до якихось більш-менш помітних позитивних зрушень у юридичній науці і практиці (при цьому в першу чергу це сказане стосується юридичної практики). Однак, кожна така спроба породжувала певне відлуння у правознавстві, яке затухало досить поступово. Більш того, остаточно воно не затухало. Все це спричиняло те, що кожний новий раз критика ретроспективного погляду на юридичну відповідальність, а, відповідно, і альтернативних думок щодо її визначення, становилась все більш сильною та аргументованою, а також такою, що охоплювала все більше коло прихильників.

Всі альтернативні ретроспективному підходу погляди на юридичну відповідальність можливо об'єднати у два підходи – (1) проспективний і (2) двохаспектний.

В якості альтернативного ретроспективному підходу до юридичної відповідальності у 60-і роки ХХ сторіччя у нашому правознавстві формується проспективний (позитивний) погляд на неї (П. Недбайло [9, с.50-51], М. Строгович [12, с.73], С. Алексєєв [1, с.371] та інші). В його межах вважається, що юридична відповідальність аспекті передбачає суворе, досконало ініціативне виконання своїх обов'язків або осмислення особою власного обов'язку перед суспільством, розуміння в світлі цього обов'язку змісту та значення своїх дій, корегування своїх дій з покладаєними на неї обов'язками, які випливають із суспільних зв'язків людини.

Одночасно поряд з тлумаченням юридичної відповідальності в проспективному ключі існує двохаспектний погляд на неї (Р.Хачатуров, Р.Ягутян [20, с.270]. В.Смирнов [10, с.77] та інші). Відповідно до останнього підходу ретроспективна юридична відповідальність є наслідком порушення відношень позитивної юридичної відповідальності. Іншими словами, ретроспективна відповідальність виникає у суб'єкта права у випадках порушення ними проспективної відповідальності, тобто коли він порушив правило поведінки, що міститься у праві.

Проспективний та двохаспектний погляд на юридичну відповідальність пов'язані з певним відходом їх прихильників від чистого вузького праворозуміння. Більш того, іноді ці погляди прямо спираються на ту чи іншу теорію, яку слід відносити до шкіл широкого розуміння права.

Нажаль, як правило, ті вчені, які тлумачать юридичну відповідальність в проспективній або двохаспектній площині, в своїх характеристиках окремих сторін формування та дії механізму юридичної відповідальності, її принципів тощо постійно втрачають зв'язок з юридичною матерією, та виходять у сферу морально-етичних роздумів та суджень, іноді, навіть, починають аналізувати не стільки її юридичні аспекти та сторони, скільки психологічний бік поведінки особи, тобто роблять свій науковий пошук за межами предмета юридичної науки.

Крім того, зазвичай, висунувши тезу про те, що юридичну відповідальність слід розуміти у проспективному (або двохаспектному) ключі, прихильники цих точок зору при розгляді інших (крім поняття) питань, пов'язаних з юридичною відповідальністю, фактично починають зводити її до ретроспективної відповідальності [див. наприклад, 1, с.83-85; 9, с.27, 44, 52 тощо].

В той же час, незважаючи на недоліки, які притаманні позитивному та двохаспектному поглядам на юридичну відповідальність (в тому числі вищезгадані), з абсолютизуванням вірності та необхідності ретроспективного підходу до розуміння юридичної відповідальності навряд чи слід погоджуватись. Особливо це очевидно в контексті всього комплексу практичних завдань, які повинна сьогодні забезпечити юридична наука і практика. В першу чергу тут мається на увазі виховна, профілактична, просвітницька, морально-етична тощо функції права, які воно відіграє у процесі свого впливу на суспільство в цілому та окремо взятую особу.

У межах будь-якого із зазначених підходів до розуміння юридичної відповідальності є питання про родове поняття, яке слід обрати для формулювання його наукової дефініції.

Уявляється, що в цьому плані досить перспективним виглядає використати в якості такого поняття категорію "відносини" (чи "правовідносини"). При цьому вчені-юристи по різному ставляться до спроб визначення поняття "юридичної відповідальності" через поняття "відношення/сини" ("правовідношення/сини"). Палітра тут досить багата: від прямого заперечення такої можливості (С.Братусь [3]) до намагань розглянути перше поняття через друге (М.Строгович [12, с.72-73], Ф.Н. і Ф.Ф. Фаткулліні [18, с.308] та інші). Цікаво, що розшарування з цього питання ми знаходимо у першу чергу в межах ретроспективного підходу до юридичної відповідальності.

Однак переважна більшість авторів визнає, що юридичну відповідальність можливо вважати різновидом правовідносин. При цьому за найбільш поширеною точкою зору із зазначеного приводу (Я.Брайнін, М.Студенікіна [16, с.100], А.Шабуров [15, с.435] та інші) пропонується розглядати юридичну відповідальність, як правоохоронне правовідношення.

На відміну від наведеної позиції, С.Братусь та деякі інші вчені вважають, що "добровільне виконання зобов'язання юридичною відповідальністю не є, *відповідальність – не правовідносини* (підкреслено мною – А.М.), а атрибут, властивість обов'язку на тій стадії його реалізації, коли він не виконується добровільно, навіть при бажанні зобов'язаної особи, і тому застосовується державний примус" [3, с.102]. При цьому він характеризує свою позицію щодо розуміння юридичної відповідальності наступним чином: "автором (тобто С.Братусем – А.М.) обгрунтовується та захищається розуміння юридичної відповідальності, як стану державного (або суспільного) примусу до виконання порушеного обов'язку, як виконання юридичного обов'язку під впливом державного примусу. Юридична відповідальність вслід за деякими іншими правознавцями автором тлумачиться як реалізація санкції

норми. Головне – це обов'язок. Юридична відповідальність – це той же обов'язок, але обов'язок, який примусово виконується, якщо особа ... на яку цей обов'язок покладений, не виконує його ... в праці ставиться під сумнів (положення – А.М.), що юридична відповідальність обов'язково пов'язана з додатковими обтяженнями (обов'язками) для зобов'язаної особи" [3, с.5].

Таким чином, можливо стверджувати, що в межах ретроспективного підходу в принципі більшістю авторів, як мінімум, не заперечується можливість розгляду юридичної відповідальності, як правовідношення.

Що стосується можливості розглядати юридичну відповідальність, як різновид правовідносин, у рамках позитивного та двохаспектного підходів до її розуміння, то уявляється, що це є досить природним (якщо не зводити юридичну відповідальність виключно до психологічних хвилювань, які виникають у суб'єкта у зв'язку з сумлінним виконанням ним своїх правових обов'язків/користуванням правами (свободами). Невипадково у Б.Базилева читаємо: "юридична відповідальність в позитивному своєму значенні уявляє собою *особливий зв'язок, особливе відношення* (підкреслено мною – А.М.) громадянина з державою або *регламентований правом зв'язок* (підкреслено мною – А.М.) фізичної особи ... з ... державою" [2, с.19]. Така точка зору Б.Базилева цілком зрозуміла, оскільки він, як на це вказує О.Сурилов, ґрунтовно розробив концепцію юридичної відповідальності, як охоронного правовідношення [13, с.401].

На підставі викладеного, можливо зробити висновок, а саме: є достатньо підстав вважати, що загальноправову теорію юридичної відповідальності (яка формується у межах плюралістичного середовища з питань праворозуміння) необхідно розробляти спираючись на тлумачення юридичної відповідальності як правовідношення, а, відповідно, з урахуванням положень існуючих концепцій відносин та правовідносин, включаючи залучення теоретичних надбань усіх соціальних наук.

До сказаного слід додати, що безперечно, побудова сучасної теорії юридичної відповідальності може мати місце тільки виходячи із результатів аналізу суспільно-економічних та політико-правових реалій, взятих під юридичним кутом зору. При цьому в даному випадку існує необхідність базуючись на методології (в тому числі категоріально-понятійному апараті) та досягненнях, в першу чергу, загальної юридичної теорії і в межах останньої. Якщо цього зробити не можливо, то тут є два шляхи (якщо ми не заперечуємо необхідність існування загальної юридичної теорії): (1) доопрацювання існуючої загальної юридичної теорії з метою її відповідного прилаштування-вдосконалення; (2) заміна існуючої загальної юридичної теорії новою.

В той же час, хотілось би зауважити, що це слід робити з урахуванням тієї принципової відмінності, яка існує у поглядах на державно-правову дійсність в межах різних юридичних шкіл правознавства, і які впливають із різниці у праворозуміннях, що не може не вплинути на теоретичні засади формування поглядів на юридичну відповідальність у межах ретроспективного, перспективного та/чи двохаспектного підходів до розуміння останньої. А саме в цьому компоненті і помиляються прихильники, в першу чергу, перспективного та/чи двохаспектного розуміння юридичної відповідальності. Саме це і спричиняє те, що вони, як вже підкреслювалось вище, або для обґрунтування своїх поглядів "уходять" за межі правознавства, у філософію, соціологію, етику тощо, або "скачуються" у лоно розробленої у межах ретроспектив-

ного підходу теорії юридичної відповідальності, і яка, як це також вже вказувалось вище, (а) сформувалась у сфері кримінального права, і яка (б) за природою своєю в принципі заперечує існування перспективної (а відповідно – і двохаспектної) відповідальності.

Уявляється, що вирішити дискусію щодо розуміння юридичної відповідальності на користь якогось одного із зазначених вище підходів до тлумачення юридичної відповідальності або узгодити їх можливо лише за умови побудови загальної (тобто такої, яка б була прийнята для усіх без винятку галузей права) теорії юридичної відповідальності. Вважаю, що така теорія можлива на базі тлумачення поняття "юридична відповідальність" через категорію (саме категорію) "правовідношення". На таку думку, крім іншого, нас може надихнути та обстава, що фактично представники всіх трьох принципово різних поглядів на юридичну відповідальність, за деяким виключенням (С.Братусь), не виключають можливість розгляду юридичної відповідальності.

Все сказане дає всі підстави вважати, що у процесі вирішення проблеми який саме підхід до розуміння юридичної відповідальності є більш вірним та доцільним для формування сучасної загально-юридичної теорії юридичної відповідальності (чи ретроспективний (негативний), чи перспективний (позитивний), чи двохаспектний) – досить плідним є погляд на юридичну відповідальність як правовідношення.

У цьому випадку у ході відповідної науково-дослідницької роботи обов'язково буде сформульована більш-менш прийнятна для усієї юридичної науки наукова дефініція поняття "юридична відповідальність". Точніше буде сказати, що буде сформульовано декілька конкуруючих між собою наукових дефініцій поняття "юридична відповідальність", оскільки різниця у праворозуміннях обов'язково породить різницю у визначеннях, незважаючи на те, що родове поняття для цих дефініцій буде одним і тим же – правовідношення. При аналізі цих дефініцій, а також сформульованих на їх базі теорій юридичної відповідальності, взятих у контексті конкретно-історичних завдань, які постали перед юридичною практикою на певному етапі її розвитку, можливо буде обрати адекватну цим потребам загально-юридичну теорію юридичної відповідальності.

1. Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. – М., 1998.
2. Базилев Б.Т. Ответственность в советском праве. – Красноярск, 1977.
3. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. – М., 1976.
4. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. – М., 1955.
5. Лейст О.Э. Санкции в советском праве. – М., 1962.
6. Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. – СПб., 2006.
7. Марченко М.Н. Теория права. – М., 1998. – Т. 2.
8. Недбайло П.Е. Система юридических гарантий применения правовых норм // Правоведение. – 1971. – № 3.
9. Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. – Львов, 1959.
10. Смирнов В.Н. Дисциплина труда в СССР. – Л., 1972.
11. Смирнов В.Т. Гражданская ответственность государственных предприятий за причинение ущерба или смерти работникам. – М., 1957.
12. Строгович М.С. Сущность юридической ответственности // Сов.гос.во и право. – 1979. – №5. – С.73.
13. Сурилов А.В. Теория государства и права. – К.-Одесса, 1989.
14. Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. – М., 1974.
15. Теория государства и права / Под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова. – М., 2002.
16. Теория государства и права/Под ред. А.С.Пиголкина.
17. Фаракушин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. – М., 1971.
18. Фаткуллин Ф.Н., Фаткуллин Ф.Ф. Проблемы теории государства и права. – Казань, 2003.
19. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношениях. – М., 1974.
20. Хачатуров Р.Л., Ягугян Р.Г. Юридическая ответственность. – Тольятти, 1995.
21. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. – М., 2000.

Надійшла до редколегії 21.10.10

КОНФЕДЕРАЦІЯ ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Розглянуто проблему наявності міжнародної правосуб'єктності у конфедерації. Досліджено найбільш важливі спірні питання міжнародної правосуб'єктності у конфедерації. Сформульовано особливості конфедерації як суб'єкта міжнародно-правових відносин.

Ключові слова: конфедерація, міжнародна правосуб'єктність, суб'єкт права, міжнародні договори, правовідносини.

Рассмотрена проблема наличия международной правосубъектности в конфедерации. Исследовано наиболее важные спорные вопросы международной правосубъектности в конфедерации. Сформулированы особенности конфедерации как субъекта международно-правовых отношений.

Ключевые слова: конфедерация, международная правосубъектность, субъект права, международные договоры, правоотношения.

The article considers the problem of legal capacity of confederation. The author probed the most essential questions that touch upon international capability of confederation. The main features of confederative legal capacity are determined.

Keywords: confederation, international capability, legal subject, international agreements, legal relationships.

Питання наявності міжнародної правосуб'єктності у конфедерації в сучасній теорії міжнародного права вирішується неоднозначно. Вчені-правознавці висловлюють з цього приводу часом діаметрально протилежні точки зору, не зважаючи на це, абсолютно обґрунтовані.

Суверенні держави вважаються загально визнаними суб'єктами міжнародного права. Вчені сходяться на думці, що держава є не лише основним, але також первинним і універсальним суб'єктом міжнародного права. Жодне суспільство не може існувати поза державою, яка необхідна для організації внутрішнього і міжнародного життя. Держави – найбільш могутні і організовані суб'єкти. Вони зосередили в своїх руках основні засоби впливу на міжнародне життя. Не існує норм, які наділяють їх міжнародною правосуб'єктністю; є лише норми, що підтверджують наявність у них правосуб'єктності з моменту утворення. Іншими словами, в цьому випадку правосуб'єктність не залежить від чиєї-небудь волі і має за своєю природою об'єктивний характер [11, 9].

Проте, на міжнародній арені в якості суб'єктів крім суверенних держав виступають і об'єднання держав, такі як конфедерація [9, 45].

Проблема наявності міжнародної правосуб'єктності у конфедерації висвітлена в науці міжнародного права досить-таки опосередковано. Думки вчених з цього приводу абсолютно розділилися від повного заперечення до визнання конфедерації суб'єктом міжнародного права.

Оппенгейм пише: "такий союз держав сам по собі є державою не більшою мірою, ніж реальна унія; це лише міжнародна конфедерація держав, об'єднання міжнародного характеру, оскільки держави-члени союзу залишаються суверенними державами і окремими міжнародними суб'єктами. Отже, конфедеративний союз держав не є міжнародним суб'єктом, хоча в деяких відносинах він розглядається як такий з огляду на те, що він є об'єднаною владою суверенних держав, його членів" [13, 647].

С.В. Черніченко, загалом заперечуючи наявність міжнародної правосуб'єктності у конфедерації, допускає можливість наділення її правосуб'єктністю з розвитком інтеграційних процесів і розвитку в сторону федерації [10, 20].

П. Лабанд пише, що конфедерація – це правовідношення між державами, а не суб'єкт права. Воля конфедерації є простим вираженням загальної волі її членів. Навіть, якщо в міжнародно-правових відносинах конфедерація держав розглядається в якості колективної влади, має колективне ім'я, може призначати спільних послів, вона все ж залишається сукупністю держав [5, 105].

Ми розглядаємо конфедерацію як міжнародно-правове об'єднання держав, тому будемо досліджувати правову природу її міжнародної правосуб'єктності з

огляду на створення та функціонування таких сучасних конфедерацій, як ЄС і СНД.

На нашу думку, несправедливо заперечувати факт наявності міжнародної правосуб'єктності в конфедерації, бо реалії міжнародного життя свідчать про абсолютно протилежне. Конфедерації наділені правосуб'єктністю, хоча вона і має свою особливу правову природу.

Свого часу Г.І. Тункін, не погоджуючись з загальноприйнятими положеннями радянської доктрини міжнародного права щодо наділення міжнародною правосуб'єктністю лише суверенних держав, писав: "твердження про те, що міжнародні організації та міждержавні союзи можуть бути і більшість з них є суб'єктами міжнародного права, на сучасному етапі є загальновизнаним і дискусії по цьому питанню можна вважати даниною історії". Незважаючи на це, він заперечував наявність іманентної (внутрішньо притаманної) правосуб'єктності у міждержавних союзів (конфедерацій). Тункін пояснював це тим, що в сучасному загальному міжнародному праві відсутні норми, які б визначали правовий статус таких союзів [8, 317].

Н.А. Ушаков визначав конфедерацію як особливе об'єднання (союз) держав, що зберігають свій суверенітет, але які передали деякі свої повноваження такому об'єднанню, наділивши його тим самим правоздатністю виступати в міжнародних відносинах від їх імені, тобто спеціальною міжнародною правосуб'єктністю, проте, як і Г.І. Тункін, наголошував на тому, що за наявності конфедерації держав виникають складні міжнародно-правові проблеми, далеко не вирішені або взагалі не вирішені у міжнародному праві [9, 45].

У міжнародних відносинах виникають такі основні труднощі у зв'язку з створенням державами конфедерації: проблема визнання її як суб'єкта міжнародного права, питання наявності у неї відокремленої від держав-членів волі та прав і обов'язків, можливість укладати договори, її здатність створювати та запроваджувати норми права, а також питання її міжнародної відповідальності.

З метою з'ясування правової природи міжнародної правосуб'єктності конфедерації, розглянемо такі найбільш важливі спірні питання правосуб'єктності таких об'єднань держав:

1. Визнання суб'єктом міжнародного права з боку інших суб'єктів міжнародного права.

Суть даного критерію полягає в тому, що держави і відповідні міжнародні організації визнають і зобов'язуються поважати права і обов'язки відповідного новоствореного суб'єкта, його компетенцію, коло повноважень [4, 157].

Що стосується міжнародних організацій, то вони беруть участь в міжнародних відносинах тільки завдяки визнанню з боку держав.

В теорії сучасного міжнародного права відсутні будь-які норми, які вказували б на обов'язковість чи, взагалі, на потребу міжнародного визнання для конфедерацій. Ряд авторів наголошує на тому, що правосуб'єктність конфедерації не визнається і не визнавалась у міжнародних відносинах, бо у цьому немає жодної потреби, оскільки держави-члени конфедерації – суверенні держави, правосуб'єктність яких уже визнана міжнародним правом. Держави-засновниці конфедерації визнають її міжнародну правосуб'єктність самим союзним договором. З цього приводу О.В. Тадевосян пише, що вступаючи до конфедерації держави визнають її правосуб'єктність [6, 13].

В цьому і полягає суттєва різниця між конфедерацією та міжнародною організацією. Міжнародна правосуб'єктність конфедерації – це її невід'ємна риса, атрибут існування. Вона не потребує додаткового визнання з боку держав, чи з боку інших міжнародних організацій. Конфедерація визнається суб'єктом міжнародного права вже тому, що вона реально існує і діє в міжнародних відносинах.

Так, наприклад, існує багато точок зору щодо наявності міжнародної правосуб'єктності у ЄС. Дослідники вважають, що правосуб'єктність ЄС потрібно встановлювати на підставі визнання його іншими суб'єктами міжнародних відносин. Проте, завдяки Лісабонському договору ЄС отримав яскраво виражену правосуб'єктність.

Точилися дискусії і навколо наявності міжнародної правосуб'єктності в СНД, оскільки Україна відмовлялась визнати Співдружність суб'єктом міжнародного права.

Проаналізувавши установчі акти Співдружності, Економічний Суд СНД постановив, що вона є учасником міжнародних відносин, наділена правами і обов'язками в сфері міжнародного права, тому її потрібно вважати суб'єктом міжнародного права. Міжнародна правосуб'єктність СНД – невід'ємна її якість і така, що не потребує офіційного визнання з боку інших суб'єктів міжнародних відносин, навіть її членів.

2. Наявність відокремлених прав і обов'язків.

Цей критерій правосуб'єктності конфедерації означає, що вона володіє такими правами і обов'язками, які відмінні від прав і обов'язків держав і можуть бути здійснені на міжнародному рівні.

Серед дослідників немає єдності у вирішенні питання наявності прав і обов'язків у конфедерації, зокрема і у сфері міжнародних відносин.

І.Г. Тимошенко вказує на делегування конфедерації владних повноважень [7, 116]. К.В. Арановський зазначає, що у відання конфедерації зазвичай передається розгляд питань [1, 237]. І.І. Лукашук розкриваючи питання суверенітету держав-членів міждержавних об'єднань, пише: "держави не передають союзам суверенні права, а наділяють їх визначеними повноваженнями, в тому числі повноваження на здійснення і деяких із тих прав, які відносяться до суверенітету. Точніше кажучи, мова йде навіть не про передачу такого роду повноважень, а про передачу їх здійснення" [2, 114].

Важко погодитися з таким підходом вищезазначених дослідників до можливості конфедерації мати і здійснювати права і обов'язки в міжнародних відносинах. Якби конфедерація була тотожна міжнародній організації, то поняття компетентності (волі) до неї можна було б застосовувати в його традиційному значенні в

міжнародному праві, проте конфедерація не належить, ні до міжнародних організацій, ні до федерацій.

Д.І. Фельдман справедливо зазначає, що компетенцію в міжнародно-правових відносинах, необхідно доводити, і не просто з точки зору її зовнішнього оформлення, а шляхом трактування статуту і аналізу його відповідності загальноновизнаним принципам і нормам міжнародного права [3, 14].

Таким чином, при дослідженні установчих документів сучасних конфедерацій стає цілком зрозуміло, що держави-члени не передають їй право на здійснення прав, а саме, добровільно обмежуючи власний суверенітет, наділяють її правами і обов'язками. Це означає, що наявність міжнародної компетенції (волі) у держав-членів не заважає міждержавному союзові з їх участю також володіти міжнародною компетенцією.

Проте, конфедерація має менший обсяг суверенних прав порівняно з державою, вона і далі залишається функціонально обмеженою в своїй правоздатності і не володіє компетенцією, якою володіють держави-члени.

В даний час в теорії і в практиці можна вважати загальноновизнаним факт наділу Європейського Союзу суверенними правами за рахунок переходу їх від органів держав до "наднаціональних" інститутів ЄС. Відповідно до Лісабонського договору Євросоюз володіє міжнародною правосуб'єктністю і виступає як наддержавна (наднаціональна) організація, на користь якої держави ЄС добровільно обмежили свій суверенітет.

Порівняно з ЄС СНД на сучасному етапі не володіє подібними правами, оскільки держави-члени не наділили її такими широкими повноваженнями.

Проте, в засновницьких документах СНД, а також в її Статуті зазначаються повноваження, які реалізуються через її координуючі органи. Також наявність прав та обов'язків в СНД визнав в своєму консультативному висновку (№ 01-1/2-98 від 28 червня 1998 р.) Економічний Суд СНД, який встановив, що Співдружність Незалежних Держав є суб'єктом міжнародного права.

З усього вищезазначеного можна зробити висновок, що конфедерація володіє правами в сфері міжнародних відносин в силу свого статусу, самого факту існування і функціонування, на відміну від міжнародної організації, яка наділяється правами тільки для досягнення покладених на неї державами-членами цілей.

3. Право на укладення договорів.

Важливим елементом правосуб'єктності суб'єкта міжнародного права є договірне право- і дієздатність, тобто участь в створенні та застосуванні норм міжнародного права шляхом укладення міжнародних договорів. Визнання здатності брати участь в міжнародному договорі як критерій визначення міжнародної правосуб'єктності заслуговує на увагу. Професор Колумбійського університету О. Лісіцин в роботі, присвячену кодіфікуванню права договорів, писав: "Можна сумніватися в тому, що міжнародне право містить який-небудь об'єктивний критерій міжнародної правосуб'єктності або здатності укладати міжнародні договори. Сам факт або практика вступу до міжнародного договору інколи є єдиним мірилом, яке може бути використане для визначення того, що дане утворення володіє такою суб'єктністю" [12, 172].

З огляду на сучасний стан справ у сфері міжнародних відносин, всі конфедерації наділені правом укладати міжнародні договори від власного імені. Але, проблема в тому, якими нормами міжнародного права, якою його галуззю або підгалуззю регулюється порядок укладення таких договорів, встановлюється їх дійсність

або недійсність, окрім основних принципів міжнародного права. Очевидно, що, ні норми Віденської конвенції про міжнародні договори 1969 р., ні норми Віденської конвенції про право міжнародних договорів між державами і міжнародними організаціями 1986 р. не можна застосувати до конфедерації, бо це не держава і не міжнародна організація. Проте, Н.А.Ушаков зазначає, що виходом з даної ситуації може бути застосування норм міжнародного права *mutatis mutandis* і у випадку з конфедерацією. Про застосування цих норм мова іде також в Додатку IX до Віденської конвенції про право міжнародних договорів між державами і міжнародними організаціями 1986 р. з вказівкою на те, що тільки за умови необхідних змін або уточнень, тобто врегулювання проблем стосовно кожного конкретного випадку покладається на розсуд зацікавлених держав [9, 163].

В свою чергу С.М. Михайлова пише, що не завадило б створення системи міжнародно-правових норм, які б регулювали, як питання прав, обов'язків та відповідальності конфедерації щодо укладених нею міжнародних договорів, так і коло інших проблем, що виникають в зв'язку з створенням державами конфедерацій. В той же час вона зазначає, що дані питання можуть регулюватися і безпосередньо в установчих договорах, залежно від специфіки створюваного об'єднання і намірів держав-засновниць [5, 118].

Положення засновницьких договорів Євросоюзу – Маастрихтського договору про Європейський Союз (1992), Амстердамського і Ніццького договорів про реформу ЄС (1997, 2001), а також Лісабонського договору (2009) – в тій чи іншій мірі наділяють ЄС договірною правоздатністю.

Відповідно до установчих договорів Європейського Союзу, його повноваження підрозділяються на виняткові, коли лише ЄС має право укладати договори і спільні, коли в компетенції і Європейського співтовариства і держав-членів укладання угод.

У Статуті СНД відсутня вказівка на її договірну правоздатність, у зв'язку з чим вона здійснюється на підставі спеціального рішення держав-засновниць. Одним з прикладів реалізації договірної правосуб'єктності СНД є Рішення Ради глав держав Співдружності Незалежних Держав підписана Угода між Співдружністю Незалежних Держав і Республікою Білорусь про умови перебування Виконавчого Секретаріату Співдружності Незалежних Держав на території Республіки Білорусь.

Таким чином, СНД володіє статусом суб'єкта міжнародного права і необхідною договірною правоздатністю, має право укладати міжнародні договори як з державами – учасниками СНД, так і з іншими державами.

Отже, конфедерація володіє договірною правоздатністю, здатна разом з державами-членами або окремо від свого імені укладати міжнародні договори.

4. Міжнародно-правова відповідальність.

Абсолютно не вирішеною залишається проблема міжнародної відповідальності конфедерацій.

Міжнародне право вирішує цю проблему таким чином: міжнародно-правова відповідальність конфедерації виникає за тих же умов, що і аналогічна відповідаль-

ність держав, тобто при наявності міжнародно-протиправної дії, що приписується цій конфедерації.

На нашу думку, випадку із таким малодослідженим явищем, як конфедерація, справедливо застосовувати і рішення Міжнародного суду (1949 р.), відповідно до якого будь-яке міждержавне об'єднання може бути суб'єктом правовідносин відповідальності, відстоюючи своє право на забезпечення дотримання зобов'язань, прийнятих відносно такого об'єднання. Ці положення підтверджуються в коментарі до статей Віденської конвенції про право міжнародних договорів між державами і міжнародними організаціями 1986 р. про відповідальність: міжнародна організація або міждержавний союз відповідно до міжнародного права "володіє окремою правосуб'єктністю і несе відповідальність за власні діяння, які здійснюються цією організацією або її органами чи посадовими особами".

Отже, конфедерація виступає суб'єктом міжнародно-правової відповідальності, хоча з притаманними їй особливостями.

З усього вищезазначеного можна зробити висновок, що конфедерація – це вторинний суб'єкт міжнародного права з обмеженою міжнародною правосуб'єктністю. Цитуючи А. Федросса, що держави знаходяться у витоків міжнародного права, в той час як різні міждержавні об'єднання створюються державами і їх існування та правовий статус базується на укладених між державами угодах [8, 315].

Міжнародна правосуб'єктність конфедерації заснована на установчому договорі, в якому держави передають конфедерації для досягнення визначених в договорі цілей певні права, перелік яких може бути змінений тільки на основі одностайного рішення всіх держав-засновниць. При цьому самі держави-члени на передбачених в договорі умовах зберігають свою міжнародну правосуб'єктність і можуть виступати в міжнародно-правових відносинах в якості суб'єкта міжнародного права разом з конфедерацією.

1. Арановський К.В. Государственное право зарубежных стран. Учебник. – М.: Изд. группа "Форум", ИНФА-М., 1998. – 486 с. 2. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, 21 век. – М., 2000. – 320 с. 3. Международная правосубъектность (некоторые вопросы теории). Отв.ред. Д.И. Фельдман. – М., 1971. – 314 с. 4. Международное публичное право. Отв. ред. Бекяшев К.А. / Учебник. – 2005. – 784 с. 5. Михайлова С.Ю. Конфедерация как международно-правовое объединение государств: вопросы теории и практики: Дисс. к.ю.н. – Уфа, 2006. – 177 с. 6. Тадевосян Э.В. Российский федерализм и современный национально-государственный нигилизм / Государство и право. 1996. – №10. 7. Тимошенко И.Г. Современные формы государственных и межгосударственных объединений: сравнительно-правовой аспект // Парламент и президент (опыт зарубежных стран). – М., 1995. – 116 с. 8. Тункин Г.И. Теория международного права / под. общ.ред. проф. Л.Н.Шестакова. – М.: Зерцало, 2000. – 517 с. 9. Ушаков Н.А. Государство в системе международно-правового регулирования. – М., 1997. – 445 с. 10. Черниченко С.В. Теория международного права. – М., 1999. – Т. 1. – 460 с. 11. Шляпцев Д.А. Международное право: курс лекций. – М.: Юстицинформ, 2006. – 256 с. 12. Lissitzyn O. Efforts to Codify or Restate the Law of Treaties // Essays on International Law. N.Y., 1965. – 172 p. 13. Oppenheim L. International Law. Vol. I. London, 1967. – 873 p.

Надійшла до редколегії 21.10.10

АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ ЯК КАТЕГОРІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

В статті розглянуто теоретичні та правові засади визначення адміністративних послуг як категорії адміністративного права. Узагальнено наукові підходи до визначення поняття, змісту та особливостей адміністративних послуг. Сформульовано визначення адміністративних послуг як категорії адміністративного права, яка породжує адміністративні правовідносини при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) в процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу для отримання певного результату.

Ключові слова: адміністративні послуги; звернення громадян; ознаки; якість; органи державної влади; виконавча влада.

В статье рассмотрены теоретические проблемы и правовые основания возникновения административных услуг как категории административного права. Обобщены научные подходы к определению понятия, сути, и особенностей административных услуг. Сформулировано определение административных услуг как категории административного права, которая есть основанием для административных правоотношений при реализации субъективных прав физического или юридического лица (по их заявлению) в процессе общественно – властной деятельности административного органа для получения конкретного результата.

Ключевые слова: административные услуги, обращение граждан, признаки, качество, органы государственной власти, исполнительная власть.

The article considers theoretical and legal basis of defining administrative services as a category of the administrative law. The academic approaches to defining the notion, content and specifics of the administrative services have been generalized in the article. The administrative services are defined as a category of the administrative law which is a basis for administrative and legal relations with the observance of the rights of a natural person or a legal entity (under their application) in the process of public and administrative activity of the administrative body to achieve a certain result.

Key words: administrative services, citizens' application, specifics, quality, state authority bodies, executive power.

Постановка проблеми. Ефективне і вільне здійснення прав людини, формування системи виконавчої влади, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним пріоритетом її діяльності стане служіння народів та національним інтересам є одними з головних ознак демократичного суспільства і правової держави [3, с. 125]. Розбудова України як правової держави вимагає радикальної зміни пріоритетів у державній діяльності і принципів та форм відносин між владою і громадянами. На сьогоднішній день держава не управляє суспільством, а надає йому послуги, а відтак головне завдання сучасної держави полягає саме в наданні громадянам якісних адміністративних послуг.

Для реалізації поставлених завдань стратегічно важливе значення має галузь адміністративного права України. За умов демократичних змін у житті українського суспільства вітчизняними вченими зроблено висновки про те, що до суспільних відносин, які складають предмет адміністративного права, входять і ті, що формуються у ході діяльності органів державної влади, їх посадових осіб щодо забезпечення реалізації та захисту в адміністративному порядку прав і свобод громадян, надання їм, а також юридичним особам адміністративних послуг [5, с. 71 – 72; 6, с. 243].

Стан дослідження проблеми. Питання адміністративних послуг в Україні потребують ґрунтовних наукових досліджень та відповідного адміністративно-правового оформлення. Безперечно, вони були предметом науково-теоретичних досліджень таких вчених як В. Авер'янов, Б. Борисов, В. Гаращук, Н. Гнидюк, І. Голосніченко, Р. Калюжний, В. Кампо, В. Кудря, І. Коліушко, Є. Куріний, Р. Куйбіда, А. Ластовецький, М. Лесечко, Н. Нижник, О. Пастух, Г. Писаренко, О. Харитонova, Г. Чміленко, А. Шастико, Х. Ярмак і ін. Водночас ці дослідження стосувалися окремих аспектів адміністративних послуг, а комплексне наукове дослідження питань адміністративних послуг як категорії адміністративного права не проводилося.

Постановка завдання. В даній публікації пропонується на основі чинного законодавства, матеріалів теорії та практики провести дослідження адміністративних послуг як категорії адміністративного права.

Виклад основного матеріалу дослідження. Діяльність органів державної влади завжди була і є необхідною. Головне полягає в обов'язкових змінах форм і

методів цієї діяльності, що диктуються умовами суспільного розвитку.

Прийняття упродовж останніх років низки правових актів, положення яких були спрямовані на поліпшення якості управління, ще раз підкреслили важливість розроблення теорії надання адміністративних послуг та їх впровадження у практичну діяльність органів державної влади України. До таких актів можна віднести Концепцію розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, затверджену розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 90-р. (далі – Концепція). Зокрема, її положення визначають адміністративну послугу як результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо) [14, ст. 176].

Відповідно до положень Концепції належність послуг до адміністративних визначається за такими критеріями: повноваження адміністративного органу щодо надання певного виду послуг визначається законом; послуги надаються адміністративними органами шляхом реалізації владних повноважень; послуги надаються за зверненням фізичних та юридичних осіб; результатом розгляду звернення є адміністративний акт, що має індивідуальний характер (паспорт, свідоцтво, ліцензія, дозвіл тощо); надання послуг пов'язане із забезпеченням створення умов для реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів.

Реалізація зазначеної Концепції потребує змістовної переоцінки характеру взаємовідносин між органами державної влади і приватними (фізичними та юридичними) особами. Надання органами державної влади різноманітних адміністративних послуг громадянам чи юридичним особам – новий формат оцінки їхніх взаємовідносин. Одна з категорій таких відносин – адміністративні послуги – досі залишається малодослідженою та дискусійною в юридичній науці взагалі та в адміністративному праві, зокрема.

Поняття адміністративні (управлінські) послуги – достатньо новий елемент у сучасній науці адміністративного права України.

Так, В.Б. Авер'янов, обґрунтовуючи нову доктринальну оцінку щодо змісту предмета галузі адміністратив-

ного права, стверджує: "виконання органами виконавчої влади (це однаковою мірою стосується і органів місцевого самоврядування) значної частини обов'язків перед приватними особами пов'язане з такою поки що нетрадиційною для вітчизняного досвіду функцією держави, як надання адміністративних (або управлінських) послуг. Ця нова функція була вперше передбачена Концепцією адміністративної реформи в Україні (1998 р.), а самі управлінські послуги визначені в ній "як послуги з боку органів виконавчої влади, що є необхідною умовою реалізації прав і свобод громадян – зокрема, реєстрація, ліцензування, сертифікація" [2, с. 25].

Теорія адміністративних послуг на сьогодні скоріш за все має вигляд концепції, а не розробленої теорії. Досить того, що серед учених і практиків немає не тільки єдиного погляду на види послуг, але й навіть єдиного поняття адміністративних послуг.

Початковим моментом використання поняття "адміністративні (управлінські) послуги" в Україні можна вважати запровадження адміністративної реформи. Так, Указ Президента України від 22 липня 1998 року "Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні", постановляє покласти в основу здійснення реформування системи державного управління основні положення Концепції адміністративної реформи в Україні, розробленої Державною комісією з проведення в Україні адміністративної реформи.

Відповідно до Концепції адміністративної реформи в Україні, для досягнення мети адміністративної реформи вході її проведення має бути розв'язано ряд завдань, одним із яких є запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян, надання державних і громадських послуг. Виконавча влада, реалізуючи призначення демократичної, соціальної правової держави, створює умови для реалізації прав і свобод громадян, а також надання їм широкого кола державних, у тому числі управлінських, послуг. Приватні особи є не прохачами у відносинах з органами влади, а споживачами послуг. Держава в особі публічних суб'єктів (органів державної влади й органів місцевого самоврядування) повинна орієнтуватися на потреби особи, так само, як у приватному секторі надавачі послуг орієнтуються на потреби споживача ("клієнта"), його запити й очікування.

Крім ідеологічного значення категорії "послуг", держава зобов'язана зосередити увагу на розв'язанні проблематики послуг також для того, щоб припинити використання органами виконавчої влади цієї сфери для заробляння коштів на власні потреби (йдеться про так звані "переліки платних послуг"). Діяльність органів виконавчої влади вимагає впорядкування в цій частині. Для наведення ладу у сфері послуг і впровадження в діяльність держави науково обґрунтованої теорії процесу надання послуг необхідно керуватися єдиними теоретичними засадами, в тому числі щодо розуміння понять, видів і ознак публічних послуг.

Наведене вище пояснює, чому розроблення теорії публічних послуг має переміститися в центр уваги вітчизняної науки. Хоча, як було зазначено вище, серед учених і практиків нема єдності в підходах до розуміння публічних послуг. У правовій літературі не вироблено єдиного підходу до розуміння сутності послуги, яка надається органами державної влади та місцевого самоврядування.

А.Е. Шаститко пропонує розглядати поняття публічні послуги через їх основне завдання, а саме: підвищення ефективності державного управління. Ним розроблено два підходи до розуміння даного поняття, емпіричне й

теоретичне. У рамках першого підходу, під публічними послугами розуміються послуги, надані (у зв'язку з виконанням владних функцій) органами виконавчої влади і їхніми установами при безпосередній взаємодії з громадянами. Відповідно до другого підходу, публічними він вважає послуги, що мають властивості приватних благ, але безпосередньо сполучені зі специфікацією й захистом прав власності окремих осіб. Він відзначає, що в економічному змісті держава надає послуги, що є суспільними благами. У правовому змісті, блага не попадають у категорію послуг, тому що суспільний договір не виступає формою договору в юридичному плані, що містить обіцянку з юридично значимими наслідками при їхньому невиконанні [19, с. 150 – 151].

Ю.А. Тихомиров під публічною послугою розуміє здійснення дій уповноваженим суб'єктом для задоволення потреб і прав інших осіб [15, с. 118].

Щодо нормативного розуміння послуг найбільш наближене до мети дослідження визначення державних послуг наведене у Законі України "Про оподаткування прибутку підприємств", де під державними послугами розуміють "будь-які платні послуги, обов'язковість отримання яких установлюється законодавством та які надаються фізичним чи юридичним особам органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та створеними ними установами й організаціями, що утримуються за рахунок коштів відповідних бюджетів [9, ст. 28].

Закон України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти" розглядає в якості послуги "будь-яку закупівлю, крім товарів та робіт, включаючи підготовку спеціалістів, забезпечення транспортом і зв'язком, освоєння технологій, наукові дослідження, медичне та побутове обслуговування [8, ст. 148].

В Указі Президента України "Про засади реформування системи центральних органів виконавчої влади" від 15 квітня 2005 року № 658 було передбачено формування реєстру державних послуг (управлінських, адміністративних, соціальних і інших). А сам термін "державні послуги" пропонується розглядати як консолідуючий термін, що об'єднує поняття управлінська й адміністративна послуга. Управлінська послуга трактується як зміст функціональної діяльності державного органу стосовно вироблення й реалізації державної політики з регулювання певного сектора економіки чи соціального життя. Адміністративна послуга розглядається як публічна послуга, яка надається органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, іншими уповноваженими особами, і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень [16].

Державний комітет України зі стандартизації, метрології та сертифікації послугу трактує як "наслідок безпосередньої взаємодії між постачальником і споживачем, внутрішньої діяльності постачальника для задоволення потреб споживача" [12].

В Законі України "Про соціальні послуги" окремо регламентується категорія "соціальні послуги", яка визначена як "комплекс правових, економічних, психологічних, освітніх, медичних, реабілітаційних, та інших заходів, спрямованих на окремі соціальні групи чи індивідів, які перебувають у складних життєвих обставинах, та потребують сторонньої допомоги з метою поліпшення або відтворення їх життєдіяльності, соціальної адаптації, та повернення до повноцінного життя" [7, ст. 358].

Тому, узагальнюючи наведені вище погляди науковців та визначення, які містяться в нормативно-правових актах України можна виокремити декілька підходів.

- поняття "адміністративна послуга" використовується при характеристиці діяльності органів державної

влади, пов'язаною з їх роботою із громадянами, підприємствами, установами, організаціями;

- за допомогою адміністративних послуг визначаються дії суб'єктів державної влади з організації обслуговування населення, підприємств, установ, організацій, надання їй життєво необхідних благ. Ця діяльність має де-що інший характер, а ніж у попередньому випадку, мова йде про організацію діяльності тих господарюючих суб'єктів, які займаються наданням послуг населенню;

- адміністративні послуги, що надаються населенню у режимі цивільно-правового регулювання, але мають масовий характер, відповідальність за організацію яких несе орган державної влади.

Як правило, адміністративні послуги в першому й другому випадку регулюються переважно нормами адміністративного права, третій вид послуг надається громадянам у режимі цивільно-правових відносин, а це є принципово інший вид організаційної діяльності суб'єктів державно-владних повноважень.

Також зазначимо, що Л.А. Мицкевич говорить про можливість виділення найширшого, четвертого, підходу до трактування поняття адміністративних послуг, коли вся діяльність апарату державної влади по організації суспільного життя розуміється як одна адміністративна послуга [11, с. 35].

В.П. Тимошук пропонує класифікувати публічні послуги на: державні послуги – це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед виконавчої) та державними підприємствами, установами, організаціями. Муніципальні послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування та комунальними підприємствами, установами, організаціями при взаємодії з громадянами. А адміністративні послуги – це та частина публічних послуг, які надаються органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень. Основним критерієм тут слугує, взаємодія органів влади з громадянами, підставою виникнення таких правовідносин є, як правило, заява громадянина або організації [4, с. 118 – 119].

Також, слід зазначити, що наука адміністративного права та чинне законодавство України оперує такими категоріями як: "публічні послуги", "державні послуги", "муніципальні послуги", "адміністративні послуги", та деякі інші. Досить часто ці поняття вживаються як синоніми, разом із тим у науковій літературі пропонується їх розмежовувати [10, с. 125].

На нашу думку, деякою мірою в цьому винні переклади іноземних матеріалів з даної проблематики, коли "public service" перекладається і як "публічні", і як "державні", і як "адміністративні" послуги. Ми також вважаємо, що було б хибно змішувати ці поняття, оскільки вони мають різний зміст і з різних сторін характеризують послуги, що надаються. Водночас і протиставляти їх також було б помилковим. Та сама послуга може в ряді випадків бути і публічною, і державною. Державна послуга, у першу чергу, характеризує суб'єкта, що її надає: це завжди державні органи. Органи місцевого самоврядування можуть надавати послуги аналогічні державним, але, такі послуги не можуть розглядатися як державні, виходячи з конституційного статусу органів місцевого самоврядування. Термін "публічні послуги" набагато ширший від "державних послуг", їх можуть надавати державні, і недержавні структури, але головне, що їхній об'єднує, – це зацікавленість суспільства в їхньому наданні, суспільний інтерес, соціальна значимість. Хто буде надавати такі послуги – питання найважливіше для споживача вторинне, рішення якого залежить

від цілого ряду обставин, при цьому одним з основних критеріїв тут є ефективність надання послуг.

З'ясувати різницю між даними поняттями, на думку Авер'янова В.Б., можливо за допомогою ознак, що притаманні публічним послугам, зокрема, в юридичній літературі наводяться такі ознаки публічних послуг: 1) вони забезпечують діяльність загальнозначущої спрямованості; 2) мають необмежене коло суб'єктів, що користуються ними; 3) здійснюються або органом державної й муніципальної влади, або іншим суб'єктом; 4) ґрунтуються як на публічній, так і на приватній власності [1, с. 9 – 10].

Перші дві ознаки характерні не тільки для публічних, але і для державних послуг, дві інших ознаки в наведеному формулюванні ширші, ніж ознаки державних послуг, що дає підставу розглядати державні й публічні послуги як частину і ціле. Остання, четверта, ознака, на наш погляд, не є самостійною, вона похідна від третьої ознаки, оскільки, якщо ми стверджуємо, що публічні послуги надаються органом державної й муніципальної влади або іншим суб'єктом, очевидно, що надання публічних послуг може базуватися на будь-якій формі власності.

Перша з наведених ознак публічних послуг показує наявність публічного інтересу в здійсненні такої діяльності і дозволяє зробити висновок, що незалежно від того, який суб'єкт (державний орган, муніципальний орган, недержавна організація) у кожному конкретному випадку їх надає, публічна влада зобов'язана забезпечити їх, реалізацію. Якщо є бажання у приватному секторі надавати такого роду публічні послуги, або це по встановлених причинах не під силу приватній організації, то в такому випадку державний, муніципальний орган зобов'язаний узяти на себе здійснення такої послуги, соціальна значимість якої вимагає її надання. Так, вивіз сміття, відходів, водопостачання, інші аналогічні публічні послуги повинні надаватися незалежно від наявності зацікавленості тих чи інших суб'єктів. І якщо зацікавленості у такій діяльності немає, то орган публічної влади зобов'язаний або сформулювати такий інтерес, або просто взяти на себе здійснення такої публічної послуги. Отже, сфера суспільно значимих послуг повинна завжди перебувати в зоні уваги публічної влади.

Однак форми участі державних органів де-що мають інший зміст залежно від того, чи йде мова про державні, чи про публічні послуги. Державні послуги припускають тільки безпосереднє їхнє виконання державними структурами. Тоді як публічні послуги державні органи можуть: надавати самостійно; делегувати їх надання органам місцевого самоврядування; організувати їхнє виконання комерційними й некомерційними організаціями.

Для наукового обґрунтованої теорії процесу надання послуг, на нашу думку, необхідно ввести єдині концептуальні засади, і вони повинні базуватися на інтегральному понятті – "публічні послуги", що надаються державними структурами та органами місцевого самоврядування або іншими суб'єктами за рахунок публічних коштів. А вже за ознаками суб'єкта владних повноважень, котрий надає публічні послуги, розрізняти види публічних послуг, зокрема:

- 1) державні послуги – це послуги, що надаються органами державної влади (насамперед, виконавчої) та державними підприємствами, установами й організаціями. До числа державних послуг відносяться також послуги, які надаються недержавними організаціями в порядку виконання делегованих повноважень за рахунок коштів державного бюджету;

- 2) муніципальні(комунальні) послуги – це послуги, що надаються органами місцевого самоврядування,

комунальними підприємствами, установами й організаціями за рахунок коштів місцевих бюджетів;

3) управлінські послуги – це розпорядча діяльність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що регламентована законом і здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їх прав, свобод та законних інтересів;

4) адміністративні послуги, виділення яких регламентується Концепцією розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, і які передбачають юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо).

Таким чином, на нашу думку, адміністративна послуга є категорією адміністративного права, яка породжує адміністративні правовідносини при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) в процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу для отримання певного результату.

Суб'єктами реалізації адміністративних послуг є: органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, державні підприємства, установи, організації. Кожна адміністративна послуга повинна мати такі ознаки: надаватися в межах правового поля за зверненням юридичних чи фізичних осіб; надаватися з метою забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи; надаватися шляхом реалізації владних повноважень.

Підсумовуючи, також зазначимо, що:

1. Організаційно-правові засади надання адміністративних послуг потребують подальшого розвитку.

2. Важливими чинниками поліпшення якості надання адміністративних послуг є розроблення державних стандартів і впровадження адміністративних регламентів.

3. Враховуючи специфіку адміністративно-правової науки, необхідно здійснювати подальші дослідження проблеми вироблення критеріїв надання адміністративних послуг та їх системи, й, у першу чергу, таких як доступність, зручність, відкритість, повага до особи.

1. Авер'янов В.Б. Державне будівництво та місцеве самоврядування // Збірник наукових праць Випуск 2, 2002 – С. 9-10.
2. Авер'янов В.Б. Предмет адміністративного права: нова доктринальна оцінка // Право України. – 2004. – № 10. – С. 25-30.
3. Авер'янов В.Б. До питання про поняття так званих "управлінських послуг" // Право України. – 2002. – № 6. – С. 125-127.
4. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В.П. Тимошук. – К.: Факт, 2003. – С. 118 – 119.
5. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К., 2004. – С. 71 – 72.
6. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / Авер'янов В.Б., Дерещ В.А., Школик А.М. та ін.; За заг. ред. Авер'янова В.Б. – К., 2007. – С. 243.
7. Закон України "Про соціальні послуги" від 19.06.2003 року №966-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст.358.
8. Закон України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти" від 22.02.2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №20. – Ст.148.
9. Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 28.12.1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 4. – Ст. 28.
10. Костюков А.Н. Проблемы правового регулирования публичных услуг в России. Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сборник / под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А.Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 15.
11. Мицкевич Л.А. Предоставление публичных услуг как вид государственного управления. Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сборник / под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А.Шевелевой. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 35.
12. Наказ Держстандарт від 02.06.1997 року №324."Державний класифікатор України. Класифікація послуг зовнішньоекономічної діяльності ДК 012-97".
13. Писаренко Г.М. Запровадження доктрини адміністративних послуг в Україні // Митна справа. – 2005. – № 6. – С. 80-83.
14. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р. "Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади" // Офіційний вісник України. – 2006. – № 7. – Ст. 376.
15. Тихомиров Ю. А. Публичные услуги: способщества и реализующие его институты // Материалы 6 Международной конференции. Модернизация экономики и выращивание институтов. – М.: ВШЭ, 2005. – С. 117 – 126.
16. Указ Президента України від "Про засади реформування системи центральних органів виконавчої влади" 14 березня 2005 року № 658. // www.rada.gov.ua
17. Чміленко Г.М. Адміністративні послуги в Україні // Актуальні проблеми держави і права: 36. наук. праць. – Вип. 26. – Одеса: Юрид. л-ра, 2005. – С. 160-165.
18. Чміленко Г.М. Адміністративні послуги в Україні // Юридичний вісник. – 2005. – № 2. – С. 86-93.
19. Шаститко А.Е. Организационные рамки предоставления публичных услуг // Вопросы экономики. – 2004. – №7. – С. 150 – 155.

Надійшла до редколегії 22.10.10

Я. Гудов, докторант

ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ СПІВПРАЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З УКРАЇНОЮ

У статті розглянуто ЄС як арену зіткнення національних інтересів, що формуються на основі потреб національних економічних та соціальних факторів (підприємств, асоціацій, профспілок). Визначено проблематику відносин ЄС з Україною, зокрема, важливість сучасної історії стосунків між Україною та ЄС, раціональне визначення державної поведінки та домінування міжурядового характеру аналізу міждержавного співробітництва.

Ключові слова: політичне партнерство, інтеграція, адаптація, історична відповідальність, співробітництво.

В статье рассмотрены ЕС как арену столкновения национальных интересов, которые формируются на основе потребностей национальных экономических и социальных факторов (предприятий, ассоциаций, профсоюзов). Определены проблематику отношений ЕС с Украиной, в частности, важность современной истории отношений между Украиной и ЕС, рациональное определение государственной поведения и доминирования межправительственного характера анализа межгосударственного сотрудничества.

Ключевые слова: политическое партнерство, интеграция, адаптация, историческая ответственность, сотрудничество.

The article considers the EU as an arena of clashes of national interests, which are formed based on the needs of national economic and social factors (companies, associations, trade unions). Detected issues of EU relations with Ukraine, the importance of modern history of relations between Ukraine and the EU definition of rational behavior and state domination of the intergovernmental nature of the analysis intergovernmental cooperation.

Keywords: political partnership, integration, adaptation, historical responsibility, cooperation.

З самого моменту розпаду Радянського Союзу, Європейський Союз приділяє посилену увагу своїм зовнішнім відносинам з Україною. Це пояснюється особливим політичним партнерством та економічним потенціалом двосторонніх стосунків, як рівно ж і близьким географічним розташуванням країн.

З моментом приєднання до Європейського Союзу 10 нових держав, ЄС з Україною почали також єднати

спільні кордони, а отже, інтерес у дружніх добросусідських відносинах набуває ознак стратегічного. Крім того серед нових членів ЄС, принаймні половина має з Україною давні історичні, культурні і навіть етнічні та духовні корені, що не може не обумовлювати посилення обопільної зацікавленості у розвитку щонайбільш тісної співпраці.

Однак, можна розглянути ЄС як арену зіткнення національних інтересів, що формуються на основі потреб

національних економічних та соціальних факторів (підприємств, асоціацій, профспілок) [12, с. 52].

Як і будь-які геополітичні процеси, проблематика відносин ЄС з Україною дається до кваліфікації лише у теорії. Точками відліку кожного етапу є котрась знакова подія чи ідея, що кардинально змінює існуючий стан справ. У практичній площині, однак, ситуація міняється значно повільніше, причому зазвичай не спостерігається раптових кардинальних змін.

Власне у тім і важливість сучасної історії стосунків між ЄС та Україною, оскільки перебуваючи на історичному рубежі двох епох – коли обидві сторони переживають значні політичні трансформації – зумовлює також і історичну відповідальність від вибору найбільш прийнятної моделі для розбудови партнерських відносин.

Рациональне визначення державної поведінки та домінування міжурядового характеру аналізу міждержавного співробітництва, де важливе значення посідає формування національних інтересів, які визначаються великою мірою внутрішньополітичними силами. Саме інтереси останніх впливають на характер, інтенсивність та напрям міждержавного співробітництва [16, с. 614].

Відомі історичні події та швидкі суспільні перетворення, що розпочалися в Україні, ставлять на порядок денний питання, які всерйоз не обговорювалися і не розглядалися політичними колами Європейського Союзу. Спектр нового формату посиленої співпраці між сторонами є широким, і динамічним. Оптимістичний варіант майбутніх відносин Європейського Союзу з Україною не виключає навіть потенційного приєднання останньої до розширеної ЄС.

На сучасному етапі співпраці між ЄС та Україною перспективи членства розглядаються виключно у політичному, а не правовому контексті. Обговорення реальних можливостей та механізмів вступу України до ЄС стане можливим лише при належній адаптації українських політико-економічних реалій до стандартів Європейського Союзу.

Невизначеність майбутнього формату діалогу між ЄС та Україною спричиняє ситуацію, за якою відносно рівноцінне право на політичне та ідеологічне існування мають дві загальні стратегії розвитку унійно-українських відносин. Перша – сусідська; друга – членська.

Співпраця у форматі "сусідства" передбачає передусім узгодження позицій транскордонної співпраці та торгово-економічних стосунків і розбудовується у форматі зовнішньої політики обох суб'єктів.

При другому варіанті, що передбачає потенційне членство держави в ЄС, пріоритетом стає значно ширше коло питань. Увесь спектр інтересів, щодо яких передбачається досягнення консенсусу і переведення їх під єдине керівництво ЄС, оформлюється у широкомасштабний правовий документ, в якому поетапно визначаються умови та вимоги до кожного напрямку стосунків.

Наявність в стосунках між сторонами формату членства значно посилює вимоги і стандарти до держави-претендента, водночас, однак, змінюється і позиція керівних органів Європейського Союзу до даної держави, оскільки передбачається її наступний прийом в ЄС, а отже, подальше спільне здійснення усіх унійних політик. Зайвим є зазначати, що формат членства є значно більш плідним і перспективним для України.

Попри те, що одночасне існування у суспільній свідомості та державній політиці двох принципово відмінних поглядів на розвиток відносин обох сторін виразно не шкодить загальному процесу поглиблення стосунків між ЄС та Україною, все ж така невизначеність здатна послабити позитивні імпульси до подальшої співпраці як з боку ЄС, так і України, оскільки вона спонукає ситу-

ацію вичікування і пасивності з боку основних реальних та потенційних суб'єктів унійно-українських відносин.

Ідея європейського вибору України з кожним роком все більш набуває статусу національної. Про бажання залучитися до європейських цінностей і стати частиною Європи говорять більшість українських політиків і вищих посадових осіб держави [10, с. 70 – 71].

В 1992 році вперше було проведено офіційну зустріч Україна – ЄС на найвищому рівні, на якій досягнуто домовленостей щодо зміцнення партнерських стосунків та інтенсифікацію діалогу поміж сторонами, обговорено питання та формат надання Європейською Унією для України технічної допомоги для розбудови економіки і подолання системної посткомуністичної кризи.

Одразу ж було розпочато переговори про укладення низки торговельних міжнародних договорів з окремих секторних питань, а також загальної Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами, котра набула чинності від 1998 року.

Процес інтеграції був зумовлений не тільки стимулами світової політичної економіки й переливу, але й міжурядовими торговими угодами, укладеними конвергенцією відповідних переваг основних європейських держав [15, с. 25].

Починаючи з 1994 року відбуваються засідання Україна – ЄС, встановлено, що ці зустрічі повинні проходити, бодай, двічі на рік. Формат даних засідань передбачає обговорення повного спектру стосунків між ЄС та Україною, та узгодження позицій по усіх дискусійних питаннях.

Продовжуються дискусії та переговори щодо надання Україні статусу держави з перехідною економікою, котрий було отримано в 1996 році. В тому ж році Рада Європейських Співтовариств прийняла перший План дій щодо України – комплексний документ, метою якого є окреслення загальної стратегії розвитку двосторонніх відносин та визначення основних завдань, необхідних для плідної співпраці.

Невдовзі, в 1997 році, відбувся Перший саміт "Україна – ЄС", на якому було обговорено основні пріоритети суспільного розвитку України в контексті економічної, політичної та соціальної співпраці з ЄС, визначено проблемні питання та розглянуто технічно-правову сторону забезпечення намічених завдань.

Тоді ж Україна офіційно заявила про бажання отримати статус асоційованого члена ЄС. Серед основних галузей, у яких відбувалося співробітництво між Україною та ЄС, були і залишаються питання інвестицій, гуманітарний блок (наука, освіта, високі технології), енергетика та транспортне сполучення, сфера комунікацій, фінанси, транскордонна співпраця.

Починаючи з 1998 року в Україні затверджується низка нормативно-правових актів, спрямованих на поглиблення існуючої співпраці та адаптації національного законодавства до вимог та стандартів ЄС [3; 4; 5; 6; 7; 8; 9].

5 лютого 2007 р. на засіданні Генеральної Ради СОТ Україну було прийнято до Світової Організації Торгівлі. На країни-члени СОТ припадає близько 70 % українського експорту [13].

Впродовж цих років регулярно відбуваються зустрічі між чільними посадовцями обох сторін, підписується кілька важливих економічних договорів, робиться низка політичних заяв: Україна продовжує декларувати відданість європейським ідеалам, ЄС, в свою чергу, вітає прагнення України на шляху до реформ та відзначає позитивні тенденції у розвитку її економіки.

Наприкінці 2003 року в середовищі європейського політикуму почали відбуватись дискусії на тему врегулювання стосунків з державами, що ставали новими

сусідами розширеного ЄС. Вже в січні 2004 року відбувся перший раунд консультацій між Європейською Унією та Україною щодо прийняття комплексного документу, який би визначав подальший розвиток та формат співпраці в нових політичних обставинах. Даний документ отримав назву "План Дій Україна – ЄС", а також Стратегія ЄС щодо Європейської політики сусідства [14].

Робота над розробкою документу, фактично була завершена в 2005 році. Тоді ж, а саме 21 лютого Рада з питань співпраці Україна – ЄС схвалює цей нормативний акт. Варто відзначити, що положення "Плану дій" не повною мірою відповідають політичній ситуації, що склалася в Україні після виборів Президента. Однак, з огляду на декларативність даного документу, його можна розглядати як тимчасовий орієнтир співпраці між ЄС та Україною [11 с. 262 – 264].

Офіційна політика Європейського Союзу стосовно України здійснюється у цілковитій відповідності з існуючою нормативно-правовою базою двосторонніх відносин, фундамент якої складають Угода про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС, Спільна стратегія ЄС щодо України. У певній мірі знаковим моментом для України стали рішення Гетеборзької Ради ЄС, яка відбулася в червні 2001 р. По-перше, в Комюніке Ради мова про Україну йшла в першому розділі "Майбутнє Європи" (тоді як Росія згадувалася в розділі "Зовнішня політика") і, по-друге, Україну запросили до участі в роботі Європейської конференції з питань розширення ЄС. Політична цінність цього кроку полягає в тому, що де-факто за Україною визнано право претендувати на членство в Європейському Союзі. Однак незважаючи на досить позитивний розвиток подій, на практиці євроінтеграційні зусилля України стикаються з перешкодами системного характеру, які значно знижують потенціал просвропейських настроїв і класифікують задекларовані цілі до розряду далеких перспектив. Серед основних внутрішніх обмежень, які гальмують рух України до Європи, донедавна була недосконалість інституційного забезпечення процесу європейської інтеграції України і, зокрема, неефективність існуючої системи управління і координації євроінтеграційної політики. Протягом 2001 року в Україні відбулися серйозні зрушення на шляху інституційної реформи в галузі європейської інтеграції, Міністерство економіки України перейменовано у Міністерство економіки з питань європейської інтеграції України, а в його структурі створено Департамент європейської інтеграції.

У Міністерстві закордонних справ України призначений Державний секретар з питань європейської інтеграції та створено Департамент європейської інтеграції.

Європейська інтеграція продовжує розгортатися, включаючи інтелектуальну інтенсивність й пояснює наше розуміння засобів процесу [17, с. 81].

Введено інститут Уповноваженого України з питань європейської інтеграції. На посаду Уповноваженого призначено одну з найвищих посадових осіб держави – Віце-прем'єр-міністра України.

Внесено зміни до структури Урядових комітетів Кабінету Міністрів України, згідно з якими Урядовий комітет економічного розвитку перейменовано в Урядовий комітет економічного розвитку та з питань європейської інтеграції. Його очолив віце-прем'єр-міністр України з питань економічної політики, Уповноважений України з питань європейської інтеграції.

У структурі Секретаріату Кабінету Міністрів України створено нове Управління з питань європейської інтеграції, яке забезпечує діяльність Уповноваженого України з питань європейської інтеграції.

Отже, в Україні склалася нова система управління та координації процесу європейської інтеграції, модель якої

можна кваліфікувати як централізовану координацію європейської політики з центром координації на верхівці урядової ієрархії. Така модель є характерною для більшості унітарних держав, політико-адміністративні системи яких близькі до української. Ця система знаходить своє впровадження у Франції, Об'єднаному Королівстві, Фінляндії, Польщі, Словаччині, Румунії, Болгарії.

Розглянемо більш докладно існуючу в Україні систему інституцій, які забезпечують організації та супровід заходів, спрямованих на інтеграцію України до Європейського Союзу.

Правові засади побудови, функціонування та розвитку системи забезпечення процесу інтеграції України до ЄС складають: Конституція України, Основні напрями зовнішньої політики України (схвалені Верховною Радою України 2 липня 1993 р.), Концепція (основи державної політики) національної безпеки України, Угода про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом), яка була підписана 14 червня 1994 р., ратифікована Верховною Радою України 10 листопада 1994 р. і набула чинності 1 березня 1998 р. інші договори, укладені між Україною та ЄС, Стратегія інтеграції України до Європейського Союзу, затверджена Указом Президента України від 11 червня 1998 р. №615/98, Програма інтеграції України до Європейського Союзу, схвалена Указом Президента України від 14 вересня 2000 р. №1072/2000, інші законодавчі та нормативно-правові акти, що регулюють здійснення політики інтеграції України до ЄС. У цих документах сформульовані основні функції системи управління європейською політикою України в реалізації кінцевої стратегічної мети держави – інтеграції до Європейського Союзу [11, с. 70 – 71].

Процес інтеграції України в ЄС зумовлений не тільки стимулами світової політичної економіки й переливу, але й міжурядовими торговими угодами, укладеними конвергенцією відповідних переваг основних європейських держав. Офіційна політика Європейського Союзу стосовно України здійснюється у цілковитій відповідності з існуючою нормативно-правовою базою двосторонніх відносин. Тому, в Україні склалася нова система управління та координації процесу європейської інтеграції, модель якої можна кваліфікувати як централізовану координацію європейської політики з центром координації на верхівці урядової ієрархії.

Процесс интеграции Украины в ЕС predetermined не только стимулами мировой политической экономики и перелива, но и межправительственными торговыми договорами, заключенными конвергенцией соответствующих преимуществ основных европейских государств. Официальная политика Европейского Союза относительно Украины осуществляется в полном соответствии с существующей нормативно правовой базой двусторонних отношений. Поэтому, в Украине сложилась новая система управления и координации процесса европейской интеграции, модель которой можно квалифицировать как централизованную координацию европейской политики с центром координации на верху правительственной иерархии.

Process the integration of Ukraine in EU predefined not only by the stimuli of world political economy and flowing but also intergovernmental commercial treaties, called convergence of the proper advantages of the basic European states. The official policy of European Union in relation to Ukraine is carried out in complete accordance with existing normatively legal by the base of bilateral

relations. Therefore there was new control system and co-ordination of process of European integration the model of which can be characterized as centralized co-ordination of European policy with the center of co-ordination on the apex of governmental hierarchy in Ukraine.

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. Стратегія інтеграції України до ЄС, затверджена Указом ПУ від 11.06.1998 №615/98 <<http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=615%2F98>>. 4. Програма інтеграції України до ЄС, схвалена Указом ПУ від 14.01.2000 №1072/2000 <<http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1072%2F2000>>. 5. Державна цільова програма інформування громадськості з питань європейської інтеграції України на 2008 – 2011 роки (Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2008 р. N 594) <<http://www.nalog.od.ua/eurointegra.php>>. 6. Постанова Кабінету Міністрів України від 15 жовтня 2004 р. № 1365 "Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" <http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=41438353&cat_id=41437171&ctime=1152611924774>. 7. Постанова Кабінету Міністрів України від 31 березня 2004 р. № 417 "Про додаткові заходи щодо посилення роботи з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" <<http://www.kmu.gov.ua/>

[kmu/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=41438353&cat_id=41437171&ctime=1152611924774](http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=41438353&cat_id=41437171&ctime=1152611924774)>. 8. Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 "Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" <http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=41438353&cat_id=41437171&ctime=1152611924774>. 9. Постанова Кабінету Міністрів України від 12 червня 1998 р. № 852 "Про запровадження механізму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" <http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?showHidden=1&art_id=41438353&cat_id=41437171&ctime=1152611924774>. 10. Європейський вибір України. Навчальний посібник / Під ред. В. В. Тютюнника. – К.: Інформаційно-аналітичний центр, 2005. – 124 с. 11. Павел Свобода. Вступ до європейського права / Пер. з чеської О. Андрійчук. – К.: "К.І.С.", 2006. – 280 с. 12. Посельський В. Європейський Союз: інституційні основи європейської інтеграції. – К.: "Смолоскип", 2002. – 168 с. 13. Український центр міжнародної інтеграції: Україна та СОТ <<http://wto.inform.org.ua/uwto/>>. 14. Урядовий портал: План дій Україна – Європейський Союз <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=12853472&cat_id=12852714>. 15. Keohane, R. O. and Hoffman S. The New European Community // Oxford: Westview Press, 1991. – 208 p. 16. Moravcsik A. Liberal Intergovernmentalism and Integration: A. Rejouder // Journal of Common Market Studies, Vol. 33. №4. – P. 611 – 629. 17. O'Neill, M. The Politics of European Integration: A Reader // London: Routledge. – 1996. – 224 p.

Надійшла до редколегії 22.10.10

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 84

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 29.12.10. Формат 60x84^{1/8}. Вид. № 246-3. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 12,9. Обл.-вид. арк. 13,9. Зам. № 210-5455.

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
<http://vpc.univ.kiev.ua>